



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

Dottorato in Studi Giuridici

Comparati ed Europei

Corso di Dottorato in Studi Giuridici Comparati ed Europei

XXXVII ciclo

Tesi di Dottorato

**Le nullità processuali penali
fra tassatività e giurisprudenza creativa**

Relatrice

Prof.ssa Gabriella Di Paolo

Dottoranda

Serena Chionna

Anno accademico 2023/2024



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA
Dottorato in Studi Giuridici
Comparati ed Europei

Candidata: Serena Chionna

Le nullità processuali penali fra tassatività e giurisprudenza creativa

Relatrice: Prof.ssa Gabriella Di Paolo

Anno accademico 2023/2024

Indirizzo specialistico in Diritto e procedura penale e filosofia del diritto

XXXVII ciclo

Esame finale: 8 aprile 2025

Commissione esaminatrice:

Prof.ssa Rosanna Belfiore, Università degli Studi di Catania
Prof. Lucio Camaldo, Università degli Studi di Milano Statale
Prof. Francesco Zacchè, Università degli Studi Milano-Bicocca

*A Nicola,
“ottimismo della [mia] volontà”*

INDICE

ABSTRACT	1
----------------	---

CAPITOLO I

L'INVALIDITÀ DEGLI ATTI PROCESSUALI NELLA TEORIA GENERALE

1. La nozione di “atto processuale”	2
1.1. (Segue.) La sua distinzione rispetto alle nozioni di “documento e di “documentazione”	8
1.2. (Segue.) L’atto processuale “informatico”	12
2. La nozione di “fattispecie giuridica”	18
3. La qualificazione degli atti processuali nella “logica della fattispecie”: la perfezione	24
3.1. (Segue.) L’efficacia.....	25
3.2. (Segue.) La rilevanza.....	27
3.3. (Segue.) L’(in)validità. Distinzione rispetto all’(il)lecito.....	28
4. Il concetto di invalidità. La concezione logico-formale (o normativa).....	36
5. L’irregolarità. La concezione assiologica dell’(in)validità	41
6. La sanatoria. Cenni alla regola del c.d. conseguimento dello scopo	46
7. Le specie di invalidità.....	53
8. L’inesistenza.....	56

CAPITOLO II

LE NULLITÀ PROCESSUALI PENALI NEL CODICE E NELLA GIURI- SPRUDENZA

Sez. I. Le nullità codicistiche	62
1. Le basi costituzionali e il principio di legalità processuale	62
2. Il principio di tassatività delle nullità processuali penali	65

3. Le previsioni e i trattamenti delle nullità nel vigente codice di procedura penale.....	68
3.1. (Segue.) <i>Le nullità a previsione generale e speciale</i>	68
3.2. (Segue.) <i>Le nullità assolute</i>	70
3.3. (Segue.) <i>Le nullità relative e intermedie. Loro regime di deducibilità ed eccepibilità</i>	72
4. L'operazione di qualificazione delle nullità processuali	74
5. Le sanatorie generali: acquiescenza e conseguimento dello scopo. Le sanatorie speciali	76
6. La nullità nella recente disciplina del processo penale telematico.....	80
Sez. II. Le nullità nella giurisprudenza	89
7. La crisi della legalità processuale e la giurisprudenza “creativa”	89
8. Giurisprudenza “abrogativa/restrittiva” delle nullità codicistiche. Dalla nullità assoluta al regime intermedio e dalle nullità intermedie al regime relativo	91
8.1. (Segue.) <i>L'invalidità inoffensiva (o vizio innocuo)</i>	97
8.2. (Segue.) <i>L'esclusione della propagazione dell'invalidità (derivata)</i>	108
9. Giurisprudenza “espansiva” delle nullità codicistiche. L'irregolarità offensiva	109
9.1. (Segue.) <i>Dal regime intermedio al regime assoluto</i>	113
9.2. (Segue.) <i>L'abnormità</i>	115
10. L'abuso del processo	121

CAPITOLO III

TEORIE GIUSTIFICATIVE DELL'APPROCCIO SOSTANZIALISTICO IN MATERIA DI NULLITÀ PROCESSUALI PENALI. PROFILI CRITICI.

Premessa al capitolo	128
Sez. I. Argomenti dal diritto europeo	129
1. La crisi dello statuto costituzionale della legalità processuale nell'ordinamento “multilivello”	129

2. La comunitarizzazione del diritto processuale penale e i fattori di potenziale impatto sul regime interno delle nullità	135
2.1. (Segue.) <i>L'espansione del ruolo del giudice nazionale, fra disapplicazione legislativa e interpretazione eurolunitariamente conforme</i>	138
2.2. (Segue.) <i>La circolazione giuridico-culturale dei principi europei di ispirazione sostanzialistica</i>	143
2.3. (Segue.) <i>Mutuo riconoscimento e direttive di armonizzazione</i>	146
3. La legalità processuale come controlimite costituzionale	151
4. L'approccio sostanzialistico e casistico della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo	157
5. L'art. 6 Conv. eur. dir. uomo e la sua incidenza sul sistema interno delle nullità processuali penali. Insostenibilità di un suo impatto abrogativo/restrittivo	166
5.1. (Segue.) <i>Il preteso superamento del principio di fattispecie. Rilievi critici</i>	169
5.2. (Segue.) <i>La tesi della integrazione delle fattispecie processuali. Rilievi critici</i>	177
6. La sua (predicata) attitudine "espansiva": la validità offensiva. Rilievi critici	180
6.1. (Segue.) <i>I rimedi per l'esecuzione delle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo (cenni). La problematica "traduzione" della causa di iniquità processuale in vizio procedurale interno</i>	184
7. Ancora sulla (pretesa) giustificazione concettuale del "pregiudizio effettivo" quale legittimo metodo di rilevazione delle nullità processuali sulla base dell'ermeneutica della Corte europea dei diritti dell'uomo. Ulteriori rilievi critici	194
Sez. II. Argomenti dal diritto nazionale	198
8. Teorie giustificative dell'approccio sostanzialistico della giurisprudenza in materia di nullità. Discussione delle tesi	198
9. La nullità come fattispecie "offensiva" e la concezione sanzionatoria dell'invalidità. Rilievi critici	199
10. L'assenza di "pregiudizio effettivo" come causa di sanatoria atipica o	

come difetto di interesse all’eccezione (o deduzione) della nullità. Rilievi critici.....	206
11. Estraneità delle nullità generali al principio di tassatività e loro conseguente attitudine “inclusiva”. Rilievi critici.....	212
12. Abuso del processo e abnormità. Ulteriori rilievi critici	215
CONCLUSIONI GENERALI E CONSIDERAZIONI ULTERIORI.....	220
BIBLIOGRAFIA	233

ABSTRACT

Il principio di tassatività delle nullità processuali penali costituisce un presidio imprescindibile di certezza e prevedibilità nell'ordinamento giuridico italiano. Tuttavia, l'attuale contesto normativo e giurisprudenziale ne evidenzia una progressiva erosione, determinata sia dall'incidenza di spinte sostanzialistiche provenienti dalle fonti europee e internazionali, sia dal fenomeno inedito della regolamentazione tecnica del documento informatico, affidata a fonti sub-legislative. Tali dinamiche sottolineano una più ampia crisi della riserva di legge e del principio di legalità, con ricadute profonde sul sistema delle invalidità processuali.

L'elaborato di tesi, articolato in tre capitoli, offre una disamina critica delle implicazioni teoriche e pratiche di tale fenomeno. Nel primo capitolo, lo studio delle nullità è inquadrato nella teoria generale dell'atto processuale, con particolare attenzione alla nozione di (in)validità, esaminata attraverso un approccio sia logico-formale sia assiologico-sostanziale. Il secondo capitolo approfondisce il principio di tassatività alla luce del contesto costituzionale e del sistema positivo delle nullità, evidenziando le tensioni derivanti dall'introduzione del processo penale telematico e dall'approccio ermeneutico sostanzialistico adottato dalla giurisprudenza. Infine, il terzo capitolo analizza e confuta criticamente le principali argomentazioni dottrinali volte a legittimare una rilevazione giudiziale delle nullità fondata su criteri di concreta offensività delle violazioni processuali.

L'indagine dimostra che il regime di tassatività delle nullità processuali, quale aspetto imprescindibile del principio costituzionale di legalità processuale, oltre a costituire una garanzia essenziale di certezza e uguaglianza, si erge quale baluardo contro derive interpretative che, invocando criteri di concreta lesività, minano l'equilibrio democratico-costituzionale tra i poteri dello Stato. Le deviazioni giurisprudenziali rispetto al modello codicistico e dogmatico appaiono in contrasto con i valori fondamentali dell'ordinamento, compromettendo il ruolo del giudice quale garante delle forme processuali e rischiando di introdurre margini di discrezionalità incompatibili con il principio di legalità.

La tesi auspica un rafforzamento del ruolo della dottrina quale custode della coerenza sistemica, chiamata a resistere a compromessi metodologici e a promuovere un confronto critico orientato a preservare la razionalità dell'ordinamento giuridico.

CAPITOLO I

L'INVALIDITÀ DEGLI ATTI PROCESSUALI

NELLA TEORIA GENERALE

SOMMARIO: 1. La nozione di “atto processuale”. – 1.1. (Segue.) La sua distinzione rispetto alle nozioni di “documento” e di “documentazione”. – 1.2. (Segue.) L’atto processuale “informatico”. – 2. La nozione di “fattispecie giuridica”. – 3. La qualificazione degli atti processuali nella “logica della fattispecie”: la perfezione. – 3.1. (Segue.) L’efficacia. – 3.2. (Segue.) La rilevanza. – 3.3. (Segue.) L’(in)validità. Distinzione rispetto all’(il)lecito. – 4. Il concetto di invalidità. La concezione logico-formale (o normativa). – 5. L’irregolarità. La concezione assiologica dell’(in)validità. – 6. La sanatoria. Cenni alla regola del c.d. conseguimento dello scopo. – 7. Le specie di invalidità. – 8. L’inesistenza.

1. La nozione di “atto processuale”.

Il codice di procedura penale non offre alcuna definizione della nozione di “atto processuale”¹ ma, dedicandovi l’intero libro II, necessariamente ne implica il riferimento, quasi esso sia un «fantasma classificatorio»², lasciando perciò alla riflessione dottrinale il compito di una sua più compiuta elaborazione³. Poiché il processo penale non solo si presenta come un «complesso di atti»⁴, ma, addirittura, esso «vive di atti»⁵, qualsiasi riflessione in materia non può dunque che prendere avvio da un’indagine volta a ricostruire

¹ Cfr. A. GALATI, *Atti processuali penali*, in *D. disc. pen.*, Torino, 1987, p. 357, il quale rileva che «il legislatore non dà una definizione di ‘atti processuali’, pur usando l’espressione in varie norme per determinare la sfera di applicazione».

² F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 1993, p. 295.

³ Sostiene A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, p. 468, che «soggetti oggetti fatti e atti costituiscono il quadrinomio fondamentale della fenomenologia giuridica, un quadrinomio [...] già in qualche modo arieggiato dalla tripartizione classica utilizzata da Gaio: *personae, res, actiones*».

⁴ G. CONTURSI LISI, *Le nullità nel codice di procedura penale*, Milano, 1937, p. 40; C. MASSA, *Atti processuali penali (voce)*, in *Enc. forense*, Milano, 1958, p. 571, afferma che «il processo penale risulta costituito da una serie giuridicamente ordinata di attività dei soggetti che allo stesso partecipano. Di qui sorge la necessità, per ogni trattazione sistematica del processo, della elaborazione scientifica dell’atto processuale».

⁵ A. GALATI, *op. cit.*, p. 356.

il concetto di “atto” e a chiarire quando esso debba considerarsi “processuale”, costituendo tali nozioni il necessario referente di ogni valutazione in termini di nullità⁶.

La suddetta operazione di definizione degli “atti processuali” si dimostra non agevole per l’interprete, come dimostrano, da un lato, l’ampiezza dei contributi in argomento e, dall’altro, la diversità degli approdi⁷. Dalla varietà dei significati che vengono, di volta in volta, attribuiti dalla dottrina giuridica al sostantivo “atto” e alla qualifica “processuale” emerge infatti nitidamente che si tratta di una nozione di carattere prevalentemente convenzionale, la quale richiede di essere inquadrata all’interno del singolo ordinamento preso in considerazione⁸.

Tanto premesso, occorre prendere le mosse dalla categoria di “atto”.

Secondo uno schema raffigurabile «in una pluralità di cerchi concentrici»⁹, ove il più esterno è rappresentato dall’insieme dei “fatti storici”, la categoria dell’“atto giuridico” trova posto nel più vasto ambito dei “fatti giuridici in senso lato”, classe che comprende tutti gli avvenimenti produttivi, di per sé o unitamente ad altri fatti giuridici, di effetti giuridici (e quindi contemplati dal diritto)¹⁰. Essi si contrappongono ai “fatti non giuridici” o “semplici fatti”, i quali, diversamente, non sono produttivi di tali effetti.

⁶ Così R. PANNAIN, *Le sanzioni degli atti processuali penali*, Napoli, 1933, p. 2.

⁷ In argomento, senza pretesa di completezza, cfr., fra gli altri, G. CONSO, *Atti processuali. b) Diritto processuale penale*, in *Enc. dir.*, Milano, 1959, p. 143 ss.; A. GALATI, *op. cit.*, p. 355 ss.; A. JAZZETTI, M. PACINI, *La disciplina degli atti nel nuovo processo penale*, Milano, 1993; G. LOZZI, *Atti processuali. II) Diritto processuale penale*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1995, p. 1 ss.; C. MASSA, *op. cit.*, p. 571 ss.; G.P. VOENA, *Atti*, in M. BARGIS (a cura di), *Compendio di procedura penale*, Milano, 2020, p. 145 ss.; per il processo civile, L. QUERZOLA, *Contributo allo studio degli atti processuali tra forma e linguaggio giuridico*, Torino, 2018.

⁸ Cfr., sul punto, G. CONSO, *op. cit.*, p. 143, per il quale «la categoria appare, cioè, suscettibile di un doppio ordine di variazioni: più o meno lata a seconda della nozione prescelta, essa risulterà, inoltre, più o meno ricca a seconda degli istituti effettivamente presenti nel singolo ordinamento in cui la nozione viene riferita».

⁹ P.P. RIVELLO, *La struttura, la documentazione e la traduzione degli atti*, in G. UBERTIS, G.P. VOENA (diretto da), *Trattato di procedura penale*, X.1, Milano, 1999, p. 9.

¹⁰ Cfr. F. CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, III, Roma, 1947, p. 8-9, il quale afferma che «diremo [...] che un atto è giuridico in quanto ne deriva un mutamento nei rapporti giuridici preesistenti» e che, dunque, «le dimensioni minime e massime dell’atto giuridico sono quelle, al di qua o al di là dalle quali cessa la rilevanza giuridica nel senso che una ulteriore analisi o una ulteriore sintesi non produce un atto, al quale sia collegato un mutamento nei rapporti giuridici preesistenti»; nonché G. CONSO, *I fatti giuridici processuali penali. Perfezione ed efficacia*, Milano, 1955, p. 48-49, il quale afferma che «fatto giuridico [...] è un avvenimento, un qualcosa che si verifica nella realtà e che consiste in un fenomeno naturale

All'interno di tale più ampio insieme, gli "atti giuridici" si distinguono a loro volta dai "fatti giuridici in senso stretto", in quanto i primi consistono in avvenimenti in cui il comportamento dell'uomo, realizzato in conformità ad uno schema normativo, è essenziale per il realizzarsi di determinate conseguenze giuridiche, mentre i secondi ricomprendono qualsiasi accadimento, anche negativo, rilevante per il diritto, realizzatosi a prescindere da una condotta umana (tradizionalmente ci si riferisce ai fatti naturali comunque incidenti sull'ambito umano)¹¹.

Su tale distinzione, solo apparentemente limpida, si è sviluppato un intenso dibattito dottrinale, concernente il rilievo della volontarietà (da intendersi come componente psichica minima dell'azione) quale criterio discrezionale dirimente per la configurazione di un "atto giuridico" in senso proprio¹².

In particolare, secondo una parte della dottrina, maggiormente fedele alle classificazioni di teoria generale, l'"atto giuridico" non sarebbe altro che un "fatto giuridico volontario" oggetto di considerazione normativa e, su questa base, andrebbe distinto dal "fatto giuridico non volontario", anche a prescindere dalla riferibilità materiale di quest'ultimo al comportamento umano¹³.

Altra dottrina, invece, definita maggiormente «realistica»¹⁴, rileva l'insostenibilità di tale tesi all'interno della teoria del processo (in particolar modo penale), in quanto essa condurrebbe ad escludere dal novero degli atti processuali tutti quei comportamenti effettuati secondo un *modus agendi* stabilito dalle norme, senza che la legge attribuisca alcun rilievo all'elemento psicologico: debbono infatti ritenersi validi, ad esempio, una

o in un comportamento umano, di solito positivo o anche negativo. Cioè, come è stato felicemente sintetizzato, un qualcosa che è descritto attraverso un 'verbo' che non sia un semplice essere o stare, ma indichi un accadere, un succedere».

¹¹ Cfr. G. UBERTIS, *Atti*, in G. UBERTIS (a cura di), *Sistema di procedura penale, II, Persone, strumenti, riti*, Milano, 2020, p. 149-150.

¹² I termini generali del dibattito sono richiamati da A. GALATI, *op. cit.*, p. 357-358; G. LOZZI, *op. cit.*, p. 1 ss.; P.P. RIVELLO, *op. cit.*, p. 10-11.

¹³ Per questa posizione, con specifico riferimento al processo penale, v. L. CASTELLUCCI, *L'atto processuale penale: profili strutturali e modalità realizzative*, in G. DEAN (a cura di), *Gli atti*, in G. SPANGHER (diretto da), *Trattato di procedura penale*, Torino, 2008, p. 1-2; G. CONSO, *Atti processuali penali. b) Diritto processuale penale*, cit., p. 141 ss.; A. JAZZETTI, M. PACINI, *op. cit.* p. 11; G.P. VOENA, *Commento agli articoli 109-186 c.p.p. (Atti)*, in G. CONSO, V. GREVI, *Profili del nuovo codice di procedura penale*, Padova, 1996, p. 126.

¹⁴ G. LOZZI, *op. cit.*, p. 2.

notificazione, una perquisizione o un arresto, anche laddove compiuti in stato di incoscienza¹⁵.

Tale secondo orientamento dottrinale suggerisce, perciò, di sacrificare la linearità logica della teoria generale in nome dell'«esigenza di costruire una nomenclatura che non sia troppo lontana dal linguaggio comune»¹⁶. In questo senso, all'interno della categoria degli atti processuali, andrebbero individuati “atti volontari” e “atti non volontari”, entrambi accumulati dal risultato materiale causato dall'uomo conformemente ad un determinato schema legale¹⁷.

Neppure il tentativo di una parte della dottrina di conciliare il rigore dogmatico della prima tesi e il realismo pratico della seconda, ritenendo la volontarietà comunque “implicita” nel rispetto da parte di un soggetto di uno schema normativo, sembra aver avuto particolare seguito¹⁸.

Discorso differente deve svolgersi, invece, per il comportamento umano omissivo, rispetto al quale entrambi gli orientamenti convergono sulla necessità che la legge richieda la volontarietà o perlomeno la possibilità di agire, affinché possa parlarsi propriamente di “atto giuridico”¹⁹. Nel disinteresse della legge, infatti, esso andrebbe qualificato quale «nudo fatto»²⁰.

Dato conto di tale dibattito classificatorio, non sembra necessaria una precisa presa di posizione ai fini della prosecuzione dell'indagine, essendo comunque pacifica la sottoposizione dei comportamenti valutati dalla legge anche «in chiave puramente obbiettiva»²¹ al regime degli “atti processuali penali”.

¹⁵ La tesi è sostenuta, in particolare, da F. CORDERO, *op. cit.*, p. 352-353, dal quale sono tratte anche le relative esemplificazioni. In senso adesivo, A. GALATI, *op. cit.*, p. 355 ss.; O. MAZZA, *La norma processuale penale nel tempo*, Milano, 1999, p. 12-13; M. PANZAVOLTA, *Nullità degli atti processuali. II) Diritto processuale penale*, in *Enc. giur. Treccani*, XXI, Roma, 2005, consultato in estratto dal vol. XIV agg., Roma, 2006, p. 1 ss.

¹⁶ F. CORDERO, *op. cit.*, p. 353.

¹⁷ Cfr. F. CORDERO, *op. cit.* p. 353.

¹⁸ Cfr. A. GALATI, *op. cit.*, p. 358.

¹⁹ Cfr. A. GALATI, *op. cit.*, p. 358.

²⁰ F. CORDERO, *op. cit.*, p. 353.

²¹ P.P. RIVELLO, *op. cit.*, p. 11.

Piuttosto, occorre soffermarsi con maggiore attenzione sulla nozione di “atto processuale penale”, in quanto oggetto della disciplina generale di cui al libro II del codice.

Il carattere di “processualità” di un atto giuridico può riferirsi, secondo una nozione lata, a tutti gli atti che incidono sul procedimento penale, anche se posti in essere da soggetti estranei al rapporto stesso e al di fuori della c.d. sede processuale (c.d. atti processuali penali in senso lato); ovvero, secondo una nozione più ristretta, esclusivamente agli atti compiuti all’interno della sede processuale da uno dei soggetti del processo o dai suoi ausiliari (c.d. atti processuali in senso stretto)²².

Nonostante un dibattito risalente, sviluppatosi nella vigenza del precedente codice²³, oggi è unanime l’affermazione per la quale il libro II dell’attuale codice di procedura penale fa riferimento solamente alla nozione di “atto processuale penale in senso stretto”, e cioè ad atti non solamente rilevanti per il processo penale, ma altresì compiuti al suo interno da uno dei soggetti del rapporto processuale²⁴.

²² Cfr. G. CONSO, *I fatti giuridici processuali penali*, cit., p. 41 ss.; F. CORDERO, *op. cit.*, p. 355; A. GALATI, *Atti processuali penali*, cit., p. 358-359; M. PANZAVOLTA, *op. cit.*, p. 2.

²³ Le due tendenze della dottrina, l’una definita “funzionale” e l’altra “formale”, sono efficacemente richiamate da G. LEONE, *Trattato di diritto processuale penale*, Napoli, 1961, p. 598 ss., il quale aderisce alla prima, definendo l’atto processuale come «l’azione umana volontaria di un soggetto processuale o di un soggetto estraneo al rapporto processuale, che la legge utilizza ai fini della costituzione, dello svolgimento, della modificazione o dell’estinzione del rapporto processuale».

²⁴ Cfr. G. UBERTIS, *op. cit.*, p. 151, il quale opportunamente precisa che sono fatte salve «le investigazioni difensive, consentite al suo esterno e per di più anteriormente al suo svolgimento». Va segnalato, tuttavia, che all’interno delle stesse dottrine “restrittive” (o “formali”), vi è discussione su quali debbano ritenersi il “primo” e l’“ultimo” atto processuale in senso stretto. L’opinione maggiormente condivisa è quella che fa «coincidere il primo atto del procedimento con quello immediatamente successivo alla ricezione della notizia di reato», con la conseguenza che «gli atti nei quali la notizia medesima si sostanzia [...] si collocano al di fuori della sequenza del procedimento penale. Da qui, ad esempio, l’inoperatività [...] del regime delle nullità» (G.P. VOENA, *Commento agli articoli 109-186 c.p.p.*, cit., p. 129). L’ultimo atto del procedimento sarebbe rappresentato, invece, dall’archiviazione, se l’azione penale non è esercitata; laddove, invece, lo fosse, esso andrebbe individuato nella sentenza di non luogo a procedere non impugnabile, ovvero nell’irrevocabilità della sentenza o del decreto penale di condanna. Sul punto, cfr. G. CONSO, *Atti processuali*. b) *Diritto processuale penale*, cit., p. 154; F. CORDERO, *op. cit.*, p. 356; A. GALATI, *op. cit.*, p. 359-361; P.P. RIVELLO, *op. cit.*, p. 20; *contra*, G. BELLAVISTA, G. TRANCHINA, *Lezioni di diritto processuale penale*, Milano, 1987, p. 270; G. LEONE, *op. cit.*, p. 600, il quale tuttavia, come anticipato, aderisce all’interpretazione estensivo-funzionale dell’atto processuale penale.

Tanto premesso, il carattere di “processualità” di un atto si presta, tuttavia, ad un ulteriore ambiguità terminologica, afferente alla «questione lessicale» relativa alla distinzione fra “processo penale” e “procedimento penale”²⁵.

Occorre pertanto verificare se la nozione accolta di “atto processuale penale” debba essere limitata, in senso letterale, ai soli atti compiuti all’interno del “processo” nella sua accezione tecnica, ovvero se essa sia idonea a ricomprendere, in senso più ampio, anche agli atti del “procedimento” e, quindi, anche episodi antecedenti all’esercizio dell’azione penale (anch’essi, si badi, comunque rientranti fra gli atti processuali penali in senso stretto).

In proposito, va notato come l’intestazione del libro II riporti la semplice dicitura “atti”, priva tanto dell’aggettivo “giuridici” (che viene, ovviamente, sottinteso), quanto dell’attributo “processuali”. Alla luce della particolare sensibilità linguistica che connota la codificazione del 1988 rispetto alle precedenti esperienze, non può che attribuirsi a tale omissione un senso specifico²⁶.

Come emerge infatti dai lavori preparatori²⁷, il codice ha intenzionalmente evitato l’attributo “processuali” al fine di ricomprendere nella relativa disciplina generale gli atti compiuti nell’intera sequenza “procedimentale”, e dunque inclusi quelli eseguiti anteriormente alla fase “processuale” in senso tecnico²⁸.

²⁵ Cfr. G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale, I, Principi generali*, Milano, 2017, p. 12-14, ove i due termini sono posti in relazione di genere a specie: «così nell’ambito della più ampia sequenza cosiddetta procedimentale originantesi dalla *notitia criminis*, secondo la nomenclatura codicistica il *processo penale* inizia nel momento in cui viene compiuto uno degli atti di promovimento dell’azione penale (in senso stretto), corrispondenti a quelli di elevazione dell’imputazione [...], e termina con l’emissione di una sentenza di non luogo a procedere (art. 425 c.p.p.) non più soggetta ad impugnazione oppure di una sentenza o di un decreto penale irrevocabili ex art. 648 c.p.p.».

²⁶ Cfr. G. UBERTIS, *Titolo I. Disposizioni generali*, in E. AMODIO, O. DOMINIONI (diretto da), *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, II, Milano, 1989, p. 2, il quale rileva che «il libro II del nuovo codice si caratterizza anche per una [...] maggiore attenzione linguistica rispetto a quello del 1930».

²⁷ Si confronti, in particolare, la *Relazione prog. prel. c.p.p.*, in G.U., 24 ottobre 1988 n. 250, *Suppl. ord.* n. 93, p. 48, nella parte in cui si precisa che «l’intitolazione del libro (‘atti’, anziché ‘atti processuali’) trova la propria giustificazione nella considerazione che diverse disposizioni sono applicabili anche alle indagini preliminari, e quindi si riferiscono ad attività che precedono la instaurazione del vero e proprio processo, inteso nella accezione tecnica» ossia come *species* del “procedimento penale” che prende avvio con il compimento di uno degli atti di promovimento dell’azione penale.

²⁸ Cfr. F. CORDERO, *op. cit.*, p. 356, il quale non nutre «nessun dubbio che nelle intenzioni del legislatore gli ‘atti del procedimento’ non siano esauriti dalla serie situata tra l’imputazione e la sentenza

Tale intenzione emerge chiaramente anche da alcune specifiche disposizioni, come l'art. 181 c.p.p. e l'art. 177 c.p.p., le quali, nel considerare la nullità degli atti «delle indagini preliminari» o, più in generale, degli «atti del procedimento», non possono che suggerire l'accoglimento da parte del legislatore di una nozione di atto comprendente l'intero «procedimento» penale²⁹.

Alla luce di quanto appena evidenziato, non resta quindi che concludere nel senso che l'ambito applicativo della disciplina generale di cui al libro II del codice di procedura penale attiene a tutti gli atti del «procedimento penale», realizzati all'interno dello stesso dai soggetti processo penale. A tale nozione di «atto processuale penale» si farà pertanto riferimento implicito allorquando si parlerà di «atto» nel prosieguo della trattazione.

1.1. *(Segue.) La sua distinzione rispetto alle nozioni di “documento” e di “documentazione”.*

Chiarita la nozione di «atto processuale», si rende ora necessario distinguerla da quelle simili di «documento» e «documentazione»; esigenza che discende da due principali ordini di ragioni.

La prima è di natura normativa, in quanto il codice vigente ha effettuato la scelta di differenziare le due nozioni «non tanto sulle caratteristiche proprie dell'entità materiale volta a volta considerata quanto sulla relazione che viene instaurata tra essa e il procedimento in cui se ne fa uso»³⁰, limitando, perciò, la nozione di «atto» ai documenti procedurali e quella di «documento» ai documenti extra-procedimentali.

irrevocabile»; O. DOMINIONI, *Nullità*, in E. AMODIO, O. DOMINIONI (diretto da), *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, II, Milano, 1989, p. 261: «le disposizioni in tema di nullità valgono per ogni attività procedimentale»; A. JAZZETTI, M. PACINI, *op. cit.*, p. 22; P.P. RIVELLO, *op. cit.*, p. 14-19; secondo G. VARRASO, *Gli atti*, in AA. VV., *Procedura penale*, Torino, 2019, p. 187-188, «la volontà di assegnare alle norme di cui agli artt. 109 ss. una operatività estesa all'intero arco del procedimento, fatte salve eventuali disposizioni derogatorie all'interno delle singole fasi, risulta dal titolo stesso del Libro II: l'impiego della locuzione 'atti' ha sostituito quella del previgente codice 'atti processuali'».

²⁹ Per questo argomento, v. G. LOZZI, *op. cit.*, p. 2 ss.

³⁰ G. UBERTIS, *Documenti e oralità nel nuovo processo penale*, in M.C. BASSIOUNI, A.R. LATAGLIATA, A.M. STILE (a cura di), *Evoluzione e riforma del diritto e della procedura penale. Studi in onore di Giuliano Vassalli*, II, Milano, 1991, p. 303.

Tale scelta rende di fatto indistinguibili le due nozioni dal punto di vista ontologico, concorrendo ad una “diluizione” delle rispettive categorie anche dal punto di vista sistematico-concettuale, e rendendo in tal modo difficoltosa una precisa definizione dell’“atto processuale” quale autonoma categoria distinta dal “documento”. In ciò consiste la seconda ragione.

Per fare chiarezza, è necessario anzitutto operare una preliminare distinzione, utile a fini espositivi, accogliendo il suggerimento della dottrina che distingue la nozione di “documento in senso lato” (cioè in senso ontologico), concernente tanto l’ambito processuale che quello extra-processuale, dalla nozione di “documento in senso stretto” (accolto nominalmente dal codice), riguardante i soli documenti formati al di fuori dell’ambito processuale³¹.

In tal modo, separando il piano normativo da quello concettuale, è possibile contrapporre, da una parte, il “documento in senso stretto” all’“atto” (quest’ultimo inteso, ai sensi delle disposizioni codicistiche, come documento formato all’interno del procedimento) e, dall’altra, il “documento in senso lato” (cioè in senso concettuale) all’“atto processuale” (sempre inteso ontologicamente), a prescindere dalla relazione di questi con il processo.

Tralasciando la prima opposizione terminologica, in quanto poco utile ai fini della presente indagine, nonché non bisognosa di particolari precisazioni in quanto coerentemente utilizzata all’interno del codice, occorre soffermarsi piuttosto sulla distinzione fra “atto” e “documento” dal punto di vista concettuale, sempre allo scopo di delimitare l’ambito applicativo delle disposizioni generali di cui al libro II.

Il potenziale equivoco terminologico consistente nella sovrapposizione delle nozioni di “atto”, “documento” e “documentazione” discende, come è stato opportunamente evidenziato, da una mancata differenziazione all’interno del codice fra i profili “dinamici” e quelli “statici” degli atti, intesi quali condotte umane di rilievo giuridico³².

Occorre, perciò, operare le dovute distinzioni concettuali sulla base di tali criteri³³.

³¹ Per questa distinzione, v. P.P. RIVELLO, *op. cit.*, p. 26.

³² Per tale rilievo, v. P.P. RIVELLO, *op. cit.*, p. 30.

³³ Cfr. A. NAPPI, *Documentazione degli atti processuali*, in *D. disc. pen.*, IV, Torino, 1987, p. 163 ss.; G. UBERTIS, *Titolo I. Disposizioni generali*, cit., p. 3.

Dal punto di vista dinamico, l'atto rileva nel suo *verificarsi*, e cioè nel suo essere "accadimento" connesso a un comportamento umano: in questa prospettiva, esso è "atto giuridico" in senso proprio, vale a dire comportamento rilevante per il diritto e, in particolare, nel contesto di cui ci si occupa, per il procedimento³⁴.

Da un punto di vista statico, invece, l'atto rileva nel suo *essersi verificato*, e cioè nell'essere oggetto rappresentativo di un "accaduto"³⁵: in tale prospettiva, esso costituisce un "documento" in senso proprio, vale a dire un substrato materiale e sensibile volto a «ricevere, conservare, trasmettere»³⁶ la rappresentazione di un determinato risultato comportamentale rilevante per il procedimento³⁷.

All'interno della stessa dimensione dinamica, tuttavia, è opportuna un'ulteriore diversificazione fra il comportamento documentato (l'atto giuridico in senso proprio) e il comportamento finalizzato alla formazione del documento in senso proprio: tale attività è dogmaticamente definita "documentazione" ed è regolata, con specifico riguardo all'attività di "verbalizzazione", dalle disposizioni di cui al titolo III del libro II del codice³⁸.

Quest'ultima rappresenta un'attività consistente nell'attestazione dello svolgersi di un determinato comportamento umano (l'atto giuridico) distinto da quello del mero "documentare", «sebbene questo stesso 'documentare' debba essere a sua volta 'documentato'»³⁹.

³⁴ Cfr. G. CONSO, *Atti processuali*, cit., p. 145; P.P. RIVELLO, *op. cit.*, p. 30.

³⁵ Cfr. G. CONSO, *I fatti giuridici processuali penali*, cit., p. 49; P.P. RIVELLO, *op. cit.*, p. 30.

³⁶ A. CANDIAN, *Documento e documentazione (Teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 579, dove si propone una definizione di "documento" e "documentazione" consistente nell'essere il primo «una cosa corporale, semplice o composta, idonea a ricevere, conservare, trasmettere, la rappresentazione descrittiva o emblematica o fonetica di un dato ente, giuridicamente rilevante» ed il secondo «l'attività del rappresentare, cioè l'operazione necessaria per conseguire la rappresentazione or accennata».

³⁷ Cfr. F. CORDERO, *op. cit.*, p. 385, secondo il quale «il documento fissa il ricordo di un atto».

³⁸ Secondo L. CASTELLUCCI, *op. cit.*, p. 16, «quando si parla di documentazione di un atto processuale s'intende quello strumento attraverso cui l'atto stesso viene inserito e conservato nella sequenza procedimentale. La documentazione risponde essenzialmente a tre funzioni fondamentali: la rappresentazione, la dimostrazione e l'informazione».

³⁹ G. UBERTIS, *Titolo I. Disposizioni generali*, cit., p. 3. Nel medesimo senso, cfr. altresì ID., *Gli atti in generale*, cit., p. 152, ove si afferma che «documentazione [...] è un atto che, da un lato, si sostanzia nella narrazione di ciò che sia stato originariamente compiuto e, dall'altro, rivela a sua volta la propria esecuzione nella 'consistenza sensibile' del documento medesimo; quest'ultimo semplicemente esibisce l'integrazione dell'ulteriore elemento della fattispecie documentativa costituito dall'apposizione della sottoscrizione, cui, quando richiesta, si aggiunge la data».

A loro volta, le nozioni di “documento” e di “documentazione” devono distinguersi, almeno concettualmente, dall’“esternazione”, consistente nella manifestazione sensibile attraverso cui l’atto viene ad esistenza materiale⁴⁰. Si dia, ad esempio, il caso di atti realizzati mediante un’esternazione verbale o il compimento di operazioni (ad esempio, l’avvertimento di cui all’art. 199 co. 2 c.p.p.), il cui verificarsi è attestato in un “documento” (ad esempio, il verbale), con funzione di rappresentazione e conservazione, attraverso un’attività, appunto, di “documentazione” (ad esempio, la verbalizzazione)⁴¹.

Nella concreta dinamica procedimentale, non mancano, tuttavia, ipotesi nelle quali, le richiamate nozioni vengono in definitiva a coincidere (pur nel permanere della loro distinguibilità concettuale). Si pensi al caso in cui un “documento” costituisca di per sé la forma di esternazione di un atto (e quindi risulti materialmente indistinguibile da quest’ultima), oppure allorquando l’attività di “documentazione” sia prevista dalla legge come condizione di esistenza giuridica dell’atto documentato (in tal caso si ha piena coincidenza materiale fra atto, documento, documentazione ed esternazione)⁴².

Le precisazioni precedentemente svolte, lungi dal rappresentare una sterile operazione classificatoria, hanno consentito infine di individuare l’oggetto della disciplina generale di cui al libro II del codice, e, conseguentemente, anche del regime delle invalidità *ivi* contenuto. Come è stato efficacemente detto, infatti, «i vizi processuali sono sempre

⁴⁰ Cfr. A. NAPPI, *op. cit.*, p. 163-164, dove si afferma che «se l’esternazione costituisce lo strumento di cui si avvale l’autore per manifestare e rendere conoscibile l’atto nel momento in cui lo compie, la documentazione, invece, è lo strumento attraverso cui l’atto è conservato e fatto proprio dell’organizzazione nell’ambito della quale opera il suo autore». Dunque, «è vero, quindi, che ogni atto deve necessariamente esternarsi in una qualsiasi forma perché abbia *esistenza materiale*, ma è anche vero che la legge può condizionare l’*esistenza giuridica* dell’atto ad una particolare forma di esternazione» (p. 163).

⁴¹ L’esemplificazione è tratta da G. UBERTIS, *Titolo I. Disposizioni generali*, cit., p. 4.

⁴² «Si pensi al decreto penale di condanna, dove il compimento dell’atto di emissione coincide con quello di redazione del corrispondente documento». L’esemplificazione è di G. UBERTIS, *Gli atti*, cit., p. 152. Sul punto, cfr., altresì, A. NAPPI, *op. cit.*, p. 164, «il documento, però, è la veste esteriore con la quale l’atto viene ad esistenza materiale, quando ne è forma di esternazione; mentre ha solo una funzione di conservazione e rappresentazione, quando riguarda un atto che ha già una propria distinta esternazione. [...] Si può, quindi, dire che la documentazione è sempre materialmente distinta dall’esternazione dell’atto, ma la legge può trattarla sia come operazione o atto distinto dall’atto documentato, sia come parte dell’esternazione di quest’atto».

vizi di atti e mai di documenti»⁴³; e ciò sebbene la forma documentale possa non di rado condizionare la validità dell'atto giuridico corrispondente.

1.2. (Segue.) L'atto processuale "informatico".

L'esistenza di una stretta correlazione tra lo sviluppo della tecnica e la struttura del documento, già intuita da un'autorevole dottrina⁴⁴, costituisce il fondamento della disciplina in materia atti processuali "informatici".

La disciplina generale contenuta nel libro II del codice, infatti, deve oggi fare i conti con il processo di "digitalizzazione" che ha investito anche il processo penale – come già quello civile⁴⁵ – a seguito dell'intervento riformatore operato dal d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, attuativo della l. 27 settembre 2021, n. 134 (c.d. "riforma Cartabia")⁴⁶.

Si allude, in particolare, alle disposizioni attuative del criterio direttivo previsto dall'art. 1, co. 5, lett. a) della predetta legge⁴⁷ e, in particolare, per quanto maggiormente

⁴³ G. UBERTIS, *Titolo I. Disposizioni generali*, cit., p. 4. In altro luogo (*Atti in generale*, cit., 152), l'A. precisa che «le imperfezioni che vi comparissero sarebbero solamente l'automanifestazione dei vizi inerenti al compimento di un atto».

⁴⁴ Cfr. A. CANDIAN, *op. cit.*, spec. p. 580. Più recentemente, cfr. G. NAVONE, *Instrumentum digitale. Teoria e disciplina del documento informatico*, Milano, 2012, p. 49.

⁴⁵ Cfr. G. RUFFINI, *Il processo telematico nel sistema del diritto processuale civile*, Milano, 2019; A. VILLECCO, *Il processo civile telematico*, Milano, 2011.

⁴⁶ Sulle coordinate generali della riforma e i criteri e i principi direttivi per la "riscrittura" del libro II del codice, v. B. GALGANI, *Forme e garanzie nel prisma dell'innovazione tecnologica. Alla ricerca di un processo penale "virtuoso"*, Milano, 2022, p. 317 ss.; C. MINELLA, *Atto nativo digitale, primo step del fascicolo penale informatico*, in *Guida dir.*, 10 marzo 2023, p. 236 ss.; sulla sua implementazione, v. M. GIALUZ, J. DELLA TORRE, *Giustizia per nessuno. L'inefficienza del sistema penale italiano tra crisi cronica e riforma Cartabia*, Torino, 2022, p. 293 ss. Nelle note successive si farà spesso riferimento anche alla *Relazione illustrativa* del d.lgs. 150/2022, pubblicata in *Gazzetta Ufficiale* – Serie Generale n. 245 n. 245 del 19 ottobre 2022 – Suppl. Straordinario n. 5 (d'ora in avanti anche "la Relazione").

⁴⁷ La quale ha delegato il legislatore a «prevedere che atti e documenti processuali possano essere formati e conservati in formato digitale, in modo che ne siano garantite l'autenticità, l'integrità, la leggibilità, la reperibilità e, ove previsto dalla legge, la segretezza; prevedere che nei procedimenti penali in ogni stato e grado il deposito di atti e documenti, le comunicazioni e le notificazioni siano effettuati con modalità telematiche; prevedere che le trasmissioni e le ricezioni in via telematica assicurino al mittente e al destinatario certezza, anche temporale, dell'avvenuta trasmissione e ricezione, nonché circa l'identità del mittente e del destinatario; prevedere che per gli atti che le parti compiono personalmente il deposito possa avvenire anche con modalità non telematica».

qui interessa, l'art. 6, co. 1, del d.lgs. 150/2022, che è intervenuto in modo innovativo su numerose disposizioni del libro II del codice⁴⁸.

In primo luogo, è stato integralmente sostituito l'art. 110 c.p.p. (dedicato alla “forma degli atti”), prevedendo che «quando è richiesta la forma scritta», e quindi sia prescritta la modalità di “esternazione” *scritta* di un atto, «gli atti del procedimento penale sono redatti e conservati in forma di *documento informatico*, tale da assicurarne l'autenticità, l'integrità, la leggibilità, la reperibilità, l'interoperabilità e, ove previsto dalla legge, la segretezza»⁴⁹. Si è, in altri termini, prevista la “natività digitale” quale modalità generale di formazione di ogni atto del processo penale⁵⁰.

Trattasi di una disposizione di ordine generale applicabile, in quanto tale, alla maggior parte degli atti del procedimento penale, ivi compresi i provvedimenti del giudice disciplinati all'articolo 125 c.p.p. che, pur nella specifica regolamentazione delle forme, costituiscono, una sottocategoria di “atti”, come risulta evidente dalla collocazione sistematica nel codice processuale⁵¹.

⁴⁸ Nel suo complesso, la riforma “Cartabia” ha inciso massicciamente sul libro II, abrogando tre articoli (150, 151 e 158 c.p.p.), inserendone nove (111-*bis*, 111-*ter*, 129-*bis*, 153-*bis*, 157-*bis*, 157-*ter*, 175-*bis*, 133-*bis* e 133-*ter*) e modificandone trentadue, così incidendo per una percentuale del 43,75% del *corpus* normativo considerato; cfr. S. SIGNORATO, *Gestione dell'atto processuale nel dedalo del processo penale telematico*, in *Riv. dir. proc.*, 4, 2023, p. 1391 ss.

⁴⁹ Ai sensi della definizione recata dall'art. 1, co. 1, lett. p) del d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82 (Codice dell'amministrazione digitale) per “documento informatico” si intende il «documento elettronico che contiene la rappresentazione informatica di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti»; esso, ai sensi dell'art. 20, co. 1-*bis* del CAD, soddisfa la forma scritta e fa piena prova della provenienza delle dichiarazioni dal firmatario fino a querela di falso, ove formato secondo le regole tecniche di settore. Critica la definizione accolta dal CAD, e dal legislatore del processo penale, P. TONINI, *Le nuove tecnologie e la riforma Cartabia*, in *Dir. pen. e proc.*, 2022, p. 295 ss., il quale ravvisa nell'informatica non una forma di rappresentazione di un fatto, bensì un metodo di incorporamento della rappresentazione.

⁵⁰ Cfr. B. GALGANI, *Il processo penale telematico*, in *Dir. pen. e proc.*, 2023, p. 115, la quale parla di «abbandono dell'impostazione “cartaceocentrica” del rito penale». La Relazione (p. 11 s.) precisa che il termine “possono” utilizzato dal legislatore delegante debba essere semanticamente inteso a positivizzare tale legittimazione nel processo penale e che non equivalga ad introdurre una mera facoltatività del ricorso alla modalità digitale per la redazione degli atti processuali, alla luce dello stretto collegamento esistente tra tale indicazione e quella, contenuta nel medesimo criterio di delega, inerente l'obbligatorietà del deposito telematico (di cui all'art. 111-*bis* c.p.p.). In questi termini sarebbe da escludere la possibile configurazione di un eccesso di delega.

⁵¹ Cfr. Relazione illustrativa, p. 12.

Per quanto riguarda le modalità di formazione e circolazione (deposito, comunicazione, notifica) del documento informatico, la riforma non ha inteso creare un nuovo plesso normativo parallelo valevole per i soli atti processuali penali – tanto per motivi di coerenza ordinamentale⁵², quanto in ragione della peculiare evolutività delle norme tecniche nel settore informatico⁵³ –, bensì si è innestata nell'esistente, rinviando – per la relativa regolazione – alla normativa di rango primario e secondario vigente in materia di documentazione informatica. Il nuovo co. 2 dell'art. 110 c.p.p., infatti, prevede che «gli atti redatti in forma di documento informatico rispettano la normativa, anche regolamentare, concernente la redazione, la sottoscrizione, la conservazione, l'accesso, la trasmissione e la ricezione degli atti e dei documenti informatici».

Il riferimento è, in particolare, tanto alla normativa sovranazionale, cioè al regolamento eIDAS 2014/910/UE, quanto a quella nazionale, contenuta nel d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82 nel tempo modificato (Codice dell'amministrazione digitale) e meglio dettagliata dalle Linee guida emanate dall'Agenzia per l'Italia digitale (AGID), nonché dalle specifiche tecniche recate dai d.P.C.M. 22 febbraio 2013 e 13 novembre 2014 e dal decreto del Ministro della giustizia del 21 febbraio 2011 n. 44 (“Regolamento concernente le regole tecniche per l'adozione, nel processo civile e nel processo penale, delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione”).

Si è parlato, a tale riguardo, di una «condizionata libertà di forme»⁵⁴: ogni soluzione digitale, infatti, deve ritenersi accettata laddove siano assicurati i requisiti prescritti dall'art. 110 c.p.p. in termini di autenticità, integrità, leggibilità, reperibilità, interoperabilità e, ove previsto dalla legge, segretezza dei documenti informatici, a cui si aggiunge

⁵² Dalla Relazione illustrativa (p. 13): «si è ritenuto che, in un momento di transizione digitale di particolare rilievo in un contesto, quale quello che processo penale, che impone un punto di incontro tra linguaggio giuridico e tecnico, la soluzione di fare riferimento alle comuni definizioni presenti nella normativa primaria e secondaria, cui peraltro le nuove disposizioni del codice di procedura penale fanno espresso rinvio, fosse l'unica strada percorribile al fine di evitare sovrapposizioni terminologiche tali da creare il rischio di dubbi interpretativi».

⁵³ Secondo la Relazione illustrativa (p. 14) si tratterebbe di una «tecnica prescelta per la formulazione di tutte le disposizioni cardine del nuovo processo telematico in luogo del recepimento nel testo di specifiche regole tecniche, che avrebbe invece imposto una inammissibile necessità di continuo adeguamento delle disposizioni del codice processuale al mutamento delle predette regole conseguenti alla evoluzione tecnologica».

⁵⁴ Relazione illustrativa, p. 11.

il doveroso rispetto della normativa primaria e secondaria in materia⁵⁵. Ciò in doveroso ossequio al principio di “neutralità tecnologica” di cui all’art. 27 del richiamato regolamento eIDAS⁵⁶.

Per quanto concerne, invece, gli atti processuali che, per loro natura⁵⁷ o per specifiche esigenze processuali⁵⁸, non possono essere redatti in forma di documento informatico, se da un lato ne è esclusa natività digitale” (co. 3), dall’altro lato se ne dispone la “dematerializzazione” obbligatoria (co. 4), con tale termine intendendosi – secondo la nomenclatura propria del regime degli atti informatici – la realizzazione di copia informatica di documenti nativi “analogici”⁵⁹. Si prescrive infatti che «gli atti redatti in forma di documento analogico sono convertiti senza ritardo in copia informatica ad opera dell’ufficio che li ha formati o ricevuti, nel rispetto della normativa anche regolamentare, concernente la redazione, la sottoscrizione, la trasmissione e la ricezione degli atti e dei documenti informatici»⁶⁰. Ciò al dichiarato fine di assicurare in ogni caso la completezza del fascicolo informatico (di cui al nuovo art. 111-ter)⁶¹.

Anche l’art. 111 c.p.p. (dedicato alla “data” e alla “sottoscrizione” degli atti) è stato ampiamente modificato per adattarlo alla nuova modalità digitale per la formazione e la presentazione degli atti nel processo penale. In particolare, oltre all’estensione della disciplina previgente in materia di “datazione” anche all’atto informatico (operata con la

⁵⁵ Cfr. Relazione illustrativa, p. 11.

⁵⁶ Cfr. B. GALGANI, *Il processo penale telematico*, cit., p. 115 s, la quale rileva che «il legislatore scandisce dunque i requisiti fondamentali di ciascun atto nella forma di documento informatico, ma si astiene dal declinare specifiche soluzioni tecniche all’uopo percorribili, evitando in questo modo di “auto-condannarsi” ad una (peraltro improbabile) opera di continuo aggiornamento del tessuto codicistico che sarebbe imposta dall’elevato tasso di obsolescenza cui è esposta la materia».

⁵⁷ Ad esempio, in quanto per essi non è prescritta una forma di esternazione “scritta”.

⁵⁸ Si pensi, ad esempio, ad una memoria redatta dall’imputato in stato di detenzione o di situazioni contingenti anche di impedimenti tecnici diversi dai casi di malfunzionamento tecnico autonomamente disciplinati dall’art. 175-bis c.p.p.

⁵⁹ Secondo la definizione recata dall’art. 1, co. 1, lett. i-bis) del d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82 (Codice dell’amministrazione digitale) per “copia informatica di documento analogico” si intende il «documento informatico avente contenuto identico a quello del documento analogico da cui è tratto».

⁶⁰ Fa eccezione alla regola quanto oggi disposto dall’art. 125, co. 5, c.p.p. con riferimento al verbale del giudice dissenziente, per il quale è prevista la forma analogica obbligatoria.

⁶¹ Cfr. Relazione illustrativa, p. 12.

puntuale addizione della relativa locuzione al co. 1), il co. 2-*bis* ha introdotto la nuova disciplina della sottoscrizione dell'atto informatico, anche qui (come nell'articolo 110 c.p.p.) con la tecnica del richiamo alla normativa, anche regolamentare, concernente la sottoscrizione, la trasmissione e la ricezione degli atti e dei documenti informatici, pur facendo il codice espresso soltanto alla "firma digitale" ed alla firma "elettronica qualificata", in sospetta violazione dell'invocato principio di neutralità⁶².

Seguono innovative disposizioni concernenti il "deposito telematico" (art. 111-*bis*), il "fascicolo informatico e accesso agli atti" (art. 111-*ter*), oltre che interventi di coordinamento agli artt. 116, co. 3-*bis* (riguardante copie, estratti e certificati), e all'art. 122, co. 2-*bis* (concernente la procura speciale).

Particolarmente significativa ai fini di cui ci si occupa risulta, infine, la precisazione, contenuta nella Relazione di accompagnamento al d.lgs. 150/2022, secondo la quale «si è ritenuto di non dover introdurre nuove previsioni in materia di invalidità degli atti, ma di adattare, semmai, quelle esistenti alla transizione digitale, sulla base della considerazione che un sistema, già denso di previsioni invalidanti, non necessitasse di disposizioni ulteriori. La scelta, si auspica, dovrebbe favorire una maggiore facilità di attuazione della riforma, evitando le tensioni e le pressioni che l'introduzione di nuove ipotesi di invalidità degli atti possono cagionare»⁶³.

Coerentemente, ad esempio, il legislatore ha deliberatamente scelto di non indicare un termine rigido per la conversione in copia informatica dell'originale analogico di cui al richiamato art. 110, co. 4, c.p.p., che, in coerenza con la decisione di non inserire nuove ipotesi di invalidità, sarebbe stato comunque di natura ordinatoria⁶⁴. Inoltre, non è stata ritenuta necessaria una interpolazione relativa agli elementi da cui desumere altrimenti la data dell'atto omessa (quale elemento ostativo alla rilevazione della nullità ai sensi dell'art. 111 co. 2, c.p.p.), quando quest'ultimo sia stato redatto in forma di documento informatico, posto che a tal fine occorre fare riferimento ai criteri stabiliti dalle

⁶² In questi termini si esprime B. GALGANI, *Il processo penale telematico*, cit., p. 117.

⁶³ Relazione illustrativa, p. 10.

⁶⁴ Cfr. Relazione illustrativa, p. 12.

regole tecniche per ricostruire l'elemento temporale attraverso atti connessi a quello informatico privo di data o a dati registrati dai sistemi informatici⁶⁵.

Anche la validità della firma apposta al documento informatico è stata condizionata al rispetto della normativa, anche regolamentare, concernente la sottoscrizione informatica (firma digitale o elettronica certificata): con tutto quanto ne discende in termini di possibili riflessi sulla validità dell'atto processuale conseguenti alla mancata apposizione/revoca/scadenza/sospensione (anche sopravvenuta) della firma digitale o del relativo certificato quando la sottoscrizione sia prevista a pena di nullità (come per la sentenza ai sensi dell'art. 546, co. 3, c.p.p., o per il verbale redatto dal pubblico ufficiale ex art. 142 c.p.p.)⁶⁶.

L'unica eccezione alla scelta di non introdurre nuove ipotesi di invalidità connesse all'informatizzazione documentale è rappresentata dalla nuova ipotesi di nullità (concernente non già la "formazione", bensì la "circolazione" degli atti processuali) prevista per le notificazioni all'art. 171, co. 1, c.p.p., al quale è stata aggiunta una nuova lett. b-bis) relativa al caso di notificazione eseguita con modalità telematiche non rispettosa dei requisiti di cui al co. 1 dell'art. 148, c.p.p. (ossia quando non sia assicurata l'identità del mittente e del destinatario, l'integrità del documento trasmesso, nonché la certezza, anche temporale, dell'avvenuta trasmissione e ricezione); articolo, quest'ultimo, ampiamente

⁶⁵ Cfr. Relazione illustrativa, p. 14.

⁶⁶ La questione è considerata espressamente da C. MINELLA, *op. cit.*, p. 237 e da S. SIGNORATO, *op. cit.*, p. 1393 ss., la quale si sofferma in particolare sulla decadenza "sopravvenuta" del certificato di firma digitale: «si tratta di problemi giuridici che forse non sono stati ancora adeguatamente soppressi, ma che infliggono un *vulnus* al regime della validità degli atti, oltretutto senza nemmeno la necessità di una querela di falso, essendo previsto *ex lege* dallo stesso CAD che la revoca, scadenza o sospensione del certificato comporta la mancata sottoscrizione del documento, a prescindere dalla precedente apposizione della firma. Intrecciando tale previsione con il regime processuale penale delle invalidità codicistiche, che sanziona la mancanza di sottoscrizione con la nullità, rischiano di profilarsi anomalie giuridiche sussumibili nella distonica figura di un atto dall'*iter* così scandito. *In primis*, l'atto si caratterizzerebbe per una sottoscrizione valida, ma *sub condicione* di perduranza dei requisiti di validità della firma. Poi, esso sarebbe nullo perché la firma è mancante in quanto invalida ai sensi del CAD per scadenza, revoca o sospensione del certificato elettronico. A questo punto, l'atto vedrebbe il suo regime di validità diversamente modulato a seconda che la mancanza di firma venga ricondotta al regime delle nullità relative, intermedie o assolute, dato che, come noto, solo queste ultime sono insanabili e rilevabili sia dalle parti che d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento».

riformulato in relazione alla nuova regola generale della notificazione per via telematica (ovvero al c.d. domicilio digitale).

Alla luce di quanto esposto in termini meramente introduttivi, si renderà opportuno, nel prosieguo dello studio, riflettere sulle questioni sollevate dalla necessità di “adattare” la nuova prospettiva dell’informatizzazione degli atti processuali penali ad un sistema codicistico a nullità “invariate”, al fine di verificare se l’innesto potrà realizzarsi armonicamente, oppure rischi di creare crisi di “rigetto” in un contesto dominato dal principio di tassatività⁶⁷.

2. La nozione di “fattispecie giuridica”.

Una volta definito il concetto di “atto processuale penale” (anche nella sua attuale dimensione informatica), si rende ora necessario esaminarne le possibili qualificazioni giuridiche.

Secondo la concezione tradizionale, queste ultime rivestono un «carattere relativo»⁶⁸, in quanto sono determinate dal rapporto che ciascun atto intrattiene con la c.d. fattispecie giuridica astratta (c.d. principio di fattispecie). Infatti, è proprio in relazione a quest’ultima e alla sua struttura che un determinato atto (inteso, come visto, quale comportamento umano) non solo può assumere il carattere della giuridicità (“atto giuridico”), ma altresì può essere valutato nelle sue diverse possibili qualificazioni (come rilevante/ir-rilevante, perfetto/imperfetto, efficace/inefficace, valido/invalido).

Sicché, prima di affrontare le possibili qualificazioni dell’atto processuale, risulta necessario soffermare l’attenzione sul concetto di “fattispecie giuridica astratta”.

⁶⁷ Sulla intrinseca “tensione” fra la tecnica di “rinvio” alle norme tecniche extra-codicistiche proprie della riforma del processo penale telematico e il principio di legalità processuale, v. i rilievi di V.S. LONATI, C. MELZI D’ERIL, *Svolta on-line. Atti del processo da conservare come documento informatico*, in *I focus del Sole 24-Ore*, 12 ottobre 2022, 25, p. 14 e F. TRAPPELLA, *La rivoluzione digitale alla prova della riforma*, in *Arch. pen.*, 2022, p. 11 s.

⁶⁸ G. CONSO, *Il concetto e le specie d’invalidità. Introduzione alla teoria dei vizi degli atti processuali penali*, Milano, 1955, p. 3.

Sul punto, occorre premettere che per ciascun comportamento umano (o atto) rilevante per il diritto, la relativa norma giuridica ne pone il “modello legale”⁶⁹. Quest’ultimo è inteso generalmente come l’insieme astratto degli elementi necessari e sufficienti per la produzione di un determinato effetto giuridico e viene comunemente denominato “fattispecie”⁷⁰.

Tale espressione, di uso relativamente recente, esprime un’idea «antica quanto il diritto, la cui funzione consiste nello stabilire che cosa avverrebbe (in linea di doveri e di poteri e, insomma, di effetti giuridici), se avvenissero certi fatti»⁷¹.

La fattispecie, in altri termini, è una componente indefettibile della “norma giuridica”⁷², intesa come enunciato ipotetico-condizionale costituito da una protasi (rappresentata, appunto, dalla “fattispecie”) e da una apodosi, costituita dalla conseguenza giuridica prevista (c.d. “effetto”)⁷³.

Si potrebbe dire, per ulteriore chiarificazione, che enunciata la norma “se A allora B” (ove “A” è la descrizione giuridica di un fatto storico), la fattispecie astratta è “A” e l’effetto giuridico è “B”⁷⁴. Proprio in questi termini il singolo atto o fatto storico diviene

⁶⁹ Cfr. O. MAZZA, *op. cit.*, p. 16 ss., il quale specifica che tale modello legale astratto è «previsto quale ‘elemento condizionante dalla norma’, che può essere denominato fattispecie».

⁷⁰ Cfr. G. CONSO, *I fatti giuridici processuali penali*, cit., p. 2., per il quale, laddove un elemento non sia necessario, si parla di elemento “utile”, il quale non rientra nella fattispecie strettamente intesa; cfr. altresì F. CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, Torino, 1956, p. 33 ss.; A. GALATI, *op. cit.*, p. 366; M. PANZAVOLTA, *op. cit.*, p. 3, «attorno ai requisiti *sine quibus non* per la produzione dell’effetto giuridico si colgono i tratti della nozione di fattispecie dell’atto processuale».

⁷¹ F. CORDERO, *Procedura penale* (1983), cit., p. 353-354.

⁷² Cfr. G. CONSO, *I fatti giuridici processuali penali*, cit., p. 2, per il quale «ogni fattispecie astratta e il suo corrispondente effetto giuridico, pur rimanendo distinti l’una dall’altro, sono così strettamente connessi da costituire le due parti, immancabili, di ogni norma giuridica».

⁷³ Cfr. O. MAZZA, *op. cit.*, p. 7; secondo M. PANZAVOLTA, *Contributo allo studio dell’invalidità derivata nel processo penale*, Fano, 2012, p. 16, fattispecie ed effetti giuridici costituiscono i «poli» della proposizione normativa «in un movimento che conduce dalla prima verso i secondi». Quanto all’effetto giuridico, esso consiste in «ogni mutamento di una situazione precedente, cioè ogni differenza tra una situazione giuridica preesistente e un’altra successiva», così G. CONSO, *I fatti giuridici processuali penali*, cit., p. 4-5. Il rapporto fra fattispecie ed effetto è definito nei termini di “causalità giuridica” o di “imputazione”.

⁷⁴ Cfr. F. CORDERO, *Procedura penale*, (1983), cit., p. 353-354, per il quale «quel che i cinque postulati sono per la geometria euclidea questo concetto è per il diritto, la cui formula magica suona: ‘se

atto o fatto “giuridico” (“A”) nel momento in cui vi è una norma astratta che lo considera (“se A”)⁷⁵.

Così definita la “fattispecie” come «previsione normativa dell’atto (o del fatto)»⁷⁶ ne risulta agevole la distinzione rispetto a ulteriori nozioni che il linguaggio giuridico spesso definisce con lo stesso termine. Si tratta, in particolare, del già menzionato comportamento (o fatto) materiale, da una parte, e dell’atto (o fatto) giuridico, dall’altra, per indicare i quali è frequente l’utilizzo del termine “fattispecie”, talora accompagnato dall’aggettivazione “concreta”⁷⁷.

Infatti, poste le precedenti premesse, l’utilizzo del termine “fattispecie concreta” risulta, a ben vedere, *errato* se riferito al “comportamento materiale”, e *inutile* se riferito all’“atto (o fatto) giuridico”.

Errato in quanto il termine “fattispecie” implica una valutazione normativa che è del tutto assente nel comportamento materiale, il quale piuttosto può essere oggetto di un giudizio storico. Più correttamente, il comportamento materiale diviene “fattispecie concreta” solo quando (o nella parte in cui)⁷⁸ esso coincida con il verificarsi dell’ipotesi normativa stabilita dalla “fattispecie astratta”⁷⁹. In questi termini, però, la “fattispecie

avviene A, avverrà B’: dove A designa un fatto, la cui previsione chiamiamo ‘fattispecie’, e B un effetto giuridico».

⁷⁵ Cfr. O. MAZZA, *op. cit.*, p. 16, il quale rileva come «l’attributo della giuridicità discenda dalla corrispondenza del comportamento (o dell’accadimento) a un modello legale astratto, previsto quale elemento condizionante dalla norma, e che può essere denominato *fattispecie*». Anche dal punto di vista etimologico, il termine “fattispecie” deriva dal latino *facti species*, ossia «fatto immaginato per servire da paradigma» (A. CATAUDELLA, *Fattispecie (voce)*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, p. 926).

⁷⁶ O. MAZZA, *op. cit.*, p. 17.

⁷⁷ Tale ambiguità terminologica è segnalata, fra gli altri, da G. CONSO, *I fatti giuridici processuali penali*, cit., p. 14.

⁷⁸ Efficacemente, F. CARNELUTTI, *op. cit.*, p. 10-11, definisce la “fattispecie concreta” come «la specie del fatto, ossia quel tanto che del fatto giuridico il legislatore fa vedere. Fattispecie dell’atto è perciò il modello o, si potrebbe anche dire, il campione dell’atto».

⁷⁹ Cfr. G. CONSO, *I fatti giuridici processuali penali*, cit., p. 6, secondo il quale la fattispecie concreta coincide «con le situazioni che vengono a verificarsi nella realtà della vita e che sono sussumibili nello schema astratto»; S. MESSINA, *Sull’utilità della nozione di «fattispecie» nel diritto processuale penale*, in *Scritti giuridici in onore di Vincenzo Manzini*, Padova, 1954, p. 593, il quale afferma che «la ‘fattispecie astratta’ è una ipotesi: la ‘fattispecie concreta’ è la situazione di fatto che coincide con il verificarsi dell’ipotesi».

concreta” «sostanzialmente viene a coincidere con la nozione di atto giuridico»⁸⁰, rivelando così la sua inutilità dogmatica.

È opportuno, pertanto, abbandonare la dicotomia terminologica “fattispecie astratta” e “fattispecie concreta”, in quanto foriera di potenziali ambiguità, per accogliere una tripartizione costituita dal “comportamento (o fatto) concreto” (oggetto di un giudizio storico), dalla “fattispecie astratta” (oggetto di una valutazione normativa) e dall’“atto (o fatto) giuridico” (oggetto di una valutazione storico-normativa)⁸¹.

In questi termini, si può dire che costituiscano “elementi” della fattispecie gli atti (o fatti) giuridici che sono tali in quanto atti (o fatti) materiali presi in considerazione dalla norma giuridica ai fini della produzione dell’effetto giuridico. A questo proposito, la fattispecie si definirà “semplice” se composta da un solo elemento, “composta” laddove risulti dall’insieme di più elementi.

Analogamente, si può dire che laddove la fattispecie è “semplice” il fatto giuridico è anche *di per sé* fattispecie (cioè coincide con essa), mentre se la fattispecie è “complessa”, il fatto giuridico è solamente «parte di fattispecie»⁸². In tal modo, possono darsi altresì ulteriori combinazioni, nel senso che uno stesso fatto giuridico può essere “parte” di più fattispecie (che si differenziano fra di loro solo nelle altre parti), così come uno specifico fatto-fattispecie (fattispecie semplice) o una fattispecie complessa possono essere a loro volta parti di fattispecie più complesse⁸³.

Con riguardo alle fattispecie complesse, possono darsi altresì differenti modi di collegamento fra i singoli elementi, a seconda che essi debbano essere posti in essere in un dato ordine (c.d. fattispecie “a formazione progressiva”), contemporaneamente (c.d. fattispecie “concomitante”) o in qualunque ordine (c.d. fattispecie “a formazione cronologicamente indifferente”).

⁸⁰ O. MAZZA, *op. cit.*, p. 17.

⁸¹ In termini simili, cfr. F. CORDERO, *Procedura penale* (1983), cit., p. 353-354, «la fattispecie, consistendo nella descrizione di un avvenimento al quale la legge attribuisce un effetto, è un’astrazione. Di fronte ad essa sta un fatto reale, che si dice giuridico in quanto la riproduce. Consideriamo i tre termini: un fatto, una fattispecie e un fatto conforme alla fattispecie. Il primo emerge da un puro giudizio storico, il secondo è un canone di valutazione, il terzo implica un giudizio storico e uno di valore giuridico».

⁸² G. CONSO, *I fatti giuridici processuali penali*, cit., p. 45.

⁸³ Cfr. G. CONSO, *I fatti giuridici processuali penali*, cit., p. 116.

Così esposte le coordinate di teoria generale utili a definire la categoria della fattispecie giuridica astratta⁸⁴, tale nozione può dunque ben essere “calata” nel contesto di cui ci si occupa nella forma della “fattispecie processuale”, intesa, cioè, come «fattispecie [...] a cui vengono ricollegati effetti processuali»⁸⁵.

Ad ogni buon conto, l’individuazione degli “elementi” di una specifica fattispecie (sostanziale o processuale che sia) non potrà che risolversi in un’indagine di diritto positivo e, conseguentemente, in un’operazione di natura interpretativa “caso per caso”, cioè «schema per schema»⁸⁶.

Va peraltro considerato che non sempre tutti gli elementi della fattispecie (gli “schemi”) sono previsti da un’unica norma – o meglio, disposizione – giuridica (ad esempio, laddove essi siano ricavabili “a rovescio” dalla valutazione che un’altra disposizione può fare in ordine alla loro “mancanza”), né sempre detti elementi sono indicati analiticamente e precisamente da dette disposizioni (cosiddetti elementi elastici)⁸⁷.

La prima avvertenza ha non poca rilevanza con riferimento al tema di cui ci si occupa: come si vedrà, infatti, proprio «le norme che prevedono le cause di nullità di un atto si risolvono il più delle volte nella statuizione di elementi non desumibili dalla norma che contiene la definizione dell’atto»⁸⁸.

La seconda avvertenza, invece, ha (o perlomeno dovrebbe avere) un peso relativo nelle riflessioni circa gli atti processuali penali, le cui fattispecie, diversamente dagli atti

⁸⁴ Pur nella consapevolezza dell’essenzialità della trattazione che non riesce probabilmente a dare conto del ben più ampio e complesso dibattito in argomento, il cui approfondimento si sarebbe rivelato incompatibile (se non poco utile) rispetto all’economia del presente elaborato.

⁸⁵ G. CONSO, *I fatti giuridici processuali penali*, cit., p. 4.

⁸⁶ G. CONSO, *I fatti giuridici processuali penali*, cit., p. 108. Secondo M. PANZAVOLTA, *Contributo allo studio dell’invalidità derivata nel processo penale*, cit., p. 42-43: «confinata nell’analisi teorica, la nozione è puramente descrittiva. Più specificamente, il concetto di fattispecie non serve direttamente a dirimere alcuna questione sulla validità d’un atto, finché non si scenda all’individuazione del singolo atto e non si enumerino gli elementi che lo compongono. [...] Il divario tra la fattispecie come concetto astratto e come strumento concreto è colmato dall’interpretazione delle norme positive».

⁸⁷ Cfr. G. CONSO, *I fatti giuridici processuali penali*, cit., p. 109. Laddove la fattispecie sia composta solamente da elementi analiticamente predeterminati dalla legge (cosiddetto “principio di tassatività”) essa si denomina “chiusa”; è invece “aperta” se contiene uno o più elementi previsti genericamente dalla legge, la cui descrizione deve essere perciò integrata dall’interprete; nel medesimo senso, F. CORDERO, *Procedura penale* (1983), cit., p. 842.

⁸⁸ G. CONSO, *I fatti giuridici processuali penali*, cit., p. 110

processuali civili, dove vige il principio di libertà (*rectius*: strumentalità)⁸⁹ delle forme, assumono di regola natura vincolata e tassativa (e pertanto non dovrebbero contenere elementi elastici)⁹⁰.

Si è detto “dovrebbe avere” in quanto non mancano tentativi da parte della giurisprudenza di introdurre all'interno delle fattispecie normative degli atti processuali penali alcuni elementi elastici, che attribuiscono al giudice ampi margini di discrezionalità nell'operazione di sussunzione degli atti all'interno del paradigma legale ai fini della produzione (o meno) dei relativi effetti⁹¹.

Tale rilievo, che verrà approfondito ben più ampiamente nei successivi capitoli dell'elaborato, costringe tuttavia ad affrontare una questione ben più radicale, rimasta fino ad ora “sottotraccia”, e cioè: chi determina la “fattispecie giuridica astratta”? In altri termini, chi è legittimato, nel nostro ordinamento, a porre la norma giuridica?

⁸⁹ Cfr. G. CONSO, *I fatti giuridici processuali penali*, cit., p. 109, nota 70; cfr. A. JAZZETTI, M. PACINI, *op. cit.*, p. 14-15, dove si afferma che il “potere dispositivo” «opera in diversa misura nel processo penale e in quello civile. In quest'ultimo infatti le parti sono libere di realizzare la tutela dei propri interessi privatistici anche fuori dalla sede processuale (ad esempio, attraverso transazioni o arbitrati), laddove il processo s'impone come l'unica forma possibile di realizzazione degli interessi tutelati dalla norma penale, secondo il brocardo *nulla poena sine iudicio*. In altri termini la giurisdizione penale è caratterizzata dal requisito della ‘necessarietà’ in contrapposizione alla giurisdizione civile caratterizzata da quello della ‘facoltatività’».

⁹⁰ In argomento, cfr. D. SIRACUSANO, A. GALATI, G. TRANCHINA, E. ZAPPALÀ, *Diritto processuale penale*, Milano, 2018, p. 239, ove si legge che «nel c.p.p. manca una norma analoga a quella contenuta nell'art. 121 c.p.c., che, sotto l'emblematica rubrica ‘libertà di forme’, dispone: ‘gli atti del processo, per i quali la legge non richiede forme determinate, possono essere compiuti nella forma più idonea al raggiungimento del loro scopo’. C'è da dire, piuttosto, che alla fantasia dei soggetti che intervengono nel processo, il codice di rito penale sostituisce – pretendendone il rispetto – un preciso modello in cui indica come l'atto deve essere realizzato: gli atti a forma vincolata costituiscono, pertanto, la regola»; sul punto, cfr. anche F. CORDERO, *Procedura penale* (1983), cit., p. 364, per il quale «la distinzione si pone [...] tra gli atti cosiddetti a forma libera, la cui figura è integrata da ogni condotta idonea ad esprimere un significato o a causare un evento [...] e quelli a forma vincolata, dei quali la legge stabilisce il *quomodo*», egli, *ivi*, cita accanto all'art. 121 c.p.c. anche l'art. 156 c.p.c., che prevede come causa di nullità la mancanza dei «requisiti formali indispensabili per il raggiungimento dello scopo», concludendo che «gli atti a forma vincolata sono la regola».

⁹¹ Cfr. F. CORDERO, *Procedura penale* (1983), cit., 843: «sapere se un atto sia a fattispecie chiusa o aperta è importante in quanto evita degli equivoci: [...] situazioni di fatto previste dalla legge come cause di nullità sono state talvolta considerate come vizi innocui e perciò insignificanti; e qui l'interprete ha trattato un atto a fattispecie chiusa come se gli fosse consentito sopprimere un requisito legale»; sul tema è d'obbligo altresì il rinvio a ID., *Nullità, sanatorie, vizi innocui*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1961, p. 680 ss., anche in ID., *Ideologie del processo penale*, Milano, 1966, p. 31 ss.

A questo proposito si distinguono, in astratto, due modelli: da un lato, l'ordinamento di tipo "chiuso", nel quale la fattispecie giuridica è determinata più o meno elasticamente dal legislatore, secondo una valutazione di rilevanza *ex ante* dei singoli fatti giuridici (modello di *civil law*); dall'altro lato, l'ordinamento di tipo "aperto", nel quale i fatti concreti assumono rilevanza *ex post* in esito ad una valutazione *in concreto* del giudice che determina la regola (modello di *common law*)⁹².

Come noto, il nostro ordinamento rientra nel primo tipo, in quanto, in virtù del principio di separazione dei poteri, la legittimazione a porre norme giuridiche (e quindi a determinare le fattispecie) è attribuita al legislatore e non al giudice.

Come è stato evidenziato, tuttavia, non mancano nel nostro ordinamento episodi di «giurisprudenza creativa»⁹³, ove il giudice si fa legislatore, nella misura in cui, appunto, è "creatore di fattispecie". La controversa ammissibilità all'interno del nostro ordinamento di tale approccio, che per ora ci si limita a segnalare, verrà vagliata nel prosieguo dell'elaborato, in quanto strettamente attinente al tema di cui ci si occupa.

Al netto di ciò, occorre concludere che «in un ordinamento chiuso le norme sono il solo criterio per valutare giuridicamente gli atti»⁹⁴. Sulla scorta di tale affermazione, proprio in relazione alla "norma" e alle sue componenti strutturali, che si sono identificate nella "fattispecie" e nell'"effetto giuridico", è ora possibile procedere con consapevolezza nell'indagine sulle possibili qualificazioni dell'atto giuridico. Queste ultime, infatti, sono state tradizionalmente individuate nella "logica della fattispecie".

3. La qualificazione degli atti processuali nella "logica della fattispecie": la perfezione.

Nel precedente paragrafo si è visto che un comportamento materiale rileva come atto giuridico quando è espressamente considerato dalla norma che ne definisce la relativa fattispecie. È, dunque, in relazione alla norma giuridica, e alle componenti strutturali di

⁹² Cfr. F. CORDERO, *Procedura penale* (1983), cit., p. 354.

⁹³ F. CORDERO, *Procedura penale* (1983), cit., p. 354; A. GALATI, *op. cit.*, p. 367.

⁹⁴ F. CORDERO, *Procedura penale* (1983), cit., p. 841.

quest'ultima, che un atto giuridico diviene "tale" e può essere, quindi, valutato nelle sue possibili qualificazioni.

La prima qualificazione a venire in rilievo è, dunque, quella della "perfezione", che esprime proprio la corrispondenza dell'atto alla propria fattispecie legale. L'atto si dirà, dunque, "perfetto" se riproduce esattamente lo schema normativo astratto previsto dal legislatore per quell'atto⁹⁵.

A ben guardare, come è stato efficacemente notato, la locuzione "atto perfetto" dovrebbe ritenersi in realtà superflua, poiché l'atto è per definizione "perfetto", in quanto se non integrasse la fattispecie non potrebbe nemmeno definirsi propriamente un "atto giuridico"; per lo stesso motivo, l'opposta locuzione "atto imperfetto" appare un ossimoro, in quanto l'atto che non integra alcuna fattispecie non è un atto, bensì un non-atto (almeno dal punto di vista giuridico)⁹⁶.

Tanto chiarito, il riferimento alla nozione di "perfezione" risulterà comunque utile nel prosieguo dell'indagine, in quanto si tratta di una sintesi verbale particolarmente efficace per indicare la valutazione di corrispondenza di un comportamento materiale rispetto allo schema giuridico di volta in volta considerato. Inoltre, come si vedrà poco oltre, la situazione di "imperfezione" di un atto rispetto ad una determinata fattispecie non è affatto priva di rilevanza giuridica, in quanto potrebbe costituire un elemento di ulteriori e alternative fattispecie.

3.1. (Segue.) L'efficacia.

Si è altresì visto che la norma giuridica fa sempre conseguire al perfezionarsi di una determinata fattispecie la produzione di uno specifico effetto giuridico: da questo punto di vista, l'atto si qualifica come "efficace"⁹⁷. L'"efficacia" è, dunque, esattamente

⁹⁵ Cfr. G. CONSO, *I fatti giuridici processuali penali*, cit., p. 1; G. UBERTIS, *Atti*, cit., p. 211.

⁹⁶ Cfr. G. UBERTIS, *Atti*, cit., p. 212.

⁹⁷ «Beninteso, efficace non di una qualunque efficacia giuridica, ma dell'efficacia tipica di quel modello rispetto a cui il fatto si qualifica perfetto», così G. CONSO, *I fatti giuridici processuali penali*, cit., p. 18.

la capacità di un atto di produrre gli effetti giuridici per esso previsti dalla norma giuridica che ne configura la relativa fattispecie.

Tali effetti giuridici possono essere compiutamente predeterminati dalla legge (c.d. “effetti legali”), oppure (anche) definiti dallo stesso atto che li dispone (c.d. “effetti precettivi”). Nella seconda ipotesi, l’atto, in quanto costitutivo dei propri effetti, è suscettibile di essere valutato non solamente in termini di corrispondenza alla fattispecie normativa “formale” (come atto) ma anche rispetto a quella “sostanziale” (come contenuto)⁹⁸.

La modalità attraverso la quale l’effetto giuridico (previsto dalla legge o dall’atto stesso) consegue alla realizzazione dell’atto giuridico rappresenta un tradizionale terreno di discussione nella teoria generale del diritto.

In particolare, il problema della “produzione giuridica” è stato in un primo momento risolto individuando un nesso di causalità diretta (cosiddetta “causalità giuridica”) tra l’atto, inteso come fatto materiale, e l’effetto⁹⁹. In questa logica, la perfezione indicherebbe la presenza nel fatto degli elementi necessari per la sua efficacia (c.d. perfezione della fattispecie concreta).

Tale concezione è stata successivamente abbandonata sulla scorta dell’impostazione normativista di derivazione kelseniana, la quale, come noto, si fonda sul diverso presupposto dell’impossibilità di ricavare dall’“essere” (un fatto giuridico) un “dover essere” (un effetto giuridico)¹⁰⁰.

Su queste basi si è così affermato che l’effetto giuridico consegue non già dal fatto (materiale) bensì direttamente dalla norma, in conseguenza dell’integrazione della fattispecie astratta a livello fattuale¹⁰¹. In questa prospettiva, la “perfezione” – in linea con

⁹⁸ Un esempio di non conformità “sostanziale” è il c.d. *error in iudicando*, che afferisce al procedimento inteso non come “rito” (insieme di atti) ma quale funzione logica (*iter* decisionale); cfr. F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2012, p. 377 ss.

⁹⁹ Secondo l’impostazione già risalente a E. ZITELMANN, *Irrtum und Rechtsgeschäft*, Leipzig, 1897. Successivamente, A. LEVI, *Fatti e rapporti giuridici*, in *Saggi di teoria del diritto*, Bologna, 1924, p. 107; F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951, p. 192 s.

¹⁰⁰ Cfr. H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1952, *passim*.

¹⁰¹ Cfr. R. SCOGNAMIGLIO, *Fatto giuridico e fattispecie complessa*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1954, p. 333 ss.; N. IRTI, *Rilevanza giuridica (voce)*, in *Nss.D.I.*, XV, Torino, 1968, p. 1096 ss.; A. CATAUDELLO, *op. cit.*, p. 927 s.; F.G. SCOCA, *Contributo sul tema della fattispecie precettiva*, Perugia, 1979, p. 28 ss.

quanto precedentemente sostenuto¹⁰² – indica più correttamente la conformità del fatto alla fattispecie normativa astratta (il c.d. perfezionamento della fattispecie astratta).

In definitiva, secondo l'impostazione oggi quasi universalmente condivisa, l'atto (inteso come fatto materiale) rappresenta una mera condizione di "operatività" della norma, dalla quale sola promanano gli effetti giuridici (anche se disposti dal medesimo atto)¹⁰³. Vi sarebbe, perciò, un meccanismo di trasmissione di efficacia dalle norme all'atto giuridico, in ragione del perfezionamento della relativa fattispecie.

Per quanto detto finora, è dunque possibile giungere ad un primo punto fermo: l'"atto efficace" sarà sempre un "atto perfetto" (in quanto corrispondente ad una fattispecie normativa)¹⁰⁴.

3.2. (Segue.) La rilevanza.

La conclusione secondo cui l'"atto efficace" è sempre un "atto perfetto" non deve indurre a ritenere le due qualificazioni come equivalenti, in quanto non vale il contrario: l'"atto perfetto" può, infatti, non essere un "atto efficace"¹⁰⁵.

Per comprenderlo è opportuno riprendere la già enunciata distinzione tra "fattispecie semplice" (che presenta un solo elemento) e "fattispecie complessa" (composta da più elementi).

Laddove un atto sia configurato come "fattispecie semplice", infatti, la sua perfezione corrisponde effettivamente all'efficacia (l'atto produce, in quanto perfetto, l'effetto previsto dalla legge); al contrario, se un determinato atto giuridico è parte di una fattispecie complessa, esso, ancorché perfetto, non sarà *di per sé* produttivo di effetti, ma

¹⁰² V. *supra* § 3.

¹⁰³ In altri termini, la conformità del fatto storico alla fattispecie normativa astratta (perfezione) realizza la condizione sospensiva cui è sottoposta l'operatività della norma; così, fra i molti, N. IRTI, *op. cit.*, p. 1106 ss.

¹⁰⁴ Per la tesi della perfezione come condizione necessaria dell'efficacia cfr. H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello stato*, Milano, 1963, p. 39 ss.; G. CONSO, *I fatti giuridici processuali penali*, cit., p. 18.

¹⁰⁵ Cfr. G. CONSO, *I fatti giuridici processuali penali*, cit., p. 42-43; G. UBERTIS, *Atti*, cit., p. 211-212.

solamente *idoneo a produrli*, essendo necessario il completarsi della fattispecie affinché i relativi effetti si realizzino (altrimenti la fattispecie complessa non sarebbe, considerata complessivamente, “perfetta”)¹⁰⁶.

In tal caso, l’atto si dirà comunque “rilevante”, con ciò intendendosi l’atto perfetto (in quanto qualificato dalla norma quale fattispecie o parte di essa) produttivo di effetti, o comunque, idoneo a produrli¹⁰⁷.

È così possibile distinguere un concetto di “rilevanza giuridica”, qualificante gli atti produttivi di effetti o idonei a produrli (c.d. mera rilevanza), e il concetto di “irrilevanza giuridica”, qualificante gli atti non produttivi di effetti né, in ogni caso, idonei a produrli¹⁰⁸.

“Perfezione” e “rilevanza” possono, in definitiva, considerarsi come le due facce di una stessa medaglia, l’una riguardante la “fattispecie” (qualificando l’atto corrispondente allo schema), l’altra l’“efficacia” (qualificando l’atto produttivo di effetti o idoneo a produrli).

Tanto precisato, se invece si considera la fattispecie di un atto giuridico produttivo di effetti indipendentemente cioè dalla natura semplice o complessa della sua struttura è possibile formulare con esattezza l’equazione “perfezione = efficacia”.

3.3. (Segue.) *L’(in)validità. Distinzione rispetto all’(il)lecito.*

Se sull’equazione “perfezione = efficacia” concorda in larga parte la dottrina¹⁰⁹, lo stesso non può dirsi, tuttavia, con riferimento ad alcune situazioni nelle quali tale equivalenza sembra apparentemente “rompersi”, e rispetto alle quali sono state date opposte

¹⁰⁶ Cfr. G. CONSO, *Il concetto e le specie d’invalidità*, cit., p. 32.

¹⁰⁷ Secondo G. CONSO, *I fatti giuridici processuali penali*, cit., p. 41, «quando allo schema tipico sono ricollegati in modo immediato degli effetti, il fatto, oltreché giuridicamente rilevante, sarà pure efficace. In tal caso rilevanza ed efficacia coincideranno cronologicamente. Se, invece, allo schema non sono ricollegate conseguenze giuridiche immediate, il fatto rilevante dovrà, perché si abbiano a produrre delle conseguenze, accompagnarsi ad altri determinati fatti pur essi rilevanti». Sul concetto della “rilevanza” nella teoria generale v. ancora N. IRTI, *op. cit.*, p. 1094 ss.

¹⁰⁸ Cfr. G. UBERTIS, *Atti*, cit., p. 211-212.

¹⁰⁹ Rileva A. CAPONE, *L’invalidità nel processo penale*, Padova, 2012, p. 85, che «la dottrina muove da un postulato fondamentale: [...] l’atto processuale perfetto, ossia compiuto esattamente secondo lo schema tipizzato in una fattispecie, è valido e dunque produce gli effetti che la norma ad esso ricollega».

spiegazioni. Si tratta, in particolare, delle controverse questioni dell'atto "perfetto ma inefficace" (ad esempio, l'atto sottoposto a condizione sospensiva) e dell'atto "imperfetto ma efficace" (l'atto invalido, cui è riconducibile la categoria teorica generale dell'"annullabilità").

In merito alla questione dell'atto "perfetto ma inefficace", una parte della dottrina argomenta che in detta ipotesi l'atto, in quanto perfetto, è in realtà "efficace"; un'altra parte, invece, sostiene che l'atto, in quanto inefficace, è in realtà "imperfetto".

Nello specifico, il primo orientamento ritiene che l'inefficacia che in apparenza può caratterizzare un atto perfetto non sia, in realtà, una vera inefficacia, in quanto l'elemento condizionante l'effetto (ad esempio, una condizione sospensiva) è estrinseco rispetto alla fattispecie. Sicché, la fattispecie "perfetta" sarebbe in ogni caso produttiva del proprio effetto, il quale, a sua volta, per potersi compiutamente esplicare richiede il perfezionamento di una nuova e diversa fattispecie (nell'esempio, il realizzarsi della condizione)¹¹⁰. Secondo questa tesi si avrebbe, perciò, un effetto "operativo" ma non ancora "operante".

A tale impostazione, altra parte della dottrina obietta, persuasivamente, che proprio la necessità del perfezionamento di un ulteriore elemento per l'esplicarsi dell'effetto rivela che quest'ultimo è, in realtà, "parte integrante" della fattispecie dell'atto, con la conseguenza che, nell'ipotesi considerata, l'atto non è efficace per il semplice motivo che non è ancora perfetto¹¹¹.

¹¹⁰ Tale situazione è definita "inefficacia in senso stretto" per distinguerla dalla generale inefficacia che discende dalla imperfezione della fattispecie, in quanto l'improduttività di effetti sarebbe da imputare a ragioni estrinseche alla struttura dell'atto; cfr. V. SCALISI, *Inefficacia*, in *Enc. Dir.*, XXI, Milano, 1971, p. 322 ss.; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1950, p. 458. L'orientamento in questione è di matrice perlopiù civilistica ed è analiticamente richiamato (e confutato) da G. CONSO, *I fatti giuridici processuali penali*, cit., p. 22-33.

¹¹¹ Sostiene questa tesi G. CONSO, *I fatti giuridici processuali penali*, cit., p. 27, per il quale «è innegabile che, comunque dispongano le norme positive, il concetto di fattispecie non lascia adito che ad una alternativa: o una circostanza è necessaria per il verificarsi di un certo effetto, ed allora è parte della fattispecie; o non è necessaria ed allora ne resta fuori. Non si comprende come una circostanza, assente la quale l'effetto non si produce, possa non rientrare nella relativa fattispecie; d'altra parte, se così fosse, questa, anziché essere il complesso, cioè il totale dei requisiti necessari, ne comprenderebbe soltanto alcuni, i quali, a loro volta, non sarebbero più sufficienti al prodursi di quel certo effetto». E ancora: «il punto fondamentale è questo: non verificandosi la condizione, gli effetti non si producono né da un certo momento

Quanto, invece, alla questione dell'atto "imperfetto ma efficace" (ossia l'atto invalido)¹¹², una parte della dottrina ritiene che in detta ipotesi l'atto, in quanto imperfetto, sia in realtà "inefficace" (c.d. concezione *effettuale* dell'invalidità); un diverso orientamento sostiene invece che l'atto, in quanto efficace, sia in realtà "perfetto" (c.d. concezione *causale* dell'invalidità).

In particolare, la prima concezione ritiene che l'efficacia prodotta dall'atto imperfetto non sia – in realtà – "vera" efficacia, in quanto di carattere precario e suscettibile di eliminazione. A questa affermazione, tuttavia, si è replicato che gli effetti prodotti sono pur sempre effetti giuridici (sebbene precari) e rimarrebbe perciò ancora inspiegato come essi possano comunque discendere da una fattispecie non perfezionata¹¹³.

Appare perciò maggiormente persuasiva la posizione di quella dottrina secondo la quale l'efficacia dell'atto imperfetto non può che spiegarsi in ragione del fatto che esso corrisponde ad una fattispecie normativa diversa da quella che avrebbe dovuto integrare e rispetto alla quale esso è dunque "perfetto"¹¹⁴. Alla realizzazione di tale fattispecie corrisponderebbe la produzione di effetti "tipici" di carattere precario e rimovibile¹¹⁵.

In cosa consista tale diversa fattispecie normativa rispetto alla quale l'atto imperfetto risulta perfetto e, perciò, comunque produttivo di effetti, si vedrà poco oltre. Prima è necessario introdurre nel discorso un'ulteriore possibile qualificazione dell'atto giuridico: quella della "validità".

né da un momento anteriore. Il che significa, senza ombra di dubbio, che nelle fattispecie che fanno riferimento ad una condizione il verificarsi della condizione coincide con il completamento della fattispecie».

¹¹² Il paradosso è ben compendiato dal rilievo di C. ESPOSITO, *La validità delle leggi*, 1934, rist. 1964, p. 248, per il quale «è assurdo affermare che il diritto stesso dia riconoscimento, vita e forza giuridica ad un atto contrario a sé».

¹¹³ A ciò si aggiunga che, come giustamente rileva F. CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, cit., p. 47, «la c.d. precarietà non costituisce un vero e proprio attributo delle conseguenze giuridiche, ma si risolve nella semplice eventualità che si avveri una certa situazione ipotizzata come fattispecie ad efficacia eliminativa a cui ha dato luogo l'atto annullabile. Si tratta insomma di un fenomeno che si produce *ab extra*».

¹¹⁴ Questa, in sintesi, la tesi di G. CONSO, argomentata in *Il concetto e le specie d'invalidità*, cit., p. 30 ss., cui si farà più volte riferimento nel prosieguo. Secondo M. PANZAVOLTA, *Contributo allo studio dell'invalidità derivata nel processo penale*, cit., p. 49, «una volta riconosciuto che l'ordinamento conferisce ad un atto invalido un determinato trattamento non si dovrebbe a rigore più parlare di atto imperfetto».

¹¹⁵ Cfr. A. CAPONE, *op. cit.*, p. 14.

Quest'ultima presuppone una valutazione favorevole da parte dell'ordinamento (etimologicamente esprime l'idea di un atto che ha "valore") sotto il profilo dell'idoneità alla produzione di effetti giuridici stabili, ma che deve comunque ritenersi distinta dalla "perfezione". "Perfetto", infatti, è anche l'atto "illecito" (in quanto realizza una fattispecie considerata come tale dalle norme), il quale certamente non può dirsi di per sé "valido", in quanto rappresenta un comportamento oggetto di riprovazione da parte dell'ordinamento.

E ciò sebbene nulla osti, dal punto di vista logico-giuridico, a che un atto "valido" possa allo stesso tempo costituire un comportamento "illecito". Può ben essere, infatti, che la trasgressione rispetto a modalità di condotta prescritte dalla legge in relazione ad un'attività giuridica possa essere valutata "favorevolmente" dall'ordinamento sotto il profilo dell'idoneità alla produzione di effetti giuridici stabili, ma al contempo "sfavorevolmente" in relazione a profili di ordine comportamentale, potendo costituire il presupposto di conseguenze sanzionatorie e/o di ordine risarcitorio.

Per quanto detto, fra gli atti "perfetti", ve ne sarebbero alcuni qualificati come "illeciti", in quanto configuranti fattispecie valutate negativamente dall'ordinamento (e rispetto ai quali l'effetto giuridico corrisponde ad una reazione sanzionatoria in senso proprio e/o di ordine risarcitorio), e altri qualificati come "validi", in quanto integranti fattispecie valutate positivamente dall'ordinamento (cui corrisponde un effetto giuridico utile per chi compie l'atto)¹¹⁶. Al di fuori di tali ipotesi vi saranno solamente atti "imperfetti", taluni rilevanti (in quanto potenzialmente idonei a produrre effetti), altri del tutto irrilevanti e, in quanto tali, oggetto di una valutazione di indifferenza da parte dell'ordinamento (l'ambito del lecito).

Nella prospettiva delle corrispondenti situazioni soggettive, mentre la coppia di termini liceità-illiceità denota l'atto che rispetta/trasgredisce un "divieto" o adempie/non adempie ad un "obbligo" (stabiliti da c.d. norme di *condotta*)¹¹⁷, la validità implica, a

¹¹⁶ Cfr. G. CONSO, *Il concetto e le specie d'invalidità*, cit., p. 62: «tanto degli atti illeciti quanto degli atti validi si può, o meglio, si deve dire che sono atti perfetti. Anzi, essi sono illeciti e validi, proprio perché perfetti, cioè rispondenti alla norma che li configura».

¹¹⁷ Entrambi riconducibili alla figura soggettiva elementare del "dovere"; così F. CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, cit., spec. p. 256 ss.,

seconda delle diverse impostazioni, lo svolgimento di un «onere»¹¹⁸ o l'esercizio di un «potere»¹¹⁹ (previsto da norme *strumentali* o *di struttura*) da parte di un soggetto che pone in essere un atto al fine di conseguire un determinato effetto giuridico.

L'assunzione dell'angolo visuale delle situazioni soggettive consente, inoltre, di svolgere un passo ulteriore nell'indagine dei meccanismi di produzione degli effetti giuridici, passando dalla statica alla dinamica.

Infatti, se come visto in un'ottica statica ciascuna fattispecie giuridica può essere concepita come la predeterminazione di una serie di "elementi" la cui integrazione è necessaria per il valido prodursi dell'effetto, in un'ottica dinamica è possibile isolare, all'interno di una più ampia fattispecie dell'effetto, i fatti costitutivi di una autonoma situazione giuridica soggettiva (fattispecie del potere) e una autonoma fattispecie di "esercizio" di tale situazione¹²⁰.

Così, per esemplificare, la fattispecie dell'atto definito "impugnazione" può essere concepita – in una prospettiva statica – come fattispecie complessa risultante da una varia successione di avvenimenti processuali (imputazione, sentenza impugnabile, impugnazione nelle debite forme), oppure – in un'ottica dinamica – può riconoscersi nella pronuncia della sentenza il fatto costitutivo di un effetto compiuto e autosufficiente, rappresentato dal sorgere di una situazione giuridica soggettiva (il potere di impugnare). Quest'ultimo, a propria volta, è elemento della fattispecie dell'atto di impugnazione (fattispecie di esercizio della situazione giuridica di potere), il quale costituirà elemento costitutivo di ulteriori situazioni soggettive (es. del potere del giudice di pronunciarsi sull'impugnazione)¹²¹.

«La sequenza può essere raffigurata nei seguenti termini: una proposizione normativa ricollega ad una certa situazione di fatto l'effetto consistente nella costituzione di

¹¹⁸ G. CONSO, *Il concetto e le specie d'invalidità*, cit., p. 62.

¹¹⁹ F. CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, cit., spec. p. 256 ss., dove si critica l'utilizzo della figura dell'onere per identificare il fenomeno, in quanto comunque perfettamente spiegabile in termini di "potere" (quale situazione giuridica "propria", accanto al dovere), anche per depurarlo da valutazioni di interesse, economiche o comunque di valore (tradizionalmente connesse alla figura dell'onere).

¹²⁰ F. CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, cit., spec. p. 215 ss.

¹²¹ L'esempio è tratto da F. CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, cit., spec. p. 216 ss.

un potere; il comportamento di esercizio di quest'ultimo, attuato in conformità ad uno schema legale, si pone come la fattispecie costitutiva di ulteriori effetti giuridici»¹²²; questi ultimi non potranno che essere rappresentati da nuove situazioni giuridiche posto che «non esistono nella *rerum natura* del diritto effetti giuridici che non si identifichino con situazioni soggettive»¹²³.

Tale prospettiva consente di concepire l'intero processo giurisdizionale non già alla stregua di una fattispecie complessa a formazione progressiva, ma come sviluppo funzionale e dinamico di situazioni giuridiche soggettive (poteri processuali).

Lo scorretto esercizio del potere processuale ai fini della produzione dell'effetto rende l'atto "invalido". Quest'ultimo non costituisce, a stretto rigore, né un atto "illecito" (in quanto la conseguenza della sua realizzazione non è una sanzione, ma il mancato prodursi dell'effetto previsto per l'atto valido, che sanzione non è), né un atto "imperfetto" (in quanto, come visto, comunque produttivo di effetti, seppur precari).

La precisazione è importante in quanto, come si avrà modo di verificare, la concezione "sanzionatoria" dell'invalidità – ossia l'equiparazione tra atto "invalido" e atto "illecito" – è frequentemente invocata a sostegno delle tesi che predicano una necessaria valutazione di "offensività" in concreto del vizio ai fini della rilevazione dell'invalidità dell'atto processuale, sulla falsa riga di quanto avviene nell'accertamento dell'illecito penale sul piano sostanziale.

Sul punto, occorre ribadire che, dal punto di vista dogmatico, le norme che disciplinano l'invalidità degli atti e le norme che prevedono illeciti non possono ritenersi affatto congeneri, appartenendo le ultime al novero delle norme "di condotta" (o "primarie"), le prime alle norme "di struttura" (o "secondarie")¹²⁴.

Le norme di condotta impongono divieti o obblighi (e correlati diritti) ai soggetti dell'ordinamento, a protezione di beni o interessi di giuridico rilievo, e la loro violazione comporta la realizzazione di un atto illecito. Si tratta di fattispecie la cui commissione (nel caso di divieti) o omissione (nel caso di obblighi) è valutata sfavorevolmente

¹²² F. CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, cit., spec. p. 62, nt. 51.

¹²³ F. CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, cit., spec. p. 84.

¹²⁴ Per un approfondimento di teoria generale, cfr. A. CAPONE, *op. cit.*, p. 53 ss.

dall'ordinamento e costituisce fonte di responsabilità, che trova rimedio attraverso la previsione di "sanzioni" di carattere afflittivo o ripristinatorio.

Le norme di struttura, diversamente, non prescrivono una condotta che si deve tenere o non tenere, ma stabiliscono le regole che i soggetti devono rispettare per porre in essere atti validi, nel senso di giuridicamente rilevanti e pienamente efficaci. In altri termini, esse stabiliscono le condizioni di validità formale di un atto e trovano rimedio non già in un trattamento sanzionatorio, ma nella privazione di efficacia dell'atto posto in essere invalidamente (secondo i diversi regimi previsti dal legislatore).

L'equiparazione della struttura (e delle conseguenze) delle norme concernenti la validità degli atti processuali e delle norme penali sostanziali non può, perciò, in alcun modo essere sostenuta. L'atto invalido non è, come l'atto illecito, *perfetto* rispetto ad una fattispecie offensiva, bensì *imperfetto* rispetto ad una fattispecie valida e, pertanto, suscettibile di esplicitare effetti precari, potenzialmente rimuovibili nei tempi e nei modi previsti dal legislatore a seconda del differente "trattamento" a cui esso è sottoposto.

Da ciò consegue che la rilevazione dell'invalidità dell'atto processuale non sia condizionata in alcun modo ad una valutazione in termini di "offensività" rispetto ad un interesse giuridicamente protetto, bensì consista in un mero giudizio di mancata corrispondenza dell'atto rispetto alla fattispecie primaria.

Si dice correntemente, a tal proposito, che l'"offesa" è insita nella violazione della norma di validità¹²⁵. Non si nega, perciò, che le norme di validità, al pari delle disposizioni che prevedono illeciti, costituiscano una tecnica normativa di tutela di interessi e valori fondamentali dell'ordinamento giuridico. Tuttavia, mentre la norma che prevede l'illecito vieta di porre in essere atti direttamente e concretamente lesivi di un determinato bene giuridico (la fattispecie "offensiva"), la norma di invalidità determina esclusivamente le *condizioni* di (in)efficacia giuridica di un atto, rispetto al quale il giudizio di offensività è già stato operato *ex ante* e una volta per tutte dal legislatore (sicché ogni

¹²⁵ Cfr. F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 1987, p. 871: «l'inosservanza di una forma prevista sotto pena di nullità rende l'atto invalido senza che siano richieste altre condizioni: in particolare, non importa sapere se l'atto abbia o meno pregiudicato un interesse meritevole di tutele e, anzi, la ricerca di un simile pregiudizio è non tanto superflua quanto scorretta in linea di metodo, essendo l'"offesa" implicita nella difformità dal modello»; nonché P.P. PAULESU, «Pregiudizio effettivo» e nullità degli atti processuali penali, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 883: «la diagnosi positiva del vizio sottend[e] la diagnosi positiva dell'offesa. Constatata l'avvenuta trasgressione di un modello di condotta imposto dalla legge a pena di nullità, qualsiasi indagine sulla sussistenza o no di un effettivo pregiudizio dovrebbe ritenersi vietata».

questione concernente l'offensività di un atto valido o l'innocuità di un atto invalido non pertiene all'applicazione dello *jus conditum*, bensì costituisce una questione *de jure condendo*)¹²⁶.

Solo in questi termini, pertanto, può essere affermato che l'offensività è *in re ipsa* nella violazione: non perché è stato compiuto un atto che leda direttamente un interesse protetto dall'ordinamento, ma perché l'atto non è stato posto in essere secondo modalità ritenute idonee dal legislatore, secondo una valutazione astratta, alla tutela di determinati interessi e posizioni processuali (indipendentemente dal fatto che l'atto irrituale si sia, nel caso concreto, rivelato inoffensivo rispetto a queste ultime)¹²⁷. Si potrebbe dire, in altri termini, che l'offensività costituisce la *ratio legis* del sistema delle invalidità (quale giudizio di particolare disvalore da parte del legislatore rispetto ad alcuni atti difformi dal paradigma legale) e non una componente strutturale delle fattispecie (il pregiudizio è dunque non effettivo, bensì *oggettivo*)¹²⁸.

In conclusione, l'atto "invalido" è, dunque, atto *di per sé* "lecito" e "perfetto", essendo tale rispetto ad una fattispecie differente da quella che fisiologicamente avrebbe dovuto integrare. Da ciò consegue che l'"invalidità" non è affatto il contrario della

¹²⁶ Sul punto, molto chiaramente, cfr. V. MELE, *Nullità utili, nullità inutili*, in *Arch. pen.*, 1972, p. 320: «il criterio dell'utilità [...] è stato utilizzato antecedentemente dal legislatore che, sceverando tra più ipotesi, ha prescelto quelle che a suo giudizio – si suppone sulla base di esperienze adeguatamente vagliate e di casistiche probantemente frequenti – siano apparse insuscettibili di validità o quanto meno, per le ipotesi di nullità relative, tali da imporre un richiamo all'attenzione del soggetto in danno del quale una certa situazione si sia verificata. Sicché il discorso sulla utilità sembrerebbe ristretto soltanto ad una previsione sulle future riforme, o, come si dice, *de jure condendo*».

¹²⁷ Cfr. C. IASEVOLI, *La nullità nel processo partecipativo: ovvero legalità e garanzie nell'etica della responsabilità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2011, p. 667: «la nullità [...] è il rimedio alla violazione delle regole degli atti del procedimento, inteso come luogo in cui si muovono le situazioni soggettive protette, garantite – appunto – dalle norme processuali; la trasgressione delle stesse colpisce le 'modalità' richieste per il raggiungimento di un determinato scopo, avendo l'ordinamento privilegiato, con una valutazione *a priori* – cioè nel momento del concepimento del modello legale dell'atto – una via particolare tra quelle possibili ritenuta fondamentale rispetto alle altre».

¹²⁸ Cfr. P. MOSCARINI, *Esigenze antiformalistiche e conseguimento dello scopo nel processo penale italiano*, Milano, 1988, p. 90-91, «l'annullamento dell'atto deve seguire, come conseguenza automatica ed inevitabile, alla trasgressione della norma processuale la cui è prescritta sotto pena di nullità, senza che sia necessario altresì accertare l'avvenuto pregiudizio di un interesse meritevole di tutela, tale nocuo essendo implicito nella difformità dell'atto dal suo modello legale, e costituendo, anzi, la *ratio* della corrispondente previsione di nullità».

“validità” ma, per così dire, una “diversa validità”, rappresentando validità e invalidità nient’altro che differenti qualificazioni dell’atto¹²⁹.

Il concetto di “invalidità” così ricostruito nei termini di “fattispecie” è centrale ai fini della presente trattazione e, pertanto, ad esso sarà dedicato integralmente il paragrafo che segue, dove verranno approfondite anche le conclusioni già anticipate.

La riflessione si assesterà sul piano della teoria generale, quale necessario inquadramento al fine di addentrarsi poi con maggiore consapevolezza dogmatica all’interno della disciplina codicistica delle nullità processuali.

4. *Il concetto di invalidità. La concezione logico-formale (o normativa).*

Nel paragrafo precedente si sono poste le premesse concettuali per esporre una teoria generale dell’invalidità, intesa – nella sua accezione tradizionale – come categoria comprendente l’insieme dei trattamenti giuridici delle imperfezioni degli atti, ossia degli atti difformi dalla propria fattispecie normativa.

Proprio la pluralità di tali possibili trattamenti giustifica l’autonomia del concetto in esame rispetto a quello dell’imperfezione, il quale da sé non è altrimenti in grado di giustificare la differente rilevanza giuridica degli atti difformi dallo schema¹³⁰; così come ne evidenzia l’autonomia da quello dell’inefficacia, potendosi avere tanto atti inefficaci che non sono invalidi (ad esempio, l’elemento perfezionato di una fattispecie complessa), quanto atti invalidi che non sono inefficaci (ad esempio, gli atti annullabili in senso proprio o gli atti sanabili).

L’invalidità, in altri termini, rappresenta una “deroga” al principio della irrilevanza dell’atto imperfetto (e quindi dell’inefficacia o inidoneità a produrre gli effetti di

¹²⁹ Cfr. G. CONSO, *Il concetto e le specie di invalidità*, cit., p. 61: «così stando le cose, non vi è posto per un concetto esattamente inverso di validità».

¹³⁰ Cfr. G. CONSO, *Il concetto e le specie di invalidità*, cit., p. 56, «quando le imperfezioni di un atto giuridico non ricevono sempre lo stesso trattamento, il concetto di fattispecie, o meglio la difettosa integrazione della fattispecie, non è sufficiente a spiegare la differenza di trattamento fra l’una e l’altra imperfezione».

quest'ultimo) prevista al fine di evitare che una qualunque deviazione dello schema legale (potenzialmente minima) possa comportare la radicale irrilevanza giuridica di un atto¹³¹.

La previsione di tali “deroghe” è, quindi, frutto di una valutazione di opportunità effettuata dal legislatore e rappresenta il punto di equilibrio di volta in volta individuato da quest'ultimo fra i principi di economia e di certezza giuridica (compendiabili nel generico “principio di conservazione” degli atti), da un lato, e gli interessi pubblici o individuali a tutela dei quali gli schemi legali sono originariamente previsti.

L'affermazione dogmatica del concetto di invalidità quale “deroga” al principio di irrilevanza ed inefficacia dell'atto imperfetto richiede, a ben vedere, di giustificare concretamente la rilevanza e l'efficacia dell'atto imperfetto.

Sul punto, come anticipato la dottrina dominante concorda su un postulato, e cioè che l'atto invalido, in quanto produttivo di effetti, non può in realtà che dirsi “perfetto” rispetto a una qualche fattispecie. Piuttosto, le riflessioni divergono nell'identificazione di tale fattispecie.

A questo riguardo, si contrappongono tre principali teorie, i cui differenti esiti dipendono, a ben vedere, dalla diversa estensione attribuita al concetto di “fattispecie dell'atto” quale premessa del ragionamento.

Una prima tesi, di matrice prettamente processual-civilistica, ritiene che la fattispecie rispetto alla quale l'atto “invalido” sarebbe perfetto non sia altro che la fattispecie originaria (o primaria), la quale, in senso particolarmente “ampio”, comprenderebbe al suo interno non solo le prescrizioni che la legge detta per il compimento dell'atto stesso, ma anche quelle attinenti al regime dell'invalidità¹³². Sicché anche l'atto invalido (se produce effetti) dovrebbe sempre considerarsi “perfetto” rispetto alla propria fattispecie

¹³¹ Cfr. G. CONSO, *Il concetto e le specie di invalidità*, cit., p. 24, il quale parla altresì di «disparità di trattamento» (p. 30). Tale fenomeno, nella teoria normativista, è definito “calcolo dei vizi” (*Fehlerkalkül*), in quanto «l'ordinamento presuppone in un certo senso che il complesso delle condizioni che determinano un atto non sempre può essere soddisfatto, ed esclude perciò la conseguenza, altrimenti inevitabile, che l'atto, a causa della sua difettosità, non possa essere riconosciuto come atto statale. È quindi da considerare “calcolo dei vizi” ogni istituto giuridico che abbassi al disotto del livello altrimenti ricavabile dall'ordinamento i requisiti posti dagli atti di grado superiore nei confronti di quelli inferiori, e renda così possibile imputare allo stato anche gli atti viziati»; così A. MERKL, *Prolegomeni ad una teoria della costruzione a gradi del diritto*, in *Il duplice volto del diritto*, Milano, 1987, p. 64.

¹³² Cfr. S. SATTÀ, *Recensione a G. Conso, Il concetto e le specie di invalidità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1956, p. 256 ss.

tipica, dipendendo le diverse modalità di trattamento dal proprio regime di invalidazione o sanatoria¹³³.

Ad essa si affiancano ulteriori impostazioni dottrinali che, invece, procedono ad una moltiplicazione delle fattispecie.

Una seconda tesi, infatti, identifica una fattispecie originaria (altresì detta primaria o “piena”), cui corrisponde lo schema dell’atto “valido”, una fattispecie imperfetta (o minore), cui corrisponde lo schema dell’atto “invalido”, e una fattispecie sussidiaria (o alternativa), cui corrisponde lo schema dell’atto “sanabile”¹³⁴. Rispetto a tale impostazione, la contraddittorietà logica consistente nell’equiparazione dell’atto imperfetto all’atto perfetto, pur rilevata da una parte della dottrina critica¹³⁵, è a ben vedere depotenziata, non essendo affatto escluso che un medesimo fatto possa essere contemporaneamente imperfetto rispetto ad una data fattispecie e perfetto rispetto ad un’altra.

Una terza tesi, invece, pur pervenendo a risultati teorici simili alla prima, accede ad una nozione particolarmente ristretta di “fattispecie dell’atto”, dalla quale vengono espunti gli elementi richiesti a pena di invalidità, in quanto non ostativi alla produzione dell’effetto, e la cui assenza integra una diversa fattispecie, corrispondente al potere di annullamento giudiziale: sicché l’atto invalido non sarebbe altro che un atto “perfetto” rispetto alla propria fattispecie, ma suscettibile di essere eliminato, ovvero sanato, al perfezionarsi rispettivamente delle diverse fattispecie del potere di annullamento e della

¹³³ Cfr. *ivi*, «se un atto ha una rilevanza minore, ciò significa che è perfettissimo rispetto a questa rilevanza, non che è imperfetto. Nessuno, che non voglia giocare con le parole, può permettersi di costruire, accanto alla fattispecie dell’atto perfetto, una fattispecie dell’atto imperfetto, perché nel momento stesso che la costruisce l’atto diventa perfetto. [...] Come non balza all’occhio che la fattispecie dell’atto non è questa o quella norma, ma è costituita da tutta la disciplina giuridica dell’atto, nessuna norma esclusa, e quindi anche da quelle norme che prevedono le così dette, e impropriamente, sanatorie?»; l’opinione è sostanzialmente condivisa da F. CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, cit., p. 46 ss., spec. nota 32, e ID., *Procedura penale* (1983), p. 844, secondo cui: «l’atto cosiddetto invalido è tale in relazione a una fattispecie che non si esaurisce nella somma degli elementi richiesti in vista di quell’effetto (i quali sussistono), ma ne include certi altri (che nel caso singolo mancano) la cui presenza è necessaria affinché gli effetti sopravvengano e non siano risolubili».

¹³⁴ Cfr. G. CONSO, *Il concetto e le specie di invalidità*, cit., p. 19 ss.; aderisce a tale prospettiva anche la dottrina più recente, e in particolare M. PANZAVOLTA, *Contributo allo studio dell’invalidità derivata nel processo penale*, cit., secondo il quale «poche alternative sono disponibili per uscire dall’*impasse*. Tanto vale allora accettare di moltiplicare il concetto di fattispecie».

¹³⁵ V., ad esempio, non solo S. SATTA, *op. cit.*, 256 ss.; ma anche B. DE GIOVANNI, *La nullità nella logica del diritto*, Napoli, 1964, il quale sostiene che attribuire rilevanza all’atto invalido (in particolare nullo) è logicamente e giuridicamente insostenibile.

sanatoria¹³⁶. In altri termini, secondo questa prospettazione, l'atto invalido non è un atto che produce effetti "diversi" (in quanto "precari"), ma un atto pienamente efficace che un soggetto ha (o non ha più, in caso di sanatoria) il potere di rimuovere.

Tale ricostruzione è coerente con l'impostazione generale dello stesso Autore, esaminata nel paragrafo precedente, che riconosce nel processo lo sviluppo dinamico di una serie concatenata di situazioni soggettive. In questo senso, anche l'invalidità viene concepita non come una qualificazione statica dell'atto, ma come una situazione soggettiva dinamica di carattere "rimediale".

Per maggiore chiarezza è possibile apprezzare la diversità delle due teorie da ultimo considerate attraverso l'ausilio di formule matematiche, considerando "a" e "b" quali elementi costitutivi previsti "in positivo" dalla norma, "c" quale elemento la cui mancanza comporta l'invalidità dell'atto e "d" quale elemento richiesto per il realizzarsi della sanatoria degli effetti¹³⁷.

Secondo la seconda teoria vi sarebbero tre "fattispecie dell'atto", una primaria F1, una minore F2 (invalidità) e una sussidiaria F3 (sanatoria), così configurate: $F1=[a+b+c]=\text{effetto pieno}$, $F2=[a+b+(-c)]=\text{effetto precario}$, $F3=[a+b+(-c)]+d=\text{effetto pieno}$. Sicché, l'atto invalido $[a+b+(-c)]$, sebbene imperfetto rispetto alla propria fattispecie primaria (F1), sarebbe comunque perfetto rispetto alla fattispecie minore (F2) e quindi produttivo dell'effetto precario (in quanto annullabile), suscettibile di essere sanato al perfezionarsi della fattispecie sussidiaria $[a+b+(-c)]+d$, cui è ricondotto un effetto identico a quello primario.

La terza teoria distingue, invece, una fattispecie dell'atto (F1), una fattispecie del potere di annullamento (F2) e una fattispecie della sanatoria (F3), così configurate:

¹³⁶ Ciò sarebbe dimostrato, secondo questa impostazione, dal fatto che l'effetto prodotto dall'atto invalido è il medesimo dell'atto valido, essendo la sua precarietà conseguenza di fattori estrinseci; per questa idea, cfr. F. CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, cit., p. 47 ss.; ID., *Procedura penale* (1983), p. 844: «l'annullabilità [...] esorbita dalla figura dell'imperfezione e quindi dell'invalidità: quest'ultima suppone un atto difforme dalla fattispecie, pertanto imperfetto e quindi inefficace, mentre l'atto annullabile, come la parola suggerisce, è efficace. Insomma, l'atto annullabile è efficace e perfetto, ma gli effetti sono eliminabili con un atto successivo»; e ancora: «un atteggiamento del genere in linea di rigore logico vale quello di chi negasse la differenza fra l'esistere e il non esistere in omaggio alla considerazione che ogni esistente è destinato a perire» (p. 852).

¹³⁷ Tale operazione prende spunto, proseguendola, dalla esemplificazione offerta da G. DI PAOLO, *La sanatoria delle nullità nel processo penale*, Padova, 2012, p. 14, nota 42 e p. 18.

$F1=[a+b]$ =effetto pieno, $F2=[F1+(-c)]$ =potere di invalidazione, $F3=[F2+d]$ =potere di sanatoria. In questi termini, l'atto privo dell'elemento richiesto a pena di invalidità $[a+b]$ sarebbe sempre perfetto rispetto alla propria fattispecie $F1$ e quindi produttivo di effetti "pieni", ma suscettibili di essere eliminati, laddove venga integrata la fattispecie del potere di annullamento ($F2$), ovvero consolidati una volta integrata la fattispecie "sussidiaria" della sanatoria ($F2+d$).

Pur avendo le precedenti ricostruzioni una differente capacità esplicativa a seconda dello specifico profilo della nozione di invalidità di volta in volta affrontato, la dottrina più recente ne rileva, in ogni caso, la sostanziale equivalenza sul piano pratico¹³⁸. È opinione di chi scrive che esse non si distanzino abissalmente neppure sul piano concettuale, se si considera che la fattispecie di un potere di annullamento ad efficacia costitutiva presuppone l'esistenza di una fattispecie minore in grado di "reggere" gli effetti dell'atto imperfetto in via interinale: sicché le tesi esposte sembrerebbero piuttosto rivelare la dimensione "statica" (invalidità come fattispecie) e "dinamica" (invalidità come reazione) di un identico fenomeno.

Poiché, tuttavia, la seconda tesi – guardando al "regime" – possiede una maggiore capacità euristica nell'operazione di identificazione delle differenti *specie* di invalidità e della loro conformazione normativa, ci si atterrà soprattutto a quest'ultima nel prosieguo della riflessione.

Per quanto riguarda la fattispecie originaria (cosiddetta "primaria" o "piena") si è ampiamente riflettuto nel paragrafo ad essa dedicato¹³⁹. Non resta quindi che affrontare le ulteriori fattispecie sopra individuate che, avendo ad oggetto gli atti imperfetti rispetto a questa prima, ne definiscono allo stesso tempo i rispettivi trattamenti.

I prossimi paragrafi saranno, dunque, dedicati precisamente all'analisi della fattispecie sussidiaria (o alternativa), che costituisce il trattamento della "sanatoria" (§ 6), e, successivamente, della fattispecie minore (o imperfetta), che definisce i differenti trattamenti degli atti imperfetti (siano essi sanabili o insanabili), vale a dire le specie di invalidità (§ 7).

¹³⁸ Cfr. M. PANZAVOLTA, *Contributo allo studio dell'invalidità derivata nel processo penale*, cit., p. 48 ss., secondo il quale «siamo in presenza di un diverso modo di rappresentare la realtà, con conseguenze tuttavia sostanzialmente equivalenti» (p. 52).

¹³⁹ Cfr. *supra* § 2 e 3.

Prima di procedere in questa direzione occorre, tuttavia, affrontare un ulteriore nodo concettuale, rappresentato dalla situazione dell'atto "difforme" dal paradigma legale ma ciò nonostante "pienamente efficace": la qualificazione, cioè, dell'atto "irregolare".

Lo sforzo non è di secondaria importanza in quanto l'esistenza della categoria dell'irregolarità sembrerebbe in grado di minare alle fondamenta i presupposti teorici sui quali si basa la teoria tradizionale dell'invalidità (la quale, come visto, non ammette deviazioni dallo schema legale prive di conseguenze sul piano dell'efficacia) e perciò impone di confrontarsi con ricostruzioni alternative in grado, probabilmente, di fornire una rappresentazione concettuale più adeguata e aggiornata del fenomeno. Ciò anche al fine di verificare se una rinnovata teoria generale dell'invalidità sia in grado non solo di *rap-presentare* ma anche di *giustificare* atteggiamenti giurisprudenziali "creativi" in tema di invalidità (di cui si darà ampiamente conto nel capitolo II).

Tale riflessione non può che essere occasionata dall'analisi della "irregolarità" dell'atto, figura che, tradizionalmente negletta nell'ambito degli studi sull'invalidità, appare destinata ad una rinnovata centralità in un contesto, quale quello contemporaneo, di vera e propria "crisi della fattispecie".

5. L'irregolarità. La concezione assiologica dell'(in)validità.

Con ancora maggiore problematicità rispetto al paradosso dell'atto "imperfetto" ma comunque "efficace" (pur non pienamente), la teoria generale della (in)validità ha dovuto confrontarsi con la questione dell'atto difforme dalla fattispecie legale (e quindi "imperfetto") ma ciò nonostante "pienamente efficace": condizione che connota l'atto "irregolare". Se, infatti, si assume che l'invalidità rappresenti il trattamento dell'atto imperfetto, non si spiega come quest'ultimo possa essere "trattato" alla stregua di un atto valido, cioè produttivo di effetti pieni (non rimovibili).

La questione è stata risolta da una parte della dottrina tradizionale negando che l'atto irregolare sia – in realtà – un atto "imperfetto".

La premessa del ragionamento è la seguente: solo la mancata integrazione di un elemento della fattispecie *necessario* per la produzione degli effetti "pieni" (non rimovibili) determina l'"imperfezione" dell'atto e la conseguente assoggettabilità di quest'ultimo ad un regime di "invalidità" (quale trattamento degli effetti di tale imperfezione).

Diversamente, la mancata integrazione di un elemento della norma *non necessario* alla produzione dell'effetto (c.d. "elemento utile") non comporta "imperfezione", dovendosi considerare l'atto a tutti gli effetti "perfetto" e, in quanto tale, pienamente "efficace"¹⁴⁰.

Tale situazione è denominata, appunto, "irregolarità", e può essere definita come la trasgressione a modalità di condotta prescritte dalla legge non incidenti sulla produzione degli effetti. Essa, secondo la ricostruzione tradizionale, non influisce sulla validità dell'atto (che è perfetto ed efficace secondo l'originaria fattispecie), ma è potenzialmente "rilevante" rispetto a fattispecie diverse dal potere di invalidazione (come, ad esempio, rispetto alla sottoponibilità ad una procedura di regolarizzazione, a sanzioni disciplinari in capo all'agente, a responsabilità civile, disciplinare etc.)¹⁴¹.

Così, nell'ambito dei possibili discostamenti di un atto rispetto al proprio schema legale, occorre distinguere quelli che danno luogo a mera irregolarità e quelli che danno origine ad una invalidità¹⁴².

Per comprendere in quale vizio si ricada, sarà necessario rifarsi al dato positivo, tenendo presente che di norma il legislatore preferisce indicare solamente i vizi produttivi di invalidità, al di fuori dei quali il difetto rileva pertanto quale mera irregolarità (a meno che non si rientri nell'ipotesi – controversa – dell'inesistenza)¹⁴³. L'irregolarità, dunque, rappresenta non già un campo da circoscrivere, ma un terreno già delimitato dal legislatore (specialmente in ambito processual-penalistico), la cui scelta deve essere tuttavia giustificata sul piano teorico. Quel che serve in ambito processuale, in altri termini, non è un criterio di individuazione delle fattispecie di irregolarità, ma concetti esplicativi di un fenomeno *positivamente dato*.

¹⁴⁰ Per questa tesi, v. F. CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, II, Padova, 1938, p. 491 s.; G. CONSO, *Il concetto e le specie di invalidità*, cit., p. 62 ss.

¹⁴¹ Cfr. C. PEYRON, *Invalidità (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, XXII, 1972, p. 615, nota 3. Paradigmatica in tal senso è la disposizione di cui all'art. 124 c.p.p., a mente del quale «i magistrati, i cancellieri e gli altri ausiliari e collaboratori del giudice, gli ufficiali giudiziari, gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria sono tenuti a osservare le norme di questo codice anche quando l'inosservanza non importa nullità o altra sanzione processuale. I dirigenti degli uffici vigilano sull'osservanza delle norme anche ai fini della responsabilità disciplinare».

¹⁴² Cfr. C. PEYRON, *op. cit.*, p. 615, ove si legge che «l'appartenenza di un vizio all'una o all'altra categoria dipende dalla discrezionale valutazione del legislatore circa la sua gravità».

¹⁴³ Sulla figura dell'"inesistenza" v., più ampiamente, *infra* § 8.

La teoria classica dell'invalidità, tuttavia, non è in grado di giustificare l'esistenza dell'"atto irregolare".

Di ciò si mostrano, del resto, perfettamente consapevoli anche gli stessi Autori di teoria generale. Essi, infatti, sono costretti ad affermare che, nel caso dell'"irregolarità", ad essere difforme dal paradigma normativo non è l'atto (in quanto perfetto), bensì il *comportamento* di colui che agisce, come sarebbe testimoniato dal fatto che la reazione dell'ordinamento a questa tipologia di violazioni non è di natura caducatoria, bensì, di norma, sanzionatoria e/o risarcitoria nei confronti di colui che ha trasgredito alle norme¹⁴⁴.

Secondo una differente impostazione dottrinale, invece, l'esistenza della figura dell'irregolarità dell'"atto" dimostrerebbe l'insufficienza della tradizionale concezione "logico-formale" della validità come esito di un giudizio di corrispondenza a fattispecie e della correlata concezione dell'invalidità come trattamento (sul piano dell'efficacia) degli atti imperfetti¹⁴⁵. Salvo infatti riferire la difformità al "comportamento" anziché all'"atto" (come fa la teoria tradizionale), il dogma dell'equivalenza "perfezione = efficacia" non riesce a spiegare una situazione "intermedia" tale per cui gli effetti giuridici siano prodotti con pienezza da una fattispecie imperfetta.

Di questa via, la richiamata teoria giustifica l'esistenza della figura dell'irregolarità non già escludendo che l'atto irregolare, in quanto valido, sia "imperfetto", bensì negando che l'atto irregolare, in quanto imperfetto, sia – in realtà – "valido". In altri termini, secondo questa impostazione, l'atto irregolare non designerebbe l'atto difforme ma valido, bensì l'atto invalido (in quanto imperfetto) ma, ciò nonostante, pienamente efficace.

¹⁴⁴ V., ad esempio, A. LEVI, *Teoria generale del diritto*, Padova, 1950, p. 244 ss., che giustifica l'irregolarità sulla base della diversa posizione del soggetto nell'ambito del rapporto giuridico, rapportabile rispettivamente ad un *licere* (comportamento) e ad un *posse* (negozio); R. TOMMASINI, *Invalidità (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, p. 583, che considera l'irregolarità una *species* dell'illiceità; F. CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, cit., p. 492 s.; G. CONSO, *Il concetto e le specie di invalidità*, cit., p. 21 ss.

¹⁴⁵ Cfr. A. CATAUDELLA, *Fattispecie*, cit., p. 927 ss.; V. SCALISI, *op. cit.*, p. 327 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Contributo sul tema dell'irregolarità degli atti amministrativi*, Torino, 1993, p. 9 ss., secondo i quali le teorie tradizionali dell'invalidità, nell'ottica del giudizio di mera corrispondenza a fattispecie, non sono in grado di giustificare la graduazione delle reazioni dell'ordinamento di fronte a fattispecie concrete in diversa misura difformi dai valori ordinamentali, da cui l'inevitabile crisi della prospettiva tradizionale.

In questa rinnovata prospettiva, l'invalidità (intesa come difformità dallo schema) viene quindi concepita come una qualificazione di per sé priva di conseguenze necessarie sul piano dell'efficacia, in quanto mero "punto di riferimento" dei rimedi predisposti dall'ordinamento, che solo *eventualmente* possono porsi sul piano dell'efficacia. L'atto irregolare sarebbe, dunque, un atto invalido (in quanto imperfetto) rispetto al quale l'ordinamento, secondo una valutazione di "convenienza" circa l'effettivo disvalore della violazione rispetto all'attuazione dei valori ordinamentali, non predispone alcun rimedio caducatorio (bensì rimedi di altra natura)¹⁴⁶.

L'adesione a tale impostazione implica, evidentemente, un superamento della concezione tradizionale secondo cui solamente l'atto "perfetto" rispetto ad una qualche fattispecie sia in grado di inserirsi nel meccanismo di produzione giuridica degli effetti, e quindi impone di escludere l'esistenza di un nesso "causale" necessario tra validità ed efficacia. In questa logica, dunque, "fatto" ed "effetto" non sarebbero più legati da un principio di "perfezione", bensì da un principio di "convenienza"¹⁴⁷.

La teoria dell'(in)validità a cui si è fatto da ultimo riferimento è detta "assiologica", in contrapposizione a quella tradizionale "logico-formale" (o normativa)¹⁴⁸. Essa parte dal presupposto che ogni "fatto" rilevante per il diritto richiede l'attuazione di un valore giuridico per mezzo un "effetto" giuridico¹⁴⁹.

Ne consegue che l'atto, a prescindere dalla sua validità "formale" (conformità), è ritenuto "assiologicamente" valido se l'effetto è adeguato (conveniente) all'attuazione del valore alla stregua del quale quel fatto è stato ritenuto rilevante. Tale considerazione apre perciò alla possibilità *teorica* che, da un lato, un atto formalmente invalido (imperfetto) produca effetti "convenienti" (rispetto all'attuazione del valore ordinamentale) e che, pertanto, all'imperfezione non consegua alcuna reazione sul piano dell'efficacia (come nel

¹⁴⁶ Cfr. R. TOMMASINI, *op. cit.*, p. 583, il quale ammette «l'attribuzione all'atto difforme dallo schema legale di un giudizio di disvalore di tipo differente»; A. ROMANO TASSONE, *op. cit.*, p. 39.

¹⁴⁷ Cfr. A. FALZEA, *op. cit.*, p. 456 s.

¹⁴⁸ Cfr. F. MODUGNO, *Validità (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, p. 4 ss.; L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, 1. Teoria del diritto, Roma-Bari, 2007, p. 14 ss.

¹⁴⁹ Cfr. A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Ricerche di teoria generale e di dogmatica giuridica*, II, Milano, 1997, p. 34 ss.; A.G. CONTE, *Validità*, in *Filosofia del linguaggio normativo*, I, Studi 1965-1981, Torino, 1995, p. 131; E. OPOCHER, *Valore (filosofia)*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, p. 111 ss.

caso dell'atto irregolare); dall'altro lato, che un atto pur formalmente valido (perfetto) possa essere privato di effetti non “convenienti” rispetto all'attuazione del valore ordinamentale (come, ad esempio, l'abuso di un diritto)¹⁵⁰.

La descritta ricostruzione sembrerebbe, perlomeno a prima vista, offrire una formidabile giustificazione teorica ad alcuni atteggiamenti giurisprudenziali (di cui si darà ampiamente conto nel capitolo II) volti a condizionare la rilevazione delle invalidità degli atti processuali in relazione alla “convenienza” dell'effetto rispetto a (presunti e auto-individuati) “valori” ordinamentali; ora in chiave restrittiva (si pensi, ad esempio, alla teorica del “vizio innocuo”) ora in chiave espansiva (il riferimento è, ad esempio, alla figura dell’“abnormità”).

Non è così.

Come anticipato, e meglio si vedrà, la sottoposizione del regime delle nullità degli atti processuali penali ad un principio di rigorosa “tassatività” (art. 177 c.p.p.), a sua volta corollario del principio di legalità processuale (art. 111, co. I, Cost.), implica specularmente che anche le ipotesi di “irregolarità” siano soggette ad un medesimo principio di stretta tipicità-legalità. Con ciò escludendosi in radice che le possibili reazioni ordinamentali sul piano dell'efficacia, secondo il principio di “convenienza”, possano essere rimesse al giudice penale secondo una valutazione da svolgersi in concreto. La definizione dei “confini” dell'irregolarità, e quindi la valutazione di “convenienza” della reazione invalidante, deve ritenersi perciò “riservata” al solo legislatore secondo una rigida predeterminazione *ex ante*.

In altri termini, il principio di legalità processuale non può essere inteso come un “retaggio” di una superata concezione della validità legata ad una logica di mera conformità a fattispecie, bensì costituisce esso stesso un fondamentale “valore” ordinamentale (di rilievo, peraltro, costituzionale): con la conseguenza che, a maggior ragione in un ambito – come quello del processo penale – nel quale la legalità è rafforzata dalla tassatività, validità “normativa” e validità “assiologica” vengono in definitiva a coincidere (la legalità è *in sé* un valore e non già *in quanto* – e *nella misura in cui* – sia in grado di attuare altri valori).

¹⁵⁰ Cfr. R. TOMMASINI, *op. cit.*, p. 583; A. ROMANO TASSONE, *op. cit.* p. 39 ss.

In siffatto contesto, pertanto, la teoria assiologica è in grado solamente di *rappresentare concettualmente* – in maniera forse più adeguata e aggiornata rispetto alla teoria classica – fenomeni positivamente dati, ma non potrà mai arrivare a *giustificare* “deviazioni” giurisprudenziali rispetto alla rigida predeterminazione dei confini dell’invalidità degli atti processuali imposta dal principio di legalità-tassatività. Occorre perciò non confondere il superamento del concetto di (in)validità come mero giudizio di conformità normativa, dischiuso dalla prospettiva “assiologica”, con l’irrilevanza “assiologica” della mera conformità normativa, in un sistema, quale quello del processo penale, informato al principio di tassatività delle fattispecie di nullità, nel quale perciò la valutazione di “convenienza” delle reazioni ordinamentali è riservata al solo legislatore.

Dato opportunamente conto di ciò, l’irregolarità deve in ogni caso essere tenuta distinta dal fenomeno della “sanatoria” (e, in particolare, dalla regola del c.d. conseguimento dello scopo, con la quale spesso si confonde), in quanto, mentre la prima qualifica il fenomeno di un atto che, pur difforme, è produttivo di effetti stabili (secondo una valutazione operabile *ex ante*), la seconda costituisce una fattispecie “sussidiaria” volta a stabilizzare *ex post* gli effetti precariamente prodotti da un atto invalido.

Il fenomeno della sanatoria risulta perciò perfettamente spiegabile anche nell’ambito della teoria classica dell’invalidità, come si avrà modo di esporre nel paragrafo che segue.

6. La sanatoria. Cenni alla regola del c.d. conseguimento dello scopo.

Prima di affrontare con maggiore dettaglio il trattamento della “sanatoria”, occorre soffermarsi brevemente sul cosiddetto “principio di conservazione” degli atti giuridici, del quale la prima costituisce solo una delle forme di attuazione, insieme agli istituti della conservazione dell’atto parzialmente invalido (cosiddetta “conservazione in senso stretto”) e della conversione dall’atto invalido¹⁵¹.

In tale contesto, il principio di conservazione rileva non già quale canone di interpretazione dell’atto (così come cristallizzato dall’art. 1367 c.c.), ma come principio che

¹⁵¹ Cfr. F. VERGINE, *La conservazione dell’atto processuale penale*, Milano, 2017, spec. p. 212 ss.

riguarda l'efficacia di quest'ultimo¹⁵². Ad esso, dunque, si riconducono una serie di istituti che consentono l'utilizzazione, a determinati fini ed effetti, degli atti imperfetti, per ragioni di economia giuridica (garantendo la conservazione dei cosiddetti valori giuridici espressi dall'atto, evitandone il dispendio consistente nella necessaria ripetizione dell'atto compiuto) e di certezza (al fine di evitare di sottoporre i rapporti giuridici ad uno «stato generale e perenne di incertezza»¹⁵³).

Fra questi, come anticipato, assumono ai nostri fini particolare rilevanza gli istituti della conservazione in senso stretto, della conversione e della sanatoria.

L'istituto della conservazione in senso stretto è espressione del brocardo *utile per inutile non vitiatur* e consente ad un atto affetto da invalidità parziale (ove sia ravvisabile un contenuto scindibile dello stesso)¹⁵⁴ di esplicitare comunque gli effetti discendenti dalla parte validamente realizzata. Da esso si distingue l'istituto della “conversione” dell'atto invalido, il quale consente all'atto invalido di esplicitare gli effetti di un altro atto del quale possieda tutti gli elementi formali e sostanziali¹⁵⁵.

L'aspetto comune ad entrambi gli istituti è rappresentato dalla possibilità di esplicitare un qualche effetto, seppur “ridotto” rispetto a quello del corrispondente atto perfettamente realizzato: nel primo caso, l'efficacia corrisponde *ad una parte* dei propri effetti tipici; nel secondo caso, l'efficacia coincide integralmente con gli effetti tipici di un *atto diverso*.

A ben vedere, dal punto di vista della teoria generale, entrambi gli istituti rispondono al medesimo meccanismo strutturale, consistente nell'integrazione da parte dell'atto invalidamente realizzato di una *fattispecie diversa*, coincidente, nel primo caso, con una parte della propria fattispecie e, nel secondo caso, con la compiuta fattispecie di un atto diverso¹⁵⁶.

¹⁵² Cfr. C. GRASSETTI, *Conservazione (principio di) (voce)*, in *Enc. dir.*, IX, 1961, spec. § 4, il quale distingue un principio di conservazione «come principio interpretativo» e «con riguardo all'efficacia dell'atto».

¹⁵³ G. CONSO, *Il concetto e le specie di invalidità*, cit., p. 25.

¹⁵⁴ Si vedano, a tal proposito, le interessanti riflessioni di G. CONSO, *Il concetto e le specie di invalidità*, cit., p. 75-77.

¹⁵⁵ Cfr. P. MOSCARINI, *op. cit.*, p. 3 ss.

¹⁵⁶ Cfr. P. MOSCARINI, *op. cit.*, p. 14-15.

Entrambi gli istituti, insomma, sono espressione del cosiddetto “principio di utilizzazione dell’atto imperfetto”, che può essere definito nei seguenti termini: «ad un atto non conforme al proprio modello normativo sono nondimeno ricollegabili tutti gli effetti di cui esso è capace o per le parti relativamente alle quali esiste corrispondenza alla propria fattispecie o a quella di un atto differente»¹⁵⁷.

Come visto, al medesimo principio di conservazione degli atti corrisponde anche l’istituto della “sanatoria” dell’atto invalido, la quale, tuttavia, si differenzia radicalmente dai precedenti istituti in quanto gli effetti prodotti dall’atto invalido sanato sono *gli stessi* che si sarebbero prodotti se questo fosse stato compiuto validamente. Attraverso la sanatoria, in altri termini, l’atto invalido è utilizzato agli stessi fini del corrispondente atto valido¹⁵⁸.

Pur costituendo tutti gli istituti richiamati un’eccezione al principio dell’irrilevanza dell’atto imperfetto, la “deroga” maggiormente problematica da giustificare sul piano della teoria generale è rappresentata proprio dalla “sanatoria”, «essendo logicamente inconcepibile – a meno di voler porre nel nulla i concetti di fattispecie e di perfezione, presupposto di ogni valutazione giuridica degli atti – che a un certo fatto imperfetto venga attribuita, di per sé, la stessa rilevanza del corrispondente fatto perfetto»¹⁵⁹.

Se questo è vero, tuttavia, «non significa, però, che, tra l’estremo di riconoscere all’atto imperfetto la stessa rilevanza dell’atto perfetto e l’estremo opposto di privarlo di ogni considerazione ai fini a cui questo è contemplato, non sia ipotizzabile una via di mezzo, quale l’attribuire all’atto imperfetto una rilevanza minore di quella del corrispondente atto perfetto, sempre, beninteso, nei confronti della medesima conseguenza giuridica»¹⁶⁰.

¹⁵⁷ P. MOSCARINI, *op. cit.*, p. 15.

¹⁵⁸ Cfr. G. CONSO, *Il concetto e le specie di invalidità*, cit., p. 25: «la conversione rimane al di fuori della utilizzabilità del fatto agli stessi fini dello schema che non è stato integrato, mentre qui ci riferiamo proprio sia all’eventualità di una produzione da parte di un fatto imperfetto delle stesse conseguenze del corrispondente fatto perfetto, sia all’eventualità di un’assunzione da parte di un fatto imperfetto della stessa idoneità del corrispondente fatto perfetto. L’eccezione consisterebbe appunto nel riscontrare in un’entità imperfetta la stessa rilevanza giuridica della corrispondente entità imperfetta».

¹⁵⁹ Cfr. G. DI PAOLO, *op. cit.*, p. 8.

¹⁶⁰ G. CONSO, *Il concetto e le specie di invalidità*, cit., p. 31.

Il concetto di rilevanza, infatti, come si è precedentemente argomentato¹⁶¹, ricomprende non solo la piena efficacia di un atto, ma anche la semplice idoneità a produrre gli effetti, sicché la possibilità per il legislatore di graduare la rilevanza di un atto in ordine ad un medesimo effetto deve ritenersi pacifica.

Il trattamento della “sanatoria” consiste esattamente in ciò, nel riconoscere cioè all’atto imperfetto una rilevanza che, pur minore rispetto al corrispondente atto perfetto, lo renda comunque idoneo alla produzione dell’effetto tipico, ove accompagnato ad un ulteriore fatto (cosiddetto “sanante”) previsto dal legislatore¹⁶².

A ben vedere, la minor rilevanza dell’atto imperfetto rispetto al corrispondente atto perfetto consiste nel fatto che, laddove quest’ultimo sia una “fattispecie semplice”, e quindi produttivo del proprio effetto, l’atto invalido sarà solamente idoneo alla produzione degli effetti, dovendosi accompagnare ad altri fatti affinché la conseguenza giuridica si produca. Laddove, invece, l’atto perfetto sia parte originariamente di una “fattispecie complessa” e quindi fin dall’inizio meramente idoneo alla produzione dell’effetto, il corrispondente atto invalido sarà ancora “meno idoneo”, dovendosi accompagnare, per la produzione della conseguenza giuridica, non solo agli altri fatti previsti dalla fattispecie complessa di cui è parte, ma anche dell’ulteriore elemento sanante previsto dalla legge¹⁶³.

Si vede così come il fatto (o i fatti) sananti rientrino, insieme all’atto imperfetto – che ovviamente perfezioni a sua volta i requisiti richiesti per usufruire di tale trattamento – in una *nuova fattispecie*, diversa cioè dalla fattispecie primaria, ma ricollegata alla produzione dei medesimi effetti¹⁶⁴. L’atto così composto sarà, in tal modo, “perfetto” rispetto alla fattispecie della sanatoria.

Tale nuova fattispecie, definita perciò “sussidiaria” (rispetto alla fattispecie primaria), sarà dunque necessariamente complessa, in quanto indefettibilmente comprensiva

¹⁶¹ Cfr. *supra* § 3.2.

¹⁶² Cfr. G. CONSO, *Il concetto e le specie di invalidità*, cit., p. 33, secondo il quale «è poi evidente che non deve trattarsi di un fatto qualsiasi, ma di uno dei fatti che il legislatore appositamente configura a tale fine».

¹⁶³ Cfr. G. UBERTIS, *Atti*, cit., p. 213.

¹⁶⁴ Cfr. G. CONSO, *Il concetto e le specie di invalidità*, cit., p. 35-36, il quale conclude che «pertanto, nel riconoscere rilevanza ad un atto imperfetto, il legislatore viene automaticamente a creare una nuova fattispecie, formata dall’atto e dal fatto o dai fatti che funzionano da sanatoria».

di un elemento aggiuntivo rispetto all'atto imperfetto. In tal modo, il verificarsi degli elementi sananti «consente che alla minor rilevanza dell'atto imperfetto si sostituisca la stessa rilevanza dell'atto perfetto»¹⁶⁵.

Ciò, tuttavia, non vuol dire affatto che l'integrazione di tale fattispecie renda “perfetto” l'atto imperfetto (sicché è errato parlare di “perfezionamento” di quest'ultimo): come è stato efficacemente rilevato, infatti, «una volta compiuto, l'atto o è perfetto o non lo è, in modo definitivo»¹⁶⁶. Essa potrà solamente porre rimedio alle conseguenze negative dell'imperfezione, attribuendo all'atto imperfetto la medesima capacità effettuale tipica dell'atto conforme allo schema legale.

In questi termini, il fatto “sanante” dovrà essere necessariamente successivo al compimento dell'atto, essendo proprio l'atto “già compiuto invalidamente” un elemento indefettibile della fattispecie sussidiaria (ciò che, come visto, distingue la “sanatoria” dall’“irregolarità”, che connota invece l'atto imperfetto produttivo di effetti stabili fin dall'origine).

Costituisce, perciò, una ipotesi di “sanatoria” in senso tecnico anche la regola – appartenente alla teoria generale – del c.d. conseguimento dello scopo, la quale merita un richiamo autonomo in questa sede in quanto riveste un particolare rilievo in ordine all'invalidità degli atti inerenti alle funzioni a struttura processuale: la regola è prevista, ad esempio, nel processo civile (156, co. 3 c.p.c.)¹⁶⁷, nel procedimento amministrativo (art. 21-octies, co. 2, l. 7 agosto 1990, n. 241)¹⁶⁸ e, per quanto qui maggiormente interessa, nel processo penale (art. 183 c.p.p.)¹⁶⁹.

¹⁶⁵ G. CONSO, *Il concetto e le specie di invalidità*, cit., p. 34.

¹⁶⁶ G. CONSO, *Il concetto e le specie di invalidità*, cit., p. 34.

¹⁶⁷ «La nullità non può mai essere pronunciata, se l'atto ha raggiunto lo scopo a cui è destinato».

¹⁶⁸ «Non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato».

¹⁶⁹ «Salvo che sia diversamente stabilito, le nullità sono sanate: [...] b) se la parte si è avvalsa della facoltà al cui esercizio l'atto omesso o nullo è preordinato». La fattispecie verrà più puntualmente esaminata nel capitolo III.

Essa non va confusa con quella della c.d. idoneità allo scopo, che definisce gli atti “a struttura libera” (es. artt. 121 e 156, co. 2, c.p.c.)¹⁷⁰, rispetto ai quali cioè l’idoneità al raggiungimento dello scopo costituisce l’unica condizione di validità formale. Diversamente, la regola del conseguimento dello scopo preclude l’invalidazione di atti invalidi (od omessi), se ne è stato comunque raggiunto lo scopo normativo (in ciò essa costituisce causa di sanatoria in senso tecnico).

È bene evidenziare che, sul piano teorico generale, la natura dello “scopo” dell’atto, ossia il rilievo teleologico dell’attività processuale omessa o invalida ai fini dell’operatività della regola in esame, è suscettibile di declinarsi diversamente a seconda dello specifico modello procedurale a cui essa si riferisce. In particolare, mentre nei procedimenti “collaborativi” (come quello amministrativo) lo scopo è normativamente correlato all’effettiva influenza del vizio sullo svolgimento della funzione, diversamente nei procedimenti “garantistici” (quale il processo civile e, in misura ancora maggiore, quello penale) lo scopo è correlato esclusivamente alla fruizione della garanzia procedurale *in sé*, nel senso che lo scopo dell’atto può dirsi raggiunto solamente se è stata esercitata la situazione giuridica soggettiva corrispondente all’atto procedurale omesso o viziato, senza alcuna valutazione in ordine all’influenza del vizio (concreta offensività) rispetto allo svolgersi della funzione¹⁷¹.

Ciò che, come meglio si vedrà, trova piena conferma nella formulazione dell’art. 183 c.p.p., il quale offre una puntuale tipizzazione della relazione mezzo-fine sulla cui base opera la sanatoria per conseguimento dello scopo con riferimento agli atti processuali penali, consistente nella realizzazione del comportamento in cui si estrinseca la

¹⁷⁰ «Gli atti del processo, per i quali la legge non richiede forme determinate, possono essere compiuti nella forma più idonea al raggiungimento del loro scopo». «Può tuttavia essere pronunciata [la nullità] quando l’atto manca dei requisiti formali indispensabili per il raggiungimento dello scopo».

¹⁷¹ Per questa affermazione nel processo civile, v., per tutti, R. DONZELLI, *Pregiudizio effettivo e nullità degli atti processuali*, Napoli, 2020, spec. p. 146 ss. e la bibliografia *ivi* richiamata. L’A., per distinguere la regola del conseguimento dello scopo dalla teorica del “vizio innocuo”, sostiene che «quando una certa regola del processo è volta a garantire l’esercizio dei poteri di una delle parti [...] lo “scopo” di tale prescrizione – o, se si preferisce, la “finalità”, la “causa” o la *ratio* della stessa – è più precisamente e semplicemente quello di *porla nella condizione di poter esercitare legittimamente i suoi poteri processuali*» (p. 155); cfr. anche R. POLI, *Invalidità ed equipollenza degli atti processuali*, Torino, 2012, p. 401 ss.

situazione giuridica soggettiva (facoltà) alla cui costituzione l'atto invalido era destinato¹⁷². Deve essere, perciò, escluso qualsivoglia possibile utilizzo della suddetta disposizione per giustificare la necessità della verifica di un concreto pregiudizio agli interessi sostanziali protetti dalla norma processuale violata o, comunque, per introdurre in sede applicativa valutazioni di ordine discrezionale, del tutto contrastanti con il principio di tassatività delle nullità processuali penali¹⁷³.

Ad ogni buon conto, se, come argomentato, la ricostruzione precedentemente offerta del fenomeno della sanatoria risulta perfettamente idonea a spiegare l'attitudine dell'atto imperfetto a produrre, una volta sanato, il medesimo effetto previsto per il corrispondente atto perfetto, essa è tuttavia incapace di spiegare la produzione degli stessi effetti nel periodo intermedio fra il compimento dell'atto e l'intervento della sanatoria.

Come noto, infatti, il legislatore, per non frustrare eccessivamente le esigenze collegate al principio di conservazione, è spesso incline ad evitare un «vuoto di effetti»¹⁷⁴, prevedendo la produzione da parte dell'atto imperfetto di effetti precari *medio tempore*, fino all'intervento della sanatoria o dell'annullamento, ovvero attraverso l'attribuzione alla sanatoria di un'efficacia *ex tunc* (cioè a partire dal compimento dell'atto)¹⁷⁵.

¹⁷² Secondo T. RAFARACI, *Nullità (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Il agg., Torino, 1998, § 14, «oggi, per quanto sia nelle cose che sullo sfondo dell'art. 183 lett. b c.p.p. stia una valutazione dell'ordinamento ispirata all'assenza di un concreto pregiudizio derivante dall'omissione dell'atto o dal suo imperfetto compimento, è chiaro come questa valutazione resti per intero inscritta entro il principio di tassatività. Ed infatti, come, una volta omesso l'atto o compiuto imperfettamente, la nullità si produce senz'altro, a prescindere da ogni indagine circa il pregiudizio derivatone, così, una volta accertato se la parte si sia avvalsa del potere o facoltà cui l'atto omesso o nullo è preordinato [...], nella relativa, eventuale, causa di sanatoria rimane tipizzata – preclusa ogni ulteriore e diversa indagine – la misura in cui l'ordinamento concede spazio a considerazioni di natura “finalistica” o “utilitaristica”».

¹⁷³ Cfr., sul punto, P. MOSCARINI, *op. cit.*, p. 145-146, secondo il quale «la sostituzione del generico “raggiungimento dello scopo” con il più specifico “esercizio della facoltà cui l'atto omesso o nullo è preordinato” merita apprezzamento [...] : anzitutto, essa risponde all'esigenza [...] di limitare la sanatoria ai casi in cui si verifichino fatti, obiettivamente ed univocamente rilevanti, rientranti nella serie procedimentale, così da evitare la sussistenza, in sede applicativa, d'un margine di discrezionalità contrastante con la tassatività delle nullità».

¹⁷⁴ G. DI PAOLO, *op. cit.*, p. 12.

¹⁷⁵ Cfr. G. CONSO, *Il concetto e le specie di invalidità*, cit., p. 44: «è, quindi, più che comprensibile che il legislatore si preoccupi di evitare, per quanto possibile, il verificarsi di inconvenienti del genere, predisponendo, di regola, un regime che, per il caso in cui l'atto imperfetto resti sanato, riduca ai minimi termini la differenza tra la situazione effettuale che avrebbe corrisposto all'atto perfetto e la situazione effettuale corrispondente all'atto imperfetto, mirando, anzi, ad ottenere, per quanto possibile, una coincidenza di effetti».

Coerentemente, infatti, se l'atto è "imperfetto" rispetto alla fattispecie tipica e "perfetto" rispetto alla fattispecie sussidiaria, esso non dovrebbe produrre effetti *medio tempore*, bensì solamente a partire dal perfezionamento della fattispecie sussidiaria (con decorrenza, pertanto, *ex nunc*)¹⁷⁶.

La produzione degli effetti precari *medio tempore* da parte dell'atto "imperfetto", per giustificarsi concettualmente, non potrà dunque che derivare dalla sua "perfezione" rispetto ad una fattispecie diversa tanto da quella primaria, quanto da quella sussidiaria. Questa è, a ben vedere, rappresentata proprio dalla cosiddetta "fattispecie minore", che definisce le diverse specie di invalidità, conformandone nel contempo i relativi effetti.

7. Le specie di invalidità.

La cosiddetta "fattispecie minore" definisce il trattamento dell'atto invalido, in quanto imperfetto rispetto alla propria fattispecie primaria. In particolare, essa definisce i diversi trattamenti delle invalidità, potendo consentire l'utilizzabilità dell'atto imperfetto agli stessi fini del corrispondente atto perfetto fin dal suo compimento.

Anche tale regime, dunque, è espressione del principio di conservazione degli effetti giuridici degli atti.

La giustificazione concettuale di tale fattispecie "minore", tuttavia, richiede di verificare preliminarmente come si configuri l'effetto da essa discendente e, soprattutto, in cosa questo si differenzi rispetto all'effetto derivante dall'atto perfettamente compiuto. Una differenza, infatti, deve necessariamente sussistere, a meno di non voler "dequotare" l'elemento richiesto a pena di invalidità alla stregua di un elemento "utile" e, quindi, quale causa di mera irregolarità¹⁷⁷.

¹⁷⁶ Cfr. G. DI PAOLO, *op. cit.*, p. 12, «l'avvento della sanatoria determina il passaggio dell'atto imperfetto da una situazione effettuale zero ad una situazione effettuale identica a quella dell'atto perfetto, con evidente 'vuoto di effetti' nel periodo intermedio tra il compimento dell'atto e la riparazione del vizio».

¹⁷⁷ Cfr. G. CONSO, *Il concetto e le specie di invalidità*, cit., p. 46, «indubbiamente, se il presupposto dell'identità di effetti fosse esatto, non ci sarebbe posto che per questa conclusione, dato che il punto di divergenza dell'atto in questione con l'atto perfetto, non influendo ai fini della produzione delle conseguenze, non rientrerebbe – è il solito discorso delle mere irregolarità – nel complesso degli elementi necessari al prodursi di quelle conseguenze e, quindi, resterebbe al di fuori della fattispecie astratta».

Il problema, a ben vedere, si pone solamente con riguardo alla seconda ricostruzione dottrinale, qui accolta, in quanto le altre due ritengono l'atto invalido come perfettamente corrispondente alla propria fattispecie, sebbene suscettibile di annullamento giudiziale (ovvero di sanatoria) in virtù della sottoposizione ad un regime peculiare comunque rientrante nella fattispecie primaria (prima tesi) o come rilevante nell'ambito della diversa fattispecie dell'annullamento giurisdizionale (terza tesi)¹⁷⁸.

Secondo la ricostruzione accolta, invece, la diversità degli effetti derivanti dall'integrazione della fattispecie "minore" rispetto a quelli del corrispondente atto perfetto non andrebbe colta sul piano del contenuto delle conseguenze effettuali (a ben vedere identiche per l'uno e per l'altro), ma sulle *modalità* in cui esse si producono¹⁷⁹.

Tali differenti *modalità* definiscono esattamente le diverse *specie di invalidità*. Esse attengono, da un lato, al modo di profilarsi dei rapporti tra l'atto imperfetto e gli effetti del corrispondente atto perfetto e, dall'altro, nei modi di rilevazione di tali invalidità.

Dal primo punto di vista, rileva, in primo luogo, la già definita bipartizione fra atti imperfetti *sanabili* e atti imperfetti *insanabili*, a seconda che essi abbiano la possibilità, o meno, di pervenire agli stessi effetti del corrispondente atto perfetto. Come visto, la sottoposizione ad un regime di "sanabilità" corrisponde alla previsione normativa dell'atto imperfetto quale elemento rilevante della fattispecie "sussidiaria".

Accanto a questa preliminare distinzione si danno ulteriori possibilità, a seconda che l'atto, a partire dal proprio compimento, sia produttivo di effetti precari (cosiddetta "annullabilità in senso proprio") o non produca effetti nemmeno precari (cosiddetta "nullità in senso proprio")¹⁸⁰.

Dalla combinazione delle descritte modalità si ricavano ulteriori trattamenti. Si avranno così, per un verso, atti *annullabili non sanabili*, cioè produttivi di effetti precari ma insuscettibili di stabilizzazione, e atti *annullabili sanabili*, cioè produttivi di effetti precari suscettibili di stabilizzazione. Con riferimento a questi ultimi, la dottrina ha rilevato così l'emergere di una nuova funzione della sanatoria, quale modalità non solo di

¹⁷⁸ Cfr. *supra* § 4.

¹⁷⁹ Cfr. G. CONSO, *Il concetto e le specie di invalidità*, cit., p. 45-47.

¹⁸⁰ Cfr. G. CONSO, *Il concetto e le specie di invalidità*, cit., p. 73

recupero degli effetti degli atti imperfetti, ma anche di modificazione del modo di essere degli effetti già prodotti, dotandoli del crisma della definitività: in questo senso si è parlato di efficacia “stabilizzante” della sanatoria¹⁸¹.

Per altro verso, si potranno avere atti *nulli sanabili* e atti *nulli non sanabili*. Con riguardo ai primi può porsi un’ulteriore sotto-distinzione (non ravvisabile, invece, per gli atti annullabili sanabili, in quanto sempre produttivi di effetti) fra atti *nulli sanabili ex tunc* (cioè con efficacia retroattiva a partire dal compimento dell’atto) e atti *nulli sanabili ex nunc* (cioè a partire dalla sanatoria).

È possibile poi distinguere i diversi trattamenti a seconda del modo di rilevazione dell’invalidità. Si potranno così distinguere: a) invalidità rilevabili d’ufficio, su istanza di qualsiasi interessato o rilevabili solamente su istanza di determinati soggetti (cosiddette “selezioni soggettive”); b) invalidità deducibili entro un dato periodo o entro un periodo diverso (cosiddette “selezioni temporali”); c) invalidità deducibili con un unico mezzo di impugnazione o con mezzi diversi (cosiddette “selezioni formali”)¹⁸².

Le diverse modalità descritte esauriscono, a ben vedere, tutti i possibili trattamenti a cui sono sottoponibili gli atti invalidi, i quali potranno a loro volta variamente combinarsi a seconda delle preferenze del legislatore nell’operazione di definizione positiva delle differenti specie di invalidità. Non rientrano in queste ultime, invece, i fenomeni dell’invalidità “derivata” e dell’invalidità “successiva”, le quali non attengono ai profili *qualitativi* dei trattamenti, bensì a quelli *quantitativi*, definendo l’«estensione di una data invalidità»¹⁸³.

In questo quadro, non si è forse trattato adeguatamente delle *nullità non sanabili*. A queste, la dottrina più volte richiamata attribuisce la qualificazione di atti “inesistenti”¹⁸⁴, sebbene tale categoria di atti sia tutt’altro che pacificamente accolta dalla dottrina prevalente. Non sembra, quindi, inutile dedicarvi brevi cenni nel paragrafo che segue.

¹⁸¹ Cfr. G. DI PAOLO, *op. cit.*, p. 14-15.

¹⁸² Cfr. G. CONSO, *Il concetto e le specie di invalidità*, cit., p. 73; G. UBERTIS, *Atti*, cit., p. 214.

¹⁸³ G. CONSO, *Il concetto e le specie di invalidità*, cit., p. 75, cui si rinvia per l’approfondimento di tali fenomeni.

¹⁸⁴ Cfr. G. CONSO, *Il concetto e le specie di invalidità*, cit., p. 95 ss.

8. *L'inesistenza.*

Come anticipato, dalla combinazione dei possibili “trattamenti” degli atti imperfetti, può essere isolata la categoria degli atti *nulli insanabili*, corrispondenti agli atti che non producono effetti (neppure precari) e non sono neppure sanabili. Si tratterebbe, dunque, di atti imperfetti ai quali l’ordinamento non attribuisce alcuna rilevanza, né rispetto ad una fattispecie minore, né all’interno di una fattispecie sussidiaria di sanatoria.

Per identificare tale categoria di atti, parte della dottrina (come anche della giurisprudenza), soprattutto in ambito processual-penalistico¹⁸⁵, utilizza la denominazione di *atti inesistenti*. Eppure, l’utilizzo di tale denominazione, nonché la sua riconduzione ai modelli di teoria generale, ha suscitato non poche perplessità all’interno della riflessione giuridica.

In particolare, la dottrina che si sforza di individuare una specie di invalidità *extra ordinem* denominata “inesistenza” è connessa ad una necessità pratica, e cioè quella di considerare comunque prive di effetti quelle patologie (o difformità dallo schema) degli atti non previste a pena di invalidità (annullabilità-nullità) ma talmente gravi da non potersi considerare quali mere irregolarità¹⁸⁶.

¹⁸⁵ Questo soprattutto per evitare una possibile sovrapposizione terminologica fra il termine “nullità insanabile” utilizzata dal codice del processo penale per identificare le annullabilità (perlopiù, peraltro, sanabili) e la specie dogmatica della “nullità insanabile”, che viene dunque definita “inesistenza”. «Termine, quest’ultimo, che non v’è motivo per non recepire, sempre che si sia consapevoli di quanto di arbitrario e di convenzionale si annida in una nomenclatura con cui si definiscono come ‘nullità’ ipotesi di annullabilità in senso tecnico e come ‘inesistenza’ casi di autentica nullità assoluta»; così F. CORDERO, *L’“inesistenza” della decisione giudiziaria (rilievi in merito ad un recente contributo giurisprudenziale all’inquadramento del problema)*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1957, p. 610.

¹⁸⁶ In realtà, la categoria dell’inesistenza nacque inizialmente, nel contesto della codificazione del 1930, sempre per funzioni equitative, ma non già per “sottrarre” i vizi dall’alveo delle irregolarità, bensì dall’alveo delle “invalidità sanabili”, ammettendone la rilevabilità oltre al giudicato. Sul punto, cfr. M. BOSCHI, *Prospettive della riforma del processo penale sulle nullità*, in *Foro it.*, 1976, p. 242; R. MANCINELLI, *Inesistenza degli atti processuali penali*, in *Nss.D.I.*, VIII, Torino, 1957, p. 639-640. Il concetto di inesistenza, per la verità, era già stato considerato dalla dottrina precedente, seppur in senso critico. Merita, ad esempio, di essere richiamato a tale riguardo il contributo del futuro deputato socialista G. MATTEOTTI, *Nullità assoluta della sentenza penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1917, pp. 315-343, completamente trascurato dalla dottrina successiva, come rileva A. CAPONE, *op. cit.*, p. 130, nota 146, secondo il quale «in questo seppur limitato ambito alla soppressione fisica dell’uomo ha fatto tristemente seguito la soppressione del pensiero».

Tale esigenza, tuttavia, origina da un evidente equivoco di fondo, e cioè quello di ritenere che il “principio di tassatività” delle invalidità implichi che tutto ciò che non è previsto a pena di annullabilità-nullità debba ritenersi come elemento meramente “utile” dello schema legale, non preclusivo, in caso di sua assenza, alla produzione degli effetti pieni (cioè causa di mera irregolarità)¹⁸⁷. Sarebbe, dunque, proprio il «principio di tassatività [...] che vieta di desumere automaticamente l'inefficacia di un atto dall'assenza di un suo requisito»¹⁸⁸.

Pensare così, tuttavia, significa con tutta evidenza ritenere che la “fattispecie” di un atto corrisponda niente di più che al “negativo” delle previsioni di invalidità, quando, invece, queste ultime sono solo una parte della fattispecie dell'atto, accompagnandosi (o talora semplicemente sovrapponendosi) ad elementi previsti “in positivo” dal legislatore necessari per il prodursi dell'effetto pieno dell'atto¹⁸⁹.

Tale equivoco, così, conduce ad una sintomatica *eterogenesi dei fini*: l'assolutizzazione del “principio di tassatività” delle invalidità (come cioè afferente a qualsivoglia causa di inefficacia degli atti) costringe, per non giungere ad esiti paradossali, a creare

¹⁸⁷ L'affermazione è corrente in dottrina. V. ad esempio, C. PEYRON, *op. cit.*, § 1 e 5; N. GALANTINI, *Vizi degli atti processuali penali*, in *D. disc. pen.*, XV, Torino, 1999, § 12, secondo la quale l'inesistenza «sfugge per definizione al criterio della tassatività e viene a desumersi per esclusione dall'assenza di vizi diversi [e, in tal modo, essa] paradossalmente, soggiace ai metodi individuativi omologhi a quelli dell'irregolarità»; P. TONINI, *Lineamenti di diritto processuale penale*, Milano, 2018, p. 109, secondo il quale «l'atto è irregolare se la difformità dal modello legale non rientra in una delle cause di invalidità che sono previste dalla legge»; riconduce la nascita del concetto di inesistenza alla coppia dialettica “nullità-irregolarità” G. DI CHIARA, *Le nullità*, in E. MARZADURI (a cura di), *Atti del procedimento penale. Forma e struttura*, Torino, 1996, p. 197, secondo il quale «la premessa storica che ha dato luogo all'emergere di tali concettualizzazioni può compendiarsi in un asserto di fondo: se la coppia dialettica ‘nullità-irregolarità’ esaurisse il trattamento del divario tra l'atto e il modello, l'atto ‘deviante’, in assenza di espressa previsione (ed atteso il principio di tassatività delle nullità), integrerebbe sempre una mera irregolarità e si rivelerebbe, dunque, processualmente inattaccabile; di guisa che l'atto affetto da vizi gravissimi, epperò non riconducibili a tassative previsioni di nullità, sarebbe pur sempre idoneo a dispiegare permanentemente i suoi effetti».

¹⁸⁸ A. CAPONE, *op. cit.*, p. 138.

¹⁸⁹ Cfr. F. CORDERO, *L'“inesistenza” della decisione giudiziaria*, cit., p. 610, secondo il quale l'“inesistenza” si ricava dall'«individuazione della fattispecie normativa degli atti processuali [...] : risultato a cui non si potrebbe approdare qualora si avesse riguardo alla sola disciplina delle nullità espressamente previste, giacché queste ultime, risolvendosi in semplici fenomeni di efficacia precaria [...] non incidono sulla conformità dell'atto alla fattispecie, appunto perché gli effetti si sono prodotti, sia pure precariamente».

una forma “atipica” di invalidità (l’inesistenza), contraddicendo di fatto le proprie stesse premesse.

Non ci si accorge, invece, che il regime delle invalidità costituisce una “deroga” alla regola della inefficacia degli atti imperfetti (e irrilevanti) e non il contrario: l’atto che difetta degli elementi previsti dalla legge per il prodursi degli effetti pieni sarà, dunque, radicalmente inefficace, e, laddove non sia neppure previsto come causa di invalidità, pure irrilevante a qualsiasi effetto (sia esso precario o comunque sanabile)¹⁹⁰.

Lo sforzo ermeneutico, quindi, non dovrà essere quello di dimostrare che un’irregolarità è, invece, un’inesistenza (imperfessione irrilevante), bensì che un’inesistenza (imperfessione irrilevante) sia invece una semplice irregolarità, laddove dal dato normativo emerga come l’assenza dell’elemento in questione non osti alla produzione dell’effetto pieno (ad esempio, un termine meramente ordinatorio).

Trattasi, in concreto, di uno sforzo ermeneutico di cui non si nega la particolare complessità, e per il quale sono stati elaborati dalla dottrina diversi canoni interpretativi¹⁹¹. Un corretto approccio al tema, tuttavia, esige di tenere sempre presente che esso costituisce un’operazione tutta interna alla corretta interpretazione della “fattispecie” dell’atto: non si tratta, dunque, come comunemente si dice, di elaborare nuove forme di (in)validità “non codificate” o di creazione dottrinale o giurisprudenziale, ma di correttamente interpretare la volontà del legislatore.

Insomma, il “principio di tassatività” delle invalidità si pone esclusivamente nell’ambito del comunque “giuridicamente esistente”, essendo esso nient’altro che un riflesso dell’essere l’invalidità una “fattispecie minore” di un atto, il quale deve perlomeno aver superato la soglia dell’esistenza-rilevanza per produrre effetti, seppur precari (cioè deve contenere tutti gli elementi necessari per la produzione dell’effetto, salvo quelli previsti a pena di invalidità, che ne legittimano comunque un trattamento, seppur diverso dalla produzione dell’effetto pieno)¹⁹².

¹⁹⁰ Sulla scorta di tale ragionamento S. SATTA, *Sull’inesistenza degli atti processuali*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 1956, p. 340, ritiene addirittura che l’inesistenza-nullità costituisca l’unica ipotesi di invalidità, mentre l’annullabilità, intesa come capacità dell’atto ad inserirsi comunque nel processo (seppure con effetti precari, sanabili dal giudicato) non sia altro una forma alternativa di validità.

¹⁹¹ Cfr. R. MANCINELLI, *op. cit.*, p. 639.

¹⁹² Cfr., nei medesimi termini, A. CAPONE, *op. cit.*, p. 147, secondo il quale «se si ammette che l’invalidità codificata possa essere intesa come “trattamento” non può non ammettersi che questo richieda

Si dia ad esempio una norma che prevede un elemento “utile” (h) e gli elementi “necessari” (fattispecie) a, b, c, ove solo quest’ultimo (c) sia previsto a pena di invalidità (ad esempio, un’annullabilità). In questi termini, la fattispecie primaria corrisponderà a $F1=[|h|+a+b+c]=\text{effetto pieno}$, non precludendo quindi l’assenza dell’elemento h la produzione dell’effetto pieno (atto irregolare).

La fattispecie minore (invalidità), invece, corrisponderà a $F2=[a+b+(-c)]=\text{effetto precario}$, ove la fattispecie $F0=[a+b]$ rappresenta la soglia di “rilevanza”, che non è che un modo di dire “esistenza giuridica”. Sicché l’atto $A=[a+(-b)]$ si dirà in ogni caso “inesistente”, a prescindere dalla presenza o meno dell’elemento “c”¹⁹³.

Tanto argomentato, la categoria dell’inesistenza possiede senz’altro una propria necessità “concettuale”, ma che a ben vedere non aggiunge nulla di più rispetto alla definizione di quanto “esiste” (vale a dire, è giuridicamente rilevante)¹⁹⁴. Perché, dunque, sforzarsi di descrivere lo spazio vuoto intorno alla figura, anziché limitarsi a disegnarne i contorni¹⁹⁵?

una soglia minima per essere applicato. Si apre così una questione di diritto positivo, dai confini del tutto tradizionali, diretta a chiarire quali sono i presupposti per l’applicazione delle discipline positive dell’invalidità»; F. CORDERO, *L’“inesistenza” della decisione giudiziaria*, cit., p. 607, «la rilevanza, in termini dogmatici, di siffatta figura minima integrata dal nucleo fondamentale della fattispecie, sta appunto in questo: nel determinare il limite a partire dal quale scatta la possibilità di operare coi criteri di valutazione dell’atto giuridico; al di là di quella cesura si sconfina nell’orbita del semplice giudizio storico; il che, del resto, è già implicito nell’assunto dell’eterogeneità dei concetti di esistenza e validità».

¹⁹³ Si prenda, ad esempio, l’art. 148 c.p.p., nel quale si afferma che «le notificazioni degli atti, salvo che la legge disponga altrimenti, sono eseguite dall’ufficiale giudiziario o da chi ne esercita le funzioni». La mancata osservanza di tale disposizione non è prevista come causa di nullità. Essa, tuttavia, non può dirsi perciò “irregolare”, ma andrà qualificata proprio come “inesistente”, in quanto ostativa alla produzione degli effetti previsti dalla legge, senza alcun trattamento.

¹⁹⁴ Cfr. R. PANNAIN, *op. cit.*, p. 258, secondo il quale, molto persuasivamente, «le cause di inesistenza non occorre siano dichiarate da la legge espressamente, giacché si ravvisano attraverso la inconfigurabilità de l’atto nel paradigma tipo, e quindi si desumono da la mancanza o dal vizio di quegli elementi caratteristici, che la legge, o in linea generale, o in linea particolare, o i principi generali del diritto, richiedono affinché di un determinato atto possa parlarsi». Nel medesimo senso, più recentemente, cfr. E.M.T. DI PALMA, *Inesistenza giuridica: categoria estrema ma irrinunciabile*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 2424 ss., per la quale «il silenzio della legge è perfettamente irrilevante, anzi del tutto normale; la legge determina la nozione di atto processuale, ponendo così un concetto positivo dal quale è dato dedurre quello negativo poiché ‘nessuna norma, né logica né giuridica, potrà mai impedire che da una nozione di derivi la negazione di essa’ [cit. da G. LEONE, *La sentenza penale inesistente*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1936, p. 19-20]».

¹⁹⁵ L’efficace metafora è estratta da A. CAPONE, *op. cit.*, p. 147.

Non sembrano, infatti, cogliere nel segno quelle teorie che si sforzano di circoscrivere, nell'ambito di ciò che è giuridicamente irrilevante, un sottoinsieme di atti che possiedono comunque una "parvenza" di atto, cioè una riconducibilità al tipo (una «*suitas*»)¹⁹⁶, e dei quali sarebbe corretto predicare l'inesistenza giuridica (in questo senso, l'atto sarebbe non già l'oggetto della qualificazione, bensì il referente terminale di un giudizio di relazione).

Al di sotto della soglia di rilevanza giuridica, infatti, non si danno oggetti giuridici (a prescindere dalla loro esistenza e configurazione *in rerum natura*), ai quali non è dunque neppure possibile attribuire qualificazioni giuridiche¹⁹⁷. Insomma, «la dottrina dell'inesistenza, in fondo, non è che la dottrina di tale 'parvenza' e, in questo senso, essa pronuncia la sua propria condanna»¹⁹⁸.

Se, dunque, si può ammettere l'utilizzo convenzionale del termine *inesistenza* per identificare gli atti nulli (imperfetti irrilevanti), al fine di evitare confusioni con le nullità processual-penalistiche, ciò non deve in alcun modo portare a ritenere che essa costituisca una forma di invalidità "atipica", e perciò in contrasto con il principio di tassatività, essendo essa nient'altro che la conseguenza della mancata integrazione della fattispecie "tipica" dell'atto, ove tale imperfezione non riceva alcun trattamento (e quindi sia irrilevante a qualsiasi fine giuridico).

Insomma, se l'atto è imperfetto rispetto alla propria "fattispecie" *tertium non datur*: o esiste giuridicamente in quanto comunque rilevante (e quindi produce effetti, seppur precari) o non esiste (non produce effetti, neppure precari, né è idoneo a produrne alcuno). L'irregolarità, invece, è solamente una possibile qualificazione dell'atto perfetto.

Il principio di tassatività delle "invalidità", piuttosto, permette di circoscrivere con precisione l'ambito dell'imperfetto rilevante, permettendo così di distinguere, da un lato, ciò che rilevante non è (inesistente) e, dall'altro, ciò che è invece perfetto (valido o irregolare). Esso costituisce, in altre parole, un termine di *relazione* utile nell'operazione di

¹⁹⁶ R. PANNAIN, *op. cit.*, p. 258.

¹⁹⁷ Secondo O. DOMINIONI, *op. cit.*, p. 262, all'inesistenza «vengono ricondotti taluni casi in cui l'atto compiuto da un soggetto manca dei requisiti essenziali perché possa essere ricondotto a un modello legale sia pure al solo fine di formularne un giudizio di difformità».

¹⁹⁸ A. CAPONE, *op. cit.*, 135, il quale prosegue: «se lo spartiacque della previsione normativa divide ciò che è giuridicamente rilevante da ciò che non lo è, e non consente nel secondo ambito alcuna utile distinzione, ogni indagine sensata non può che muoversi nel primo ambito».

interpretazione dei vizi non soggetti a trattamento, dovendo essi essere ricondotti nell'una o nell'altra categoria sulla base di un giudizio comparativo di gravità della difformità rispetto all'imperfezione considerata quale causa di invalidità¹⁹⁹.

¹⁹⁹ Negli stessi termini, v. O. DOMINIONI, *op. cit.*, p. 262, «per un verso la mancanza di un requisito legale alla quale non è collegata la nullità dell'atto non è diagnosticabile come causa di inesistenza quando la difformità che ne viene tra un atto e una fattispecie normativa è minore di quelle assunte dalla legge come altrettante cause di nullità. Per un altro verso la configurazione da parte della legge di un difetto dell'atto come causa di nullità impedisce il ricorso alla figura dell'inesistenza giuridica».

CAPITOLO II

LE NULLITÀ PROCESSUALI PENALI NEL CODICE E NELLA GIURISPRUDENZA

SOMMARIO: **Sez. I. Le nullità codicistiche.** – 1. Le basi costituzionali e il principio di legalità processuale. – 2. Il principio di tassatività delle nullità processuali penali. – 3. Le previsioni e i trattamenti delle nullità nel vigente Codice di procedura penale. – 3.1. (Segue.) Le nullità a previsione generale e speciale. – 3.2. (Segue.) Le nullità assolute. – 3.3. (Segue.) Le nullità relative e intermedie. Loro regime di deducibilità e di eccepibilità. – 4. L’operazione di qualificazione delle nullità processuali. – 5. Le sanatorie generali: acquiescenza e conseguimento dello scopo. Le sanatorie speciali. – 6. La nullità nella recente disciplina del processo penale telematico. – **Sez. II. Le nullità nella giurisprudenza.** – 7. La crisi della legalità processuale e la giurisprudenza “creativa”. – 8. Giurisprudenza “abrogativa/restrittiva” delle nullità codicistiche. Dalla nullità assoluta al regime intermedio e dalle nullità intermedie al regime relativo. – 8.1. (Segue.) L’invalidità inoffensiva (o vizio innocuo). – 8.2. (Segue.) L’esclusione della propagazione dell’invalidità (derivata). – 9. Giurisprudenza “espansiva” delle nullità codicistiche. L’irregolarità offensiva. – 9.1. (Segue.) Dalle nullità intermedie al regime assoluto. – 9.2. (Segue.) L’abnormità. – 10. L’abuso del processo.

Sez. I

Le nullità codicistiche

1. Le basi costituzionali e il principio di legalità processuale.

Un corretto approccio al tema delle nullità processuali penali non può prescindere da una preliminare disamina del principio di legalità-tassatività¹. Non si tratta di una digressione fine a se stessa, in quanto proprio l’affacciarsi di una certa lettura di tale principio da parte della dottrina più recente ne sta limitando progressivamente la portata,

¹ Sulle nullità processuali penali, in generale, cfr. R. APRATI, *Nullità*, in *D. disc. pen.*, VII agg., Torino, 2012, p. 386 ss.; M. BATTISTA, *Nullità degli atti di procedura*, in *D.I.*, XVI, Torino, 1905, p. 528; A. GALATI, *Nullità (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, XXCIII, 1978, p. 909 ss.; R. MANCINELLI, *Nullità degli atti processuali penali*, in *Nss.D.I.*, XI, Torino, 1965, p. 486 ss.; G. MARABOTTO, *Nullità nel processo penale*, in *D. disc. pen.*, VIII, Torino, 1994, p. 268 ss.; P. PAGANI, *Nullità (materia penale)*, in *D.I.*, XVI, Torino, 1905, p. 512; B. PELLINGRA, *Le nullità nel processo penale. Teoria generale*, Milano, 1957; T. RAFARACI, *op. cit.*, p. 597 ss.; O. VANNINI, *Nullità degli atti di procedura (Diritto processuale penale)*, in *N.D.I.*, VII, Torino, 1939, p. 1170 ss.

aprendo così la strada all'introduzione di inaccettabili elementi discrezionali nella rilevazione delle invalidità degli atti².

Lo sfondo costituzionale del principio in esame è rappresentato senz'altro dall'art. 111 comma I Cost., il quale stabilisce che «la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge», e dall'art. 101, comma II Cost., che sancisce il principio di sottoposizione del giudice alla legge. Dal combinato di tali disposizioni si ricava il superiore principio di legalità processuale, da cui consegue la necessità che il processo sia integralmente regolato da disposizioni di legge e si svolga nel pieno rispetto di queste ultime³.

La legalità del “decidere”, così configurata, è simmetrica e servente rispetto alla legalità del “punire”, disposta sul piano sostanziale dall'art. 25, comma II, Cost., in quanto l'assenza della prima renderebbe di fatto vana la garanzia offerta dalla seconda⁴.

Il principio di legalità processuale, inoltre, possiede un indubbio statuto europeo-convenzionale in quanto, pur non essendo espressamente richiamato da alcuna disposizione della Conv. eur. dir. uomo (che si limita a disporre la costituzione per legge del Tribunale all'art. 6 e il principio *nullum crimen nulla poena sine lege* all'art. 7)⁵, esso è costantemente affermato dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sulla base dell'adagio *nullum iudicium sine lege*⁶.

Tanto premesso, nell'ambito del più generale principio di legalità processuale, possono darsi più “modelli” o “tecniche” di disciplina delle invalidità degli atti, a seconda che il legislatore lasci maggiori o minori margini di discrezionalità al giudice nell'identificazione dell'effettiva sussistenza di queste ultime. In altri termini, il principio di legalità

² Ad esempio, cfr. R. APRATI, *Effettivo pregiudizio e nullità*, Milano, 2018, p. 82-83, propone una lettura alternativa del principio in questione al fine di dimostrare che esso non è ostativo all'introduzione di un principio di offensività all'interno delle fattispecie delle nullità processuale penale. Di ciò si discuterà ampiamente nel cap. III.

³ Sul principio di “legalità processuale” cfr., in particolare, C. IASEVOLI, *La nullità nel sistema processuale penale*, Padova, 2008, p. 21 ss.; E.N. LA ROCCA, *La tassatività delle nullità negli itinerari mutevoli della giurisprudenza*, in *Arch. pen.*, 2017, p. 280.

⁴ Cfr. A. CAPONE, *op. cit.*, p. 150.

⁵ Tale affermazione è corrente in dottrina. In realtà, non sembra potersi trascurare il paragrafo 2 dell'art. 6 Conv. eur. dir. uomo il quale dispone che la colpevolezza debba essere «legalmente accertata».

⁶ Cfr., fra le pronunce più rilevanti, C. eur. dir. uomo, sez. II, sent. 22 giugno 2000, ric. n. 32492/96, *Coëme e al. c. Belgio*.

(così inteso in senso “formale”) si limita ad esigere che l’attività giurisdizionale si fondi sulla legge e si svolga nel rispetto di questa, ma nulla impone in ordine all’ampiezza della predeterminazione normativa dei presupposti delle fattispecie legali (cosiddetta legalità “sostanziale”, che trova la sua massima espressione proprio nel principio di tassatività).

In astratto, si deve distinguere tra un sistema “chiuso” o “formale” di invalidità (espresso, appunto, dal principio di tassatività) e un sistema “aperto” o “sostanziale” (caratterizzato dall’attribuzione al giudice di discrezionalità in materia)⁷. Come ha evidenziato la dottrina, se il primo modello sconta l’impossibilità di predeterminare tutti i vizi degli atti (e quindi il disagio di eventuali “non previsioni”), lasciando ineliminabili spazi di discrezionalità in capo all’organo giudicante nel colmare le lacune, esso ha perlomeno il vantaggio di rendere l’intervento suppletivo del giudice solo eventuale e non certo, come invece nel secondo modello⁸.

Proprio per questo motivo, rispetto alla disciplina delle invalidità degli atti nel processo penale il primo modello è stato sempre preferito – pur con oscillazioni più o meno ampie – rispetto al secondo (che invece caratterizza il processo civile), in virtù del carattere indisponibile degli interessi coinvolti⁹. Si è ritenuto, infatti, che l’adozione di tale modello sia meglio in grado di garantire le esigenze di certezza del diritto, prevedibilità e uguaglianza che rappresentano canoni fondamentali nell’esercizio della potestà punitiva, impedendo in tal modo al giudice di compiere valutazioni in chiave di

⁷ Su tali modelli con riguardo alle nullità processuali penali e la loro dialettica diacronica nelle diverse riforme codicistiche, cfr. A. PRESUTTI, *Legalità e discrezionalità nella disciplina delle nullità processuali penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, p. 1178 ss.; nonché, più recentemente, G. DI PAOLO, *Nullità processuali e sanatorie tra tassatività e tendenze antiformalistiche*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 246 ss., la quale afferma che «l’indagine storica rivela che in occasione dei lavori preparatori che hanno preceduto l’adozione dei vari codici di rito penale [...] (codice del 1865; codice del 1913; codice del 1930; codice del 1988) i conditores si sono sempre chiesti se fosse preferibile un sistema fondato su un criterio formale – ossia basato su nullità espressamente comminate dalla legge – oppure un sistema fondato su un criterio sostanziale, a modello di quello francese – ovvero un sistema in cui non solo si attribuisce al giudice il potere di rilevare e dichiarare anche nullità [...] non espressamente previste [...] ma altresì gli si inibisce di dichiarare la nullità qualora l’inosservanza del modello legale non abbia recato un concreto pregiudizio agli interessi protetti dalla norma violata».

⁸ Cfr. A. PRESUTTI, *op. cit.*, p. 1209-1211. Sicché «al vantaggio di una piena attuazione del principio di economia dei giudizi [...] non farebbe tuttavia riscontro la certezza che nell’individuare le ipotesi di nullità il giudice non faccia ricorso più che a poteri discrezionali ad una assoluta libertà di scelta. [...] [Con] la possibilità che si occultino, dietro lo schermo della varietà dei casi affrontati, incerte e diseguali soluzioni facilmente configurabili come fonte di arbitrio» (p. 211).

⁹ Cfr. A. PRESUTTI, *op. cit.*, p. 1209.

offensività/inoffensività delle violazioni, diverse da quelle compiute in astratto e *a priori* dal legislatore¹⁰.

Come anticipato, un certo margine di discrezionalità è connaturato a ciascuna attività interpretativa, che è un'attività ineliminabile anche in un sistema di nullità tassative. In un sistema chiuso o formale, tuttavia, essa avrà natura eminentemente “tecnica” e circoscritta nel perimetro tracciato dalla norma, senza che sia consentito al giudice operare, in luogo del legislatore, un bilanciamento in concreto di valori o interessi¹¹.

2. Il principio di tassatività delle nullità processuali penali.

Il codice del processo penale vigente ha optato indubbiamente per un modello rigorosamente tassativo di previsione delle nullità, prevedendo all'art. 177 c.p.p. che «l'inosservanza delle disposizioni stabilite per gli atti del procedimento è causa di nullità soltanto nei casi previsti dalla legge».

Tale disposizione deve essere analizzata nelle sue diverse parti, al fine di definirne i contenuti precettivi. In particolare, occorre definire cosa si intenda per “inosservanza delle disposizioni stabilite per gli atti” (ambito applicativo), per “nullità” (oggetto) e per “soltanto nei casi previsti dalla legge” (portata del principio).

Sotto il primo profilo, la norma in esame supera il precedente riferimento alle sole «forme» prescritte per gli atti processuali (art. 184 c.p.p. 1930), il quale aveva dato luogo ad alcune interpretazioni tendenti a distinguere vizi formali e vizi sostanziali¹², riferendosi, in chiave onnicomprensiva, a tutte le “disposizioni” stabilite per gli atti (“ritornando”, perciò al testo dell'art. 135 c.p.p. 1913)¹³. Sicché non vi sono elementi delle

¹⁰ Cfr. G. DI PAOLO, *Nullità processuali e sanatorie tra tassatività e tendenze antiformalistiche*, cit., p. 252 e 254; C. IASEVOLI, *La nullità nel sistema processuale penale*, cit., p. 174, «per un'esigenza di certezza del *procedere*, l'ordinamento processuale deve indicare le modalità, le condizioni di luogo e di tempo per l'espletamento delle attività delle parti e del giudice. Ne discende, non solo l'assimilazione della forma con la tipicità dell'atto, ma anche il senso della sua predeterminazione come scelta di *valore*. Sicché l'inosservanza – sia pure di riflesso – si traduce nella violazione del valore medesimo».

¹¹ Cfr. G. DI PAOLO, *Nullità processuali e sanatorie tra tassatività e tendenze antiformalistiche*, cit., p. 253.

¹² Cfr., in senso critico, R. PANNAIN, *op. cit.*, p. 276.

¹³ Cfr. V. CAVALLARI, *Commento all'art. 177 c.p.p.*, in M. CHIAVARIO (a cura di), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, II, Milano, 1989, p. 279.

fattispecie che possano ritenersi in astratto sottratti, per qualità o tipologia, al trattamento delle invalidità¹⁴. Da ciò si ricava, ad esempio, l'irrelevanza dei vizi della volontà negli atti processuali penali, in quanto non espressamente considerati come causa di nullità dal legislatore (sebbene potrebbero esserlo)¹⁵.

Dal riferimento agli “atti del procedimento”, poi, si ricava che il principio in discorso si applica anche alla nullità degli atti delle indagini preliminari¹⁶, mentre dal suo ambito applicativo rimangono esclusi gli *errores in iudicando*, i quali afferiscono invece al procedimento inteso non come “rito” (insieme di atti), ma quale funzione logica (*iter decisionale*)¹⁷.

Quanto al riferimento alla “nullità”, essa va intesa non come *nomen*, ma quale “trattamento” o “regime” complessivo del vizio considerato¹⁸. La nullità si intende, dunque, come tassativamente prevista anche laddove la norma non richiami espressamente tale denominazione, ma comunque sottometta il regime di un atto imperfetto al suo trattamento tipico (ad esempio, cause di sanatoria, eventuali limiti al potere di invalidazione ecc.)¹⁹.

¹⁴ Cfr. O. DOMINIONI, *op. cit.*, p. 260, secondo il quale «il nuovo tenore della norma valorizza, al di là di qualsivoglia distinzione, la portata generale del principio di tassatività: è causa di nullità la mancanza, in un atto, di tutti e soltanto i requisiti prescritti sotto una tale comminatoria, siano essi propriamente requisiti di forma o riguardino modalità di tempo e di luogo dell'atto, presupposti o condizioni dello stesso, la competenza o in generale la legittimazione del soggetto al suo compimento»; T. RAFARACI, *op. cit.*, § 2.

¹⁵ Cfr. O. DOMINIONI, *op. cit.*, p. 260, «pertanto si tratta di stabilire caso per caso se il modello legale dell'atto annoveri fra i suoi estremi anche la volontà quale requisito la cui assenza o il cui vizio sia causa di nullità. La ricognizione delle disposizioni processuali porta alla conclusione negativa, salvo poi a doversi prospettare talune ipotesi se ricorra la più grave invalidità dell'inesistenza dell'atto». Sul tema, in generale, cfr. B. PETROCELLI, *I vizi della volontà nel processo penale*, in ID., *Saggi di diritto penale*, Padova, 1952, p. 537 ss.

¹⁶ Sull'identificazione degli “atti del procedimento” cfr. cap. I, § 1.

¹⁷ Cfr. F. CORDERO, *Procedura penale* (2012), cit., p. 377 ss.

¹⁸ Cfr. C. PEYRON, *Invalidità (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, XXII, 1972, § 6 ss.; O. DOMINIONI, *op. cit.*, p. 257.

¹⁹ Cfr. G. DI PAOLO, *Nullità processuali e sanatorie tra tassatività e tendenze antiformalistiche*, cit., p. 250, secondo la quale «per la tenuta del sistema delle nullità, ogni momento della validità o meno degli atti processuali – e dunque anche quello dell'individuazione dei meccanismi di convalida del vizio – deve restare per intero inscritto nel principio di tassatività».

Quanto alla portata del principio in esame, dalla configurabilità di ipotesi di nullità degli atti «soltanto nei casi previsti dalla legge» si ricava la sottoposizione dei regimi ad un tassativo *numerus clausus*, dal quale possono essere desunti numerosi corollari.

In primo luogo, dal principio di tassatività discende l'obbligo per il giudice di ritenere esistente in ogni caso la nullità di un atto quando vi sia la relativa prescrizione normativa. Tale primo profilo del principio di tassatività è strettamente connesso al correlato principio di legalità-tipicità delle fattispecie, il quale già di per sé implica l'obbligo per il giudice di sussumere le fattispecie concrete all'interno delle fattispecie astratte previste dal legislatore.

La qualificazione della previsione in termini di tassatività rende tale operazione di sussunzione strettamente vincolata ai presupposti dettagliatamente stabiliti dal legislatore, senza alcun margine di discrezionalità e valutazione in concreto. Sicché, in virtù di tale principio, il giudice non può reputare comunque valido ed efficace un atto compiuto in violazione delle prescrizioni previste per gli atti, anche se in concreto non sia stato leso alcun interesse meritevole di protezione²⁰.

In secondo luogo, dal principio in esame discende il divieto di dichiarare la nullità di un atto in assenza di una apposita previsione normativa in tal senso e, anche qui, a prescindere dalla verifica di un concreto pregiudizio all'interesse processuale protetto. Non solo il giudice non potrà sottoporre al regime delle nullità un atto meramente irregolare (e quindi valido ed efficace) anche ove esso sia lesivo di qualche interesse meritevole, ma altresì, e ciò spesso non viene detto, non potrà sottoporre ad un regime di efficacia precaria e sanabile (almeno dal giudicato), un atto che deve ritenersi invece per legge inesistente (in quanto particolarmente “grave” e non “trattato”)²¹.

Infine, il principio di tassatività impone anche il divieto di estensione analogica delle fattispecie della nullità sulla base dell'identificazione di una *eadem ratio* fra i vizi o in applicazione dei principi generali dell'ordinamento. Ne discende una preclusione

²⁰ Cfr. G. UBERTIS, *Atti*, cit., p. 217. A tale proposito, appare sintomatico che laddove il legislatore abbia inteso invece dare rilevanza alla lesione dell'interesse concreto lo abbia detto espressamente. Il riferimento è, ad esempio, all'art. 83, comma 5, c.p.p. relativo alla citazione del responsabile civile, la quale, per il fatto di essere un “frammento” di processo civile all'interno del processo penale, appare coerentemente assoggettata dal legislatore al principio di libertà delle forme.

²¹ Cfr. F. CAPRIOLI, *Abuso del diritto di difesa e nullità inoffensiva*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 2410 ss.

all'applicazione *ultra moenia* dei regimi della nullità a fattispecie non sottoposte a tale trattamento, seppure connotate da una omologa *ratio* o preposta alla tutela di un medesimo interesse sostanziale²².

Così definita la portata del principio di tassatività, non rimane ora che esaminare quali siano le cause di nullità positivamente previste dal legislatore all'interno del vigente codice di procedura penale, per poi indagare la lettura che di queste è stata offerta dalla giurisprudenza, al fine di verificare l'effettivo rispetto del principio di legalità e dei principi che ne governano il sistema.

3. *Le previsioni e i trattamenti delle nullità nel vigente codice di procedura penale.*

All'interno del codice di procedura penale, ciascuna tipologia di nullità è identificabile al punto di intersezione di due coordinate: la previsione e il trattamento.

Come si esporrà nel prosieguo, infatti, dal punto di vista della modalità di previsione, le nullità possono configurarsi come generali (individuabili cioè mediante il riferimento a categorie generali) o speciali (prescritte attraverso specifiche comminatorie di nullità in relazione ad una determinata violazione); mentre dal punto di vista del trattamento, ovverossia del loro regime di sanabilità e rilevabilità, esse si distinguono in assolute, intermedie e relative.

Attraverso la combinazione delle predette coordinate si ricavano le diverse specie di nullità.

3.1. *(Segue.) Le nullità a previsione generale e speciale.*

Come appena anticipato, il legislatore adotta due tecniche per l'espressa previsione delle nullità degli atti processuali penali all'interno del codice.

La prima consiste nell'apposizione di clausole "a pena di nullità" all'interno delle disposizioni che disciplinano le singole tipologie di atti e accanto alla corrispondente prescrizione da osservare (cosiddette nullità a previsione speciale o *nullità speciali*). La

²² Cfr. N. GALANTINI, *Nullità degli atti*, in *Dig. proc. pen. (online)*, Torino, 2013, § 2.

seconda, finalizzata a non appesantire eccessivamente il testo codicistico e ad evitare pericolose lacune normative, consiste nella definizione di categorie di prescrizioni relative ad atti del procedimento, la cui inosservanza è causa di nullità, a prescindere dalla previsione di una specifica comminatoria in tal senso (cosiddette nullità a previsione generale o *nullità generali*)²³. Quanto detto non esclude che talune ipotesi di nullità a previsione speciale possano contestualmente ricadere in una delle classi generali, definendosi perciò special-general (come, ad esempio, nel caso della nullità prescritta dall'art. 429 comma 2 c.p.p., che rientra anche nella categoria generale di cui all'art. 178 comma 1 lett. c c.p.p.). In queste ipotesi, come si avrà meglio modo di precisare, il riferimento alla categoria generale è funzionale non già alla previsione della causa di nullità, bensì all'identificazione del suo trattamento.

Quanto alle nullità a previsione generale, occorre anzitutto premettere che esse devono ritenersi pienamente compatibili con il principio di tassatività, in quanto la definizione normativa si limita a considerare “insiemi” di fattispecie le cui disposizioni sono senz'altro presidiate dalla comminatoria di nullità, senza lasciare alcun margine di discrezionalità in capo all'organo giudicante²⁴. In quest'ottica, «non ha nulla a che vedere con l'interpretazione analogica l'operazione ermeneutica diretta a stabilire se una disposizione particolare rientri in una delle classi delineate [...] e a dedurne, in caso affermativo, la comminatoria della nullità pur in assenza di una specifica previsione in tal senso»²⁵. Conseguentemente, non può considerarsi rispettosa del principio di tassatività un'attività di sussunzione della disposizione particolare nella classe generale mediante un'interpretazione estensivo-analogica, o comunque, sostanzialistica, delle relative fattispecie.

Le nullità di ordine generale sono previste dall'art. 178 c.p.p. e presidiano nello specifico: le condizioni di capacità del giudice e la composizione numerica dei collegi

²³ Cfr. T. RAFARACI, *op. cit.*, § 3.

²⁴ Secondo G. CONSO, *Questioni nuove di procedura penale (1955-58)*, I, Milano, 1959, p. 121, la previsione di nullità generali non solo non contrasta con il principio di tassatività (previsto *ratione temporis* dall'art. 185 c.p.p. 1930), ma anzi è anche l'«unica via per garantirsi dal rischio di omettere la comminatoria della nullità per una qualche disposizione».

²⁵ O. DOMINIONI, *op. cit.*, p. 264. Verranno esaminati criticamente *infra* alcuni recenti percorsi argomentativi della dottrina volti a scardinare proprio tale convincimento.

giudicanti (lett. *a*)²⁶; il promovimento dell'azione e la partecipazione al procedimento del pubblico ministero (lett. *b*); l'intervento, l'assistenza e la rappresentanza dell'imputato²⁷ e delle altre parti private²⁸, nonché la citazione in giudizio della persona offesa e del querelante (lett. *c*)²⁹.

Quanto ai possibili trattamenti, come anticipato, le nullità si distinguono in assolute, intermedie e relative a seconda della configurazione normativa dei rispettivi regimi di sanabilità e rilevabilità.

3.2. (*Segue.*) *Le nullità assolute.*

Le *nullità assolute* si caratterizzano, in primo luogo, per essere insanabili (art. 179 c.p.p.), fatte salve eventuali disposizioni derogatorie espressamente previste dalla legge, come ad esempio l'art. 184 c.p.p., concernente la sanatoria della nullità delle citazioni, degli avvisi e delle notificazioni. Il descritto regime di insanabilità trova, tuttavia, un insuperabile limite nel giudicato (sicché la dogmatica le considera pur sempre *annullabilità sanabili*), il quale rappresenta l'estrema causa di sanatoria di qualsiasi invalidità

²⁶ L'ambito applicativo di tale categoria è riempito di contenuto dall'art. 33 c.p.p., il quale a sua volta attua un rinvio "esterno" alle leggi di ordinamento giudiziario, conferendo alla disciplina «una base normativa non meramente processuale, ma ordinamentale»; così O. DOMINIONI, *op. cit.*, p. 265.

²⁷ Da intendersi anche quale "indagato" ai sensi del disposto dell'art. 61 comma 1 c.p.p. il quale prevede che «i diritti e le garanzie dell'imputato si estendono alla persona sottoposta alle indagini preliminari»

²⁸ Vale a dire la parte civile, il responsabile civile e il civilmente obbligato per la pena pecuniaria, la cui presenza è, invece, limitata alla fase processuale in senso stretto.

²⁹ Nonostante una parte della dottrina la ritenga una nullità speciale collocata in una *sedes materiae* impropria, essa deve correttamente intendersi come generale, «in quanto ricomprende tutti i diversi atti di citazione in giudizio nonché, per ciascuno di essi, tutte le disposizioni che disciplinano la *vocatio in iudicium*»; così O. DOMINIONI, *op. cit.*, p. 269.

processuale³⁰, fatte salve le ipotesi di inesistenza³¹ e di revisione, che costituisce l'unica ipotesi di *annullabilità insanabile* presente nel codice³².

In secondo luogo, quanto al regime di rilevabilità, le nullità assolute sono dichiarate d'ufficio (anche a prescindere, cioè, da una specifica iniziativa di parte, la quale potrà solamente consistere in un sollecito all'intervento del giudice) e in ogni stato e grado del procedimento (art. 179 c.p.p.).

Per quanto attiene alla tecnica di previsione, le nullità assolute possono essere *a previsione generale* (art. 179 comma 1 c.p.p.), ovvero *a previsione speciale* (art. 179 comma 2 c.p.p.).

Le prime corrispondono ai sottoinsiemi individuati dall'art. 179 comma 1 c.p.p. all'interno del precedente art. 178 comma 1 c.p.p. e segnatamente: l'intera lettera *a* riguardante le condizioni di capacità del giudice e la composizione numerica dei collegi giudicanti; l'iniziativa del pubblico ministero nell'esercizio dell'azione penale (parte della lettera *b*) e, infine, «quelle derivanti dalla omessa citazione dell'imputato o dall'assenza del suo difensore nei casi in cui ne è obbligatoria la presenza».

Le seconde, invece, corrispondono alle «nullità definite assolute da specifiche disposizioni di legge», anche extra-codicistiche, e non riconducibili ad alcuna delle classi normative previste nel comma 1 dell'art. 179 c.p.p. A queste potrebbe ricondursi, ad esempio, l'art. 525 comma 2 c.p.p. laddove si prevede che «alla deliberazione concorrono, a pena di nullità assoluta, gli stessi giudici che hanno partecipato al dibattimento», sebbene taluni lo ritengano comunque riferibile alla generale «capacità del giudice»³³.

Come si è già anticipato, non vi è comunque dubbio che sarebbe ugualmente da ritenersi assoluta una nullità speciale la quale, pur senza essere qualificata espressamente

³⁰ Tale affermazione potrebbe ritenersi ridimensionata alla luce della previsione di cui all'art. 627 comma 4 c.p.p., il quale, con riferimento al caso di annullamento con rinvio da parte della Cassazione, dispone che «non possono proporsi nel giudizio di rinvio nullità, anche assolute, o inammissibilità, verificatesi nei precedenti giudizi o nel corso delle indagini preliminari». Secondo G. UBERTIS, *Atti*, cit., p. 215 e 225, tale disposizione, in realtà, non costituirebbe una causa di sanatoria alternativa al giudicato, bensì una deroga al meccanismo della cosiddetta «nullità derivata».

³¹ Cfr. *supra* cap. I § 8.

³² Cfr. G. UBERTIS, *Atti*, cit., p. 216.

³³ Per questa opinione, v. O. DOMINIONI, *op. cit.*, p. 283.

come tale, sia sottoposta dalla specifica disposizione al relativo trattamento tipico in termini di rilevabilità d'ufficio e insanabilità (come ad es. nel caso dell'art. 20 c.p.p.).

3.3. (Segue.) *Le nullità relative e intermedie. Loro regime di deducibilità ed eccepibilità.*

Le *nullità relative* si caratterizzano, diversamente, per essere senz'altro sanabili, nonché dichiarabili esclusivamente su eccezione di parte (art. 181 comma 1 c.p.p.), la quale fa sorgere in capo al giudice il dovere di controllare la validità dell'atto. Decorso il termine entro cui l'eccezione di parte deve essere proposta a pena di decadenza (il quale è stabilito dall'art. 181 c.p.p. per ciascuna tipologia provvedimento e in relazione alla scansione delle fasi del procedimento), gli atti affetti da tale tipologia di nullità si “stabilizzano”.

Quanto alla tecnica di previsione, si può affermare che tutte le nullità relative sono speciali, sebbene, come anticipato e meglio si vedrà, non tutte le nullità speciali sono necessariamente relative: si hanno, infatti, nullità che, sebbene speciali, sono incluse nelle categorie delle generali o che, indipendentemente da tale appartenenza, sono speciali assolute³⁴. Del resto, l'art. 181 c.p.p. le definisce “per sottrazione” dagli artt. 178 e 179 comma 2 c.p.p., sottoponendo al trattamento meno grave tutte le nullità che non siano riconducibili a quelle generali e alle speciali assolute.

Accanto alle nullità assolute e alle nullità relative si rinvencono, poi, le *nullità intermedie*, le quali possiedono un regime accostabile, almeno in parte, alle une e alle altre. Esse, da un lato, non sono espressamente qualificate come insanabili dall'art. 180 comma 1 c.p.p., e perciò devono ritenersi soggette alle cause generali di sanatoria (art. 183 c.p.p.), oltre che a quelle previste dall'art. 184 c.p.p. Dall'altro lato, tuttavia, esse sono dichiarate anche d'ufficio, sebbene entro determinati limiti cronologici, decorsi i quali si intendono sanate, a meno che non sia intervenuta una espressa deduzione di parte; l'iniziativa di parte impedisce la sanatoria anche in assenza di declaratoria giudiziale di invalidità, la quale potrà quindi ben essere rilevata dal giudice del grado successivo (cosiddetta *perpetuatio nullitatis*).

³⁴ Cfr. G. UBERTIS, *Atti*, cit., p. 220.

Quanto alla tecnica di previsione, a differenza di quelle relative, le nullità intermedie sono solamente generali (nel senso che il Codice non parrebbe ammettere prescrizioni speciali di nullità intermedia, al pari di quelle assolute) e si individuano “sottraendo” dalle ipotesi generali di cui all’art. 178 comma 1 c.p.p. quelle definite come assolute dall’art. 179 c.p.p.. Risultano perciò ricomprese in tale categoria le disposizioni che riguardano la partecipazione del pubblico ministero al procedimento, l’intervento, l’assistenza e la rappresentanza dell’imputato (salvo l’omessa citazione o l’assenza del difensore) e delle altre parti private, nonché la citazione in giudizio della persona offesa dal reato e del querelante.

Quanto visto, ovviamente, non esclude che prescrizioni speciali di nullità non espressamente qualificate possano essere sottoposte a regime intermedio, laddove comunque riconducibili alle categorie generali riferibili a tale regime³⁵.

Maggiormente discussa è, invece, l’ammissibilità di previsioni speciali di nullità espressamente qualificate come a regime intermedio ma non riconducibili alle predette categorie generali. Invero, se per un verso tale possibilità sembrerebbe esclusa dall’art. 180 c.p.p. (a differenza di quanto previsto per le nullità assolute dall’art. 179 comma 2 c.p.p.), vi sono alcuni casi in cui il legislatore ha previsto *nullità speciali rilevabili anche d’ufficio*, ancorché sanabili: è il caso, ad esempio, delle previsioni di nullità di cui all’art. 292, comma 2, c.p.p. e all’art. 274, lett. a) c.p.p., le quali, pur non inquadrabili nell’art. 178 lett. c) c.p.p. e quindi da ricondursi alla classe delle nullità relative, soggiacciono ad un regime sostanzialmente intermedio (sono, infatti, sanabili e rilevabili d’ufficio). A tale riguardo, si è parlato in dottrina di nullità “ibride” o di *quartum genus*³⁶.

³⁵ *Contra* C. IASEVOLI, *La nullità nel sistema processuale penale*, cit., p. 519, secondo la quale dovrebbero considerarsi sottoposte a regime relativo tutte le nullità speciali non qualificate espressamente come assolute, posto che il Codice considera esclusivamente queste ultime (art. 179 comma 2 c.p.p.). Tale prospettiva non è generalmente condivisa, sulla base del fatto che l’art. 181 del Codice definisce la categoria delle nullità relative come residuale non solo rispetto alle nullità assolute a previsione speciale (art. 179 comma 2 c.p.p.), ma anche a tutte quelle a previsione generale (art. 178 c.p.p.), fra le quali dunque anche quelle a regime intermedio. Conseguentemente, la giurisprudenza considera a regime intermedio una pluralità di nullità speciali, quali ad esempio quelle previste dall’art. 127 commi 1 e 5 c.p.p. (Cass. pen., Sez. I, 6 aprile 2000, De Nardi, in *C.E.D.* n. 216198) e dall’art. 309 comma 8 c.p.p. (Cass. pen., Sez. un., 17 aprile 1996, Pagnozzi, in *C.E.D.* n. 205254).

³⁶ Cfr. G. GIOSTRA, *Sul vizio di motivazione dell’ordinanza cautelare ovvero sul degrado della tecnica legislativa*, in *Cass. pen.*, 1995, 9, p. 2430.

Per quanto attiene al regime generale di “deducibilità” delle nullità intermedie e di “eccepibilità” delle nullità relative, esso è definito, in particolare, dall’art. 182 c.p.p., il quale prevede, tra le altre cose, che tutti i termini al riguardo sono stabiliti a pena di decadenza (comma 3). A mente di tale disposizione, non ha il potere di dedurre od eccepire «chi vi ha dato o ha concorso a darvi causa ovvero non ha interesse all’osservanza della disposizione violata» (comma 1)³⁷; inoltre, si prevede che i termini previsti dagli artt. 180 e 181 c.p.p. per l’esercizio di tali poteri operino esclusivamente allorché la parte (da intendersi come difensore o pubblico ministero)³⁸ non assista al compimento dell’atto: in caso contrario, ciò deve avvenire «prima del suo compimento ovvero, se ciò non è possibile, immediatamente dopo» (comma 2).

Circa le conseguenze della dichiarazione della nullità (ad efficacia, a ben vedere, costitutiva), l’art. 185 c.p.p. prevede il meccanismo della cosiddetta invalidità derivata, secondo il quale la nullità di un atto rende invalidi gli atti consecutivi che dipendono (logicamente o giuridicamente) da quello dichiarato nullo, ciò comportando (salvo quando la nullità riguardi le prove) «la regressione del procedimento allo stato o al grado in cui è stato compiuto l’atto nullo, salvo che sia diversamente stabilito»³⁹. Il medesimo articolo, infine, prevede che «il giudice che dichiara la nullità di un atto ne dispone la rinnovazione, qualora sia necessaria e possibile, ponendo le spese a carico di chi ha dato causa alla nullità per dolo o colpa grave».

4. *L’operazione di qualificazione delle nullità processuali.*

Dal quadro precedentemente delineato possono ricavarsi le seguenti considerazioni in ordine all’operazione di qualificazione delle nullità processuali.

Anzitutto, occorre premettere che il carattere di “generalità” di una causa di nullità può rilevare ora a fini di previsione (art. 178 c.p.p.) ora a fini di trattamento, ossia di

³⁷ Per un interessante approccio al tema delle nullità dal “punto di vista” dei soggetti del rapporto processuale, cfr. A. GALATI, *Il comportamento delle parti nel regime delle nullità processuali penali*, Milano, 1970.

³⁸ Cfr. G. UBERTIS, *Atti*, cit., p. 223.

³⁹ Cfr. N. GALANTINI, *Vizi degli atti processuali penali*, cit., §§ 7 e 10. Sugli effetti regressivi dell’atto nullo v. R. DEL COCO, *La regressione degli atti nel processo penale*, Torino, 2020, p. 63 ss.

identificazione del relativo regime (artt. 179 e 180 c.p.p.). Sicché, la riconduzione di una determinata fattispecie ad una categoria generale consente, nel primo caso, di prescrivere una nullità (assoluta o intermedia) rispetto a violazioni per le quali non è prevista una comminatoria di nullità speciale (a fini distintivi rispetto alla irregolarità); nel secondo caso, di identificare il regime (assoluto o intermedio) di una nullità speciale non espressamente qualificata (a fini distintivi rispetto al regime relativo).

Ne consegue che quando nel corpo di una norma si trovi una previsione speciale di nullità non qualificata formalmente quanto a regime, si è in presenza quantomeno di una nullità relativa e mai, ovviamente, di una mera irregolarità. Tuttavia, al fine di confermare tale conclusione, è necessario prima verificare che la corrispondente inosservanza non rientri in una delle categorie generali di cui all'art. 178 c.p.p., nel qual caso essa sarà alternativamente assoluta o a regime intermedio, né che sia soggetta ad una disciplina sostanziale corrispondente a tali regimi (nullità sostanzialmente assolute o "ibride"). Quando invece manchi una espressa comminatoria di nullità, occorre verificare se la relativa violazione risulti inquadrabile in una delle categorie di nullità generale di cui all'art. 178 c.p.p., dovendosi altrimenti concludere per l'insussistenza di qualsiasi nullità e, pertanto, per l'integrazione di una mera irregolarità.

In altri termini, l'operazione di individuazione della disciplina applicabile alle violazioni processuali richiede di effettuare i seguenti passaggi logico-giuridici:

A. se la disposizione violata non reca una espressa previsione di nullità:

A.1. verificare se la sua inosservanza sia ricollegabile ad una delle nullità generali (generale-assoluta o generale-intermedia);

A.2. in caso negativo, si tratta di una mera irregolarità;

B. se la disposizione violata reca una espressa previsione di nullità:

B.1. verificare se la clausola di nullità sia espressamente accompagnata dall'attributo dell'assolutezza (speciale-assoluta);

B.2. in caso negativo, verificare se il precetto contempla comunque un trattamento tipico di una specie di nullità (assoluta o intermedia);

B.3. in caso negativo, verificare se la sua inosservanza sia ricollegabile ad una delle nullità generali (special-generale-assoluta o special-generale-intermedia);

B.4. in caso negativo, si tratta di una nullità speciale-relativa.

5. *Le sanatorie generali: acquiescenza e conseguimento dello scopo. Le sanatorie speciali.*

Fermo restando quanto in precedenza affermato con riguardo all'attitudine "sanante" sia dell'infruttuoso decorso dei termini di decadenza per l'esercizio del potere di deduzione delle nullità intermedie e di eccezione delle nullità relative, sia del giudicato (salva l'ipotesi di inesistenza e di revisione), occorre soffermarsi brevemente sulle ulteriori fattispecie di sanatoria previste dal codice, in quanto facenti parte a tutti gli effetti del trattamento complessivo degli episodi di invalidità degli atti processuali penali.

A tale riguardo, l'art. 183 c.p.p. prevede due cause di *sanatorie generali* delle nullità (ad eccezione, per quanto visto, di quelle assolute), le quali si verificano: a) se la parte interessata ha rinunciato espressamente o tacitamente a eccepire la nullità (cosiddetta sanatoria per acquiescenza), ipotesi, si badi, del tutto distinta dalla decadenza dal relativo potere⁴⁰; b) se la parte si è avvalsa della facoltà al cui esercizio l'atto omesso o nullo è preordinato (cosiddetta, impropriamente, sanatoria per conseguimento dello scopo). Di quest'ultima ipotesi, inoltre, l'art. 184 c.p.p. disciplina un caso particolare, dettando una sanatoria "speciale" delle nullità delle citazioni, degli avvisi e delle corrispondenti notificazioni, «se la parte interessata è comparsa o ha rinunciato a comparire».

Al di fuori degli artt. 183 e 184 c.p.p. si rinvencono, poi, ulteriori fattispecie di sanatoria "speciale" di più recente conio.

Nello specifico, l'art. 1, comma 43, della l. 23 giugno 2017, n. 103, ha introdotto un nuovo comma 6-*bis* all'interno dell'art. 438, disponendo che la richiesta di giudizio abbreviato proposta nell'udienza preliminare determina la sanatoria delle nullità, sempre che non siano assolute, e la non rilevabilità delle inutilizzabilità, salve quelle derivanti dalla violazione di un divieto probatorio.

⁴⁰ Come opportunamente rileva O. DOMINIONI, *op. cit.*, p. 296, «tale causa di sanatoria non deve essere confusa [...] con la mancata deduzione o eccezione della nullità nel termine stabilito dalla legge. In questo secondo caso la sanatoria consegue a un semplice fatto, per la cui operatività non rileva alcun profilo della volontà del soggetto; nel caso dell'acquiescenza, il cui arco cronologico di applicazione si estende tra il compimento dell'atto nullo e la scadenza del termine per la deduzione o l'eccezione, si ha a che fare con una manifestazione di volontà della parte, che dispone del proprio potere di dedurre o eccepire la nullità, rinunciandovi».

Più recentemente, il d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150 (la cosiddetta “Riforma Cartabia”) ha introdotto una nuova fattispecie di sanatoria in relazione alla causa di nullità speciale del decreto di rinvio a giudizio in caso di dichiarazione di assenza erroneamente pronunciata in udienza preliminare (art. 489, commi 1 e 2, c.p.p.), secondo uno schema destinato a ripetersi anche nei gradi successivi (art. 604, comma 5-*bis*, c.p.p.).

In particolare, l’art. 489 prevede, al comma 1, che laddove in giudizio emerga la prova che nel corso dell’udienza preliminare l’imputato è stato dichiarato assente in mancanza dei presupposti di cui all’art. 420-*bis* c.p.p., il giudice, anche d’ufficio, dichiara la nullità del decreto di rinvio a giudizio e restituisce gli atti al giudice dell’udienza preliminare. Tuttavia, il comma 2 si affretta a precisare che tale nullità è «sanata» se non è eccepita dall’imputato che è comparso o ha rinunciato a comparire, ferma restando – al fine di incentivare tale scelta⁴¹ – la possibilità di essere restituito nel termine per formulare le richieste relative all’accesso ai procedimenti speciali ed esercitare le ulteriori facoltà dalle quali sia decaduto. Ne consegue che la mancata eccezione da parte dell’imputato (comparso o rinunciatario a comparire) rende impossibile la regressione, ma sempre possibile l’esercizio delle facoltà da cui sia decaduto (a seguito di rilievo d’ufficio della nullità da parte del giudice)⁴².

In ogni caso, ai sensi dell’ultimo periodo del comma 2, la nullità non può essere rilevata (dal giudice) né eccepita (dalla parte) nel caso in cui l’imputato era comunque nelle condizioni di comparire nell’udienza preliminare. In questo caso, l’imputato non potrà ottenere la reintegrazione nelle facoltà da cui è decaduto o la retrocessione del processo. Trattasi, a ben vedere, di una prescrizione con finalità antiabusiva (e di ispirazione “antiformalistica”)⁴³, ritenendosi che anche l’errata dichiarazione di assenza non dia un diritto assoluto ad una retrocessione del procedimento se l’imputato era comunque nelle condizioni di comparire in udienza preliminare e, quindi, di far valere già in quel

⁴¹ Così la Relazione illustrativa di accompagnamento al d.lgs. n. 150/2022, p. 116.

⁴² Cfr. A. CONTI, *L'imputato assente alla luce della riforma Cartabia. Note a prima lettura del d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150*, in *Arch. pen.*, 2023, 1, p. 42.

⁴³ Cfr. A. MANGIARACINA, *Alla ricerca di un nuovo statuto per l'imputato assente*, in *Sistema penale*, 1° dicembre 2022, p. 9, la quale parla di «un *horror regressionis*, ispirato dall’esigenza di scongiurare fenomeni di abuso del processo, in una situazione dove il vizio non è stato causato dall’imputato».

momento il vizio e di esercitare tutte le facoltà che ora chiede di esercitare con azzerramento del procedimento⁴⁴.

Il tenore della disposizione non consente di affermare con certezza se l'onere di dimostrare (o comunque accertare) che l'imputato (non) era nelle condizioni di comparire nell'udienza preliminare ricada su quest'ultimo⁴⁵, oppure in capo al giudice⁴⁶. Posto che un siffatto significativo (duplice) onere probatorio, ove imposto in capo all'imputato, potrebbe esporre la norma a possibili censure euro-convenzionali⁴⁷, una lettura CEDU-conforme della norma consiglierebbe di aderire alla seconda alternativa.

Secondo una logica analoga, anche il nuovo art. 604, comma 5-*bis*, c.p.p. prevede che la nullità della sentenza (con la conseguente trasmissione degli atti al giudice che procedeva quando si è verificata la nullità) è «sanata» se non è eccepita nell'atto di appello e, in ogni caso, non può essere rilevata o eccepita se risulta che l'imputato era a conoscenza della pendenza del processo ed era nelle condizioni di comparire in giudizio prima della pronuncia della sentenza impugnata.

Così brevemente ripercorse le cause di sanatoria generale e speciali previste dal codice, occorre ora soffermarsi in modo più approfondito sulla seconda causa di sanatoria generale sopra richiamata, in quanto – come si avrà modo di dimostrare nel prosieguo – è stata tradizionalmente utilizzata dalla giurisprudenza quale “grimaldello” per affermare un inaccettabile principio di “libertà delle forme” all'interno del processo penale, sulla falsa riga di quanto sancito dall'art. 156 comma 3 c.p.c. per il processo civile.

⁴⁴ Cfr. la *Relazione illustrativa*, cit., p. 116.

⁴⁵ Come era espressamente previsto dall'art. 420-*bis*, comma 4, c.p.p. nell'ipotesi di revoca dell'ordinanza che dispone di procedere in assenza dell'imputato. Sul punto, cfr. A. CONTI, *op. cit.*, p. 43, il quale sostiene che «l'imputato per poter ottenere la reintegrazione nelle facoltà da cui è decaduto o la retrocessione del processo dovrà, non solo fornire la prova dell'assenza dei presupposti di cui all'art. 420-*bis* c.p.p., ma anche la prova di non essere stato nelle condizioni di poter comparire all'udienza preliminare».

⁴⁶ Cfr. A. MANGIARACINA, *op. cit.*, p. 9, la quale ritiene che «perché il sistema non ricollochi le lancette indietro, quel “risulta” implicherà l'accertamento di una situazione di evidenza probatoria da parte del giudice: *in dubio* nullità e regressione».

⁴⁷ Nella misura in cui si è ben lontani dall'assenza di oneri probatori e dall'automatismo prescritto in sede sovranazionale e, in particolare, da parte della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo con riferimento, ad esempio, alla disciplina della restituzione nel termine anteriore al 2005. Cfr. A. CONTI, *op. cit.*, p. 38 s. e 43, per il quale «si tratta [...] di un onere probatorio che, non solo segna un deciso ritorno al passato del nostro ordinamento, ma espone il sistema al biasimo della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo».

La disposizione *sub b)* dell'art. 183 c.p.p., infatti, prende il posto della precedente causa di sanatoria sancita dall'art. 187 comma 3 c.p.p. 1930, la quale faceva originariamente riferimento, per la sua l'operatività, al conseguimento di un generico "scopo" da parte dell'atto nullo. La nuova formulazione offre invece una più precisa e univoca tipizzazione della relazione mezzo-fine sulla cui base tale sanatoria opera, consistente nella realizzazione del comportamento in cui si estrinseca la situazione giuridica soggettiva (facoltà) alla cui costituzione l'atto invalido era destinato⁴⁸.

In tal modo, attraverso la descritta operazione di "tipizzazione", il legislatore ha inteso superare *per tabulas* il possibile utilizzo della suddetta disposizione per giustificare la necessità della verifica di un concreto pregiudizio agli interessi sostanziali protetti dalla norma violata o, comunque, per introdurre in sede applicativa valutazioni di ordine discrezionale, del tutto contrastanti con il principio di tassatività delle nullità processuali penali⁴⁹.

Di ciò si tratterà, ben più ampiamente, nel prosieguo allorché saranno analizzati e ripensati criticamente alcuni orientamenti giurisprudenziali tutt'oggi emergenti, all'uopo "avallati" anche da una certa parte della dottrina recente, che esigono la necessità di operare valutazioni di carattere discrezionale nell'attività di sussunzione del caso concreto nelle fattispecie di invalidità, pur tassativamente previste dal legislatore.

⁴⁸ Secondo T. RAFARACI, *op. cit.*, § 14, «oggi, per quanto sia nelle cose che sullo sfondo dell'art. 183 lett. *b* c.p.p. stia una valutazione dell'ordinamento ispirata all'assenza di un concreto pregiudizio derivante dall'omissione dell'atto o dal suo imperfetto compimento, è chiaro come questa valutazione resti per intero inscritta entro il principio di tassatività. Ed infatti, come, una volta omesso l'atto o compiuto imperfettamente, la nullità si produce senz'altro, a prescindere da ogni indagine circa il pregiudizio derivato, così, una volta accertato se la parte si sia avvalsa del potere o facoltà cui l'atto omesso o nullo è preordinato [...], nella relativa, eventuale, causa di sanatoria rimane tipizzata – preclusa ogni ulteriore e diversa indagine – la misura in cui l'ordinamento concede spazio a considerazioni di natura 'finalistica' o 'utilitaristica'. Cfr., per una prospettiva di teoria generale, quanto già anticipato al cap. I § 6.

⁴⁹ Cfr., sul punto, P. MOSCARINI, *op. cit.*, p. 145-146, secondo il quale «la sostituzione del generico "raggiungimento dello scopo" con il più specifico "esercizio della facoltà cui l'atto omesso o nullo è preordinato" merita apprezzamento [...]: anzitutto, essa risponde all'esigenza [...] di limitare la sanatoria ai casi in cui si verifichino fatti, obiettivamente ed univocamente rilevanti, rientranti nella serie procedimentale, così da evitare la sussistenza, in sede applicativa, d'un margine di discrezionalità contrastante con la tassatività delle nullità».

6. La nullità nella recente disciplina del processo penale telematico.

Prima di proseguire nell'anzidetta direzione, occorre tuttavia completare la ricognizione del sistema delle nullità codicistiche anche alla luce del processo di digitalizzazione che ha recentemente investito il processo penale a seguito dell'intervento riformatore operato dal d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150 (cosiddetta "Riforma Cartabia"). Ciò anche al fine di verificare come il sistema delle nullità processuali e le esigenze discendenti dal principio di tipicità stiano "reagendo" all'innesto di atti processuali formati e comunicati secondo modalità informatiche. Un simile tentativo non può che risentire dei rilevanti limiti derivanti da una legislazione sul processo telematico ancora incipiente e di un formante giurisprudenziale ancora pressoché del tutto assente, se non con riferimento alle iniziative sperimentali ed embrionali già adottate nel contesto emergenziale pandemico⁵⁰.

Il punto di partenza della riflessione non può che essere rappresentato dalle parole dello stesso legislatore che, nella relazione di accompagnamento alla riforma, ha inteso mettere in chiaro come si sia «ritenuto di non dover introdurre nuove previsioni in materia di invalidità degli atti, ma di adattare, semmai, quelle esistenti alla transizione digitale, sulla base della considerazione che un sistema, già denso di previsioni invalidanti, non necessitasse di disposizioni ulteriori. La scelta, si auspica, dovrebbe favorire una maggiore facilità di attuazione della riforma, evitando le tensioni e le pressioni che l'introduzione di nuove ipotesi di invalidità degli atti possono cagionare»⁵¹.

In coerenza a tale auspicio, il legislatore ha ad esempio rinunciato ad indicare un termine rigido, e tantomeno perentorio, per la conversione da analogico a digitale/informatico di cui all'art. 110 comma 4 c.p.p. Non ha nemmeno ritenuto necessaria un'interpolazione relativa agli elementi da cui desumere altrimenti la data dell'atto omessa, quale elemento ostativo alla rilevazione della nullità ai sensi dell'art. 111 comma 2 c.p.p.; ciò in quanto, laddove quest'ultimo sia redatto in forma informatica, soccorrono i criteri – potenzialmente evolutivi – derivanti dalle regole tecniche che consentono di ricostruire

⁵⁰ Sulle sperimentazioni del legislatore dell'emergenza e le principali linee di intervento della riforma "Cartabia", cfr. per tutti G. DI PAOLO, *"Riforma Cartabia" e digitalizzazione del processo penale. Verso una non più rinviabile opera di ammodernamento della giustizia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2022, p. 87 ss.

⁵¹ Relazione illustrativa, p. 10.

l'elemento temporale attraverso atti connessi a quello informatico privo di data o a dati registrati dai sistemi informatici.

La scelta di non presidiare la fase di transizione digitale del processo penale con specifiche prescrizioni di nullità *ad hoc* risponde a una pluralità di esigenze. Da un lato, esigenze di semplificazione e accelerazione del processo, sottese all'intera riforma; dall'altro, la volontà di evitare la creazione di un plesso di nullità digitali "parallelo" a quello valevole per gli atti analogici. Tale scelta, poi, muove dalla consapevolezza che ad essere investito dal processo di transizione digitale non sono solamente gli atti ma l'intero comparto organizzativo della giustizia, compresi gli operatori, che hanno probabilmente bisogno di tempo ed elasticità per maturare un nuovo approccio digitale al processo.

L'unica eccezione alla scelta di non introdurre nuove ipotesi di invalidità connesse all'informatizzazione documentale è rappresentata dalla nuova ipotesi di nullità delle notificazioni *ex art. 171 comma 1 lett. b-bis) c.p.p.*, la quale prescrive la nullità della notificazione eseguita con modalità telematiche laddove non siano rispettati i requisiti di cui al comma 1 dell'art. 148 c.p.p., e cioè nel caso in cui non sia rispettata la normativa *anche regolamentare* concernente la trasmissione e la ricezione dei documenti informatici, al fine di assicurare l'identità del mittente e del destinatario, l'integrità del documento trasmesso, nonché la certezza anche temporale dell'avvenuta trasmissione e ricezione.

A ben vedere, un primo aspetto di potenziale problematicità concerne proprio il rinvio "esterno" operato dalla riforma alla normativa tecnica, di natura anche secondaria, concernente la formazione e la circolazione degli atti informatici. Se infatti, da un lato, tale rinvio risponde al condivisibile intento di mantenere il dettato codicistico permanentemente "*updated*" rispetto all'evoluzione informatica e della regolazione del digitale (che trova la sua fonte tipica nei regolamenti, in ragione della loro particolare flessibilità), dall'altro lato esso si rivela di problematica compatibilità con i principi di legalità processuale e tassatività delle prescrizioni e dei regimi di invalidità: la previsione di fattispecie di nullità derivanti dalla violazione di prescrizioni e *standard* tecnici evolutivi dettati da fonti extra-codicistiche, perdipiù di rango secondario, parrebbe infatti sacrificare le esigenze di certezza e prevedibilità che sono assicurate dai predetti principi.

La questione, in effetti, si era già posta nella giurisprudenza formatasi sugli embrionali tentativi di processo penale telematico attivati dal legislatore nel contesto emergenziale pandemico, il quale ha rappresentato un primo banco di prova della tenuta del

sistema codicistico di nullità a fronte di un intervento di digitalizzazione “forzata”. In particolare, essendosi posta la questione dell’ammissibilità di un atto di impugnazione telematica non rispettoso delle indicazioni operative fornite dal Direttore generale dei sistemi informativi automatizzati (DGSIA), come invece richiesto dal comma 6-*bis* dell’art. 24 del d.l. 137/2020, la Cassazione ha avuto modo di affermare che in quanto la relativa prescrizione di inammissibilità era prevista dall’art. 591, lett. c) c.p.p. solo con riferimento alla necessità della firma digitale (di cui l’atto era provvisto), il principio di tassatività delle nullità imponeva di escludere l’invalidità dell’atto nel caso di specie⁵².

Tale sentenza appare interessante ai nostri fini soprattutto quando afferma, in *obiter dictum*, che laddove l’art. 591, lett. c) c.p.p. avesse diversamente prescritto il doveroso rispetto della disciplina secondaria a pena di inammissibilità, le esigenze della tassatività sarebbero state invece soddisfatte⁵³. Tanto è previsto oggi dal diritto vigente: infatti, l’art. 591 lett. c) c.p.p. rinvia, quanto a requisiti di ammissibilità dell’impugnazione, all’art. 582 c.p.p. che, nella nuova formulazione post-riforma “Cartabia”, rimanda a propria volta espressamente all’art. 111-*bis* c.p.p. quanto a modalità di presentazione. Ne consegue che, aderendo alle conclusioni della richiamata sentenza, il deposito telematico di un atto di impugnazione non rispettoso della normativa, anche regolamentare, concernente la sottoscrizione⁵⁴, la trasmissione e la ricezione degli atti e dei documenti informatici sarebbe

⁵² Cass., sez. IV, 11 maggio 2023, n. 22708, in *IUS Processo telematico (online)*, 4 luglio 2023, con nota di C. MINELLA, *Riesame scannerizzato e firmato digitalmente: nessuna inammissibilità*; e n. 22709, in *DeJure (online)*.

⁵³ Cass., sez. IV, 11 maggio 2023, n. 22708 e 22709, cit., in motivazione.

⁵⁴ Un rilevante profilo problematico con riferimento alla sottoscrizione digitale è sollevato da C. MINELLA, *Atto nativo digitale*, cit., p. 237 e da S. SIGNORATO, *op. cit.*, p. 1393 ss., la quale si sofferma in particolare sulla decadenza “sopravvenuta” del certificato di firma digitale: «si tratta di problemi giuridici che forse non sono stati ancora adeguatamente soppesati, ma che infliggono un *vulnus* al regime della validità degli atti, oltretutto senza nemmeno la necessità di una querela di falso, essendo previsto *ex lege* dallo stesso CAD che la revoca, scadenza o sospensione del certificato comporta la mancata sottoscrizione del documento, a prescindere dalla precedente apposizione della firma. Intrecciando tale previsione con il regime processuale penale delle invalidità codicistiche, che sanziona la mancanza di sottoscrizione con la nullità, rischiano di profilarsi anomalie giuridiche sussumibili nella distonica figura di un atto dall’*iter* così scandito. *In primis*, l’atto si caratterizzerebbe per una sottoscrizione valida, ma *sub condicione* di perduranza dei requisiti di validità della firma. Poi, esso sarebbe nullo perché la firma è mancante in quanto invalida ai sensi del CAD per scadenza, revoca o sospensione del certificato elettronico. A questo punto, l’atto vedrebbe il suo regime di validità diversamente modulato a seconda che la mancanza di firma venga ricondotta al regime delle nullità relative, intermedie o assolute, dato che, come noto, solo queste ultime sono insanabili e rilevabili sia dalle parti che d’ufficio in ogni stato e grado del procedimento».

da ritenersi inammissibile per gli effetti dell'art. 591 lett. c) c.p.p., senza che a ciò osti il principio di legalità-tassatività delle invalidità degli atti; principio che, come noto, si ritiene estensivamente applicabile anche all'inammissibilità.

Analogicamente, tanto dovrebbe valere per qualsiasi prescrizione a pena di nullità a fronte di violazioni della normativa sulla formazione e la circolazione degli atti informatici. Ciò in conformità ad una tendenza generale dell'ordinamento, soprattutto nei settori in rapida evoluzione, a ritenere soddisfatte le esigenze della legalità (nonché rispettate anche eventuali riserve di legge assolute) laddove la disciplina primaria sia integrata da fonti secondarie sotto il profilo strettamente tecnico. Tale conclusione non significa, peraltro, che qualsiasi violazione delle fonti secondarie sugli atti digitali si traduca necessariamente in nullità degli atti processuali, ove prescritta. La reazione invalidante può prodursi esclusivamente in relazione ai profili tassativamente tipizzati dalle previsioni codicistiche, quali quelli concernenti la loro sottoscrizione, conservazione, accesso e trasmissione, i quali assurgono in tal modo a vere e proprie categorie di "nullità generale" degli atti digitali.

Per quanto concerne, invece, la diversa tematica del trattamento delle nullità degli atti informatici, può essere interessante richiamare alcune sentenze che si sono poste la questione di come inquadrare, all'interno delle categorie di nullità generale di cui all'art. 178 c.p.p. e dei precedenti giurisprudenziali su di esso formati nel contesto analogico, una serie di omissioni legate alla nuova dimensione telematica del processo.

Ad esempio, si è affermato che la mancata attivazione della videoconferenza con il detenuto è del tutto equiparabile all'omessa traduzione all'udienza di quest'ultimo, perché ugualmente lesiva del diritto di partecipazione, determinando perciò la nullità assoluta e insanabile del giudizio e della relativa sentenza, rilevabile anche d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento⁵⁵. Lo stesso principio è stato affermato anche con riferimento all'omessa attivazione del collegamento telematico con il difensore autorizzato

⁵⁵ Cass., sez. VI, 19 novembre 2020, n. 2213, in *IUS Processo telematico (online)*, 5 marzo 2012, con nota di L. GIORDANO, *Le conseguenze della mancata attivazione della videoconferenza con il detenuto*. La sentenza richiama una serie di precedenti concernenti la mancata traduzione all'udienza del detenuto, alla quale viene analogicamente equiparata la mancata attivazione della videoconferenza.

alla partecipazione all'udienza a distanza, in quanto equivalente ad una mancata comunicazione⁵⁶.

Altre sentenze hanno ritenuto che la violazione del contraddittorio cartolare-informatico e dei relativi obblighi comunicativi, regolati dalla normativa emergenziale di cui al d.l. 176/2020, integri un'ipotesi di nullità generale a regime intermedio ai sensi dell'art. 178 comma 1 lett. c) c.p.p. e 180 c.p.p., in quanto «la nozione di intervento dell'imputato non può essere intesa restrittivamente nel senso di presenza fisica, ma come partecipazione attiva e cosciente, con garanzia effettiva dei diritti e facoltà di cui è titolare»⁵⁷.

Sulla stessa linea si pone anche una significativa sentenza della Corte costituzionale, la quale ha rilevato che «la facoltà di utilizzare lo strumento telematico per le proprie notificazioni e comunicazioni è funzionale a una maggiore effettività del diritto di difesa, che l'ordinamento ha il dovere di garantire e di promuovere in forza dell'art. 24, secondo comma, Cost.»⁵⁸. Ciononostante la Corte ha ritenuto inammissibile la questione sollevata con riferimento all'impossibilità per le parti e per i difensori di eseguire notificazioni al pubblico ministero tramite PEC, ritenendo che «il rimedio al *vulnus* riscontrato richiede interventi normativi di sistema, implicanti scelte di fondo tra opzioni alternative rientranti tutte nella discrezionalità del legislatore. Al contempo, la Corte non può, però, esimersi dal formulare il pressante auspicio che il Governo dia puntuale attuazione alla delega conferitagli dall'art. 1, commi 5 e 6, l. 27 settembre 2021, n. 134, confermando così anche per il futuro la facoltà per il difensore di giovare di modalità telematiche per l'effettuazione di notificazioni e depositi presso l'autorità giudiziaria. Ciò in coerenza con il dovere costituzionale di assicurare piena effettività al diritto di difesa»⁵⁹.

Tale sollecitazione della Consulta è stata ampiamente valorizzata dal legislatore della riforma, in particolare con la disciplina del fascicolo informatico e sull'accesso agli atti di cui all'art. 111-ter c.p.p., la cui tenuta non rispettosità degli standards di autenticità, integrità, accessibilità, leggibilità, interoperabilità e agevole consultazione telematica sarà

⁵⁶ Cass., sez. I, 6 ottobre 2021, n. 9476, in *DeJure (online)*.

⁵⁷ Cass., sez. VI, 8 febbraio 2022, n. 7069, in *DeJure (online)*; Cass., sez. V, 28 aprile 2021, n. 20885, in *C.E.D.* n. 281152.

⁵⁸ Corte cost., 14 aprile 2022, n. 96, in *Giur. cost.*, 2022, 2, p. 1004 e in *Cass. pen.*, 2022, 9, p. 2966.

⁵⁹ Corte cost., 14 aprile 2022, n. 96, cit., in diritto.

verosimilmente ricondotta proprio alla causa di nullità generale a regime intermedio di cui all'art. 178 comma 1 lett. c) c.p.p., anche alla luce del precedente della Cassazione testé richiamato, nella misura in cui prefigura che le esigenze di partecipazione attiva e cosciente dell'imputato, ricomprese nella nozione di intervento, e la garanzia effettiva dei suoi diritti, saranno assicurati dalla definitiva attuazione del fascicolo telematico «quale strumento di ricezione e raccolta in tempo reale degli atti del processo, accessibile e consultabile da tutte le parti»⁶⁰. Sul punto, è opportuno ricordare che, già con riferimento al fascicolo cartaceo, la Corte costituzionale ha avuto modo di sottolineare che le disposizioni legislative e regolamentari concernenti le modalità di formazione dei fascicoli non hanno solamente una finalità di razionale ed omogenea sistemazione degli atti processuali, ma sono anche volte a rendere possibile l'esercizio del diritto di difesa, con possibili ricadute – nell'ipotesi di persistente caoticità del fascicolo o assenza di indice – in termini di invalidità degli atti processuali⁶¹.

Un'ultima riflessione può essere svolta con riferimento all'emergere di tendenze giurisprudenziali “creative” e “antiformalistiche”, le quali valorizzano il principio del cosiddetto “raggiungimento dello scopo” anche nel contesto della comunicazione degli atti in forma telematica; ciò anche in vista delle riflessioni in argomento che ci si appresta a svolgere nella sezione seguente.

Sul punto, si registra infatti un interessante contrasto giurisprudenziale in tema di nullità delle notificazioni inviate alla casella PEC dell'ufficio giudiziario errato; problematica che, in prospettiva, è probabilmente destinata relativizzarsi (se non ad essere in larga parte superata) con la definitiva attuazione del fascicolo telematico *ex art. 111-ter c.p.p.*

Secondo un primo orientamento, l'invio dell'atto presso una casella di posta elettronica diversa da quella dedicata al deposito degli atti non ne comporta nullità se la

⁶⁰ Cass., sez. VI, 8 febbraio 2022, cit., n. 7069, in motivazione.

⁶¹ Cfr. Corte cost., 8 maggio 2009, n. 142, in *Giur. cost.*, 2009, p. 1545, dove si è affermato che, nella descritta ipotesi, l'irregolarità del fascicolo depositato equivale ad omesso deposito, con la conseguenza della inutilizzabilità degli atti e dei documenti non trasmessi, secondo la prevalente giurisprudenza di legittimità, o addirittura della nullità *ex art. 178, comma 1, lettera c), c.p.p.*, ove si ritenesse, secondo altro orientamento interpretativo, che l'attività difensiva è in concreto compromessa dalla mancata conoscenza degli elementi di indagine (Cass., sez. I, 23 dicembre 1999, n. 14588, in *C.E.D.* n. 216204-01). Sul punto, cfr. G. DI PAOLO, *Verso un processo penale telematico?*, in ID. (a cura di), *Trasformazioni della giustizia. Norme, organizzazione, tecnologie*, Trento, 2024, p. 63.

relativa comunicazione è comunque pervenuta al giudice per premura del personale di cancelleria, in quanto in tale ipotesi «può ritenersi raggiunta la finalità dell'autore dell'invio»⁶². È interessante notare come la Cassazione argomenti tale conclusione «sulla base dei principi generali della strumentalità delle forme degli atti processuali e del raggiungimento dello scopo dell'atto, declinato nell'art. 156 c.p.c., comma 3, principio che ha ormai assunto una valenza generale e che trova applicazione anche nel processo penale», nonché facendo riferimento al precedente espresso dalle Sezioni unite nella sentenza *Bottari* del 2021⁶³, ove si è ritenuto produttivo di effetti l'atto che, ancorché depositato presso ufficio diverso, sia tempestivamente pervenuto all'ufficio che sarebbe stato competente a riceverne il deposito. Il medesimo principio è stato affermato anche da un successivo arresto, il quale ha escluso la nullità del deposito all'indirizzo PEC errato in un'ipotesi in cui la cancelleria abbia trasmesso a propria volta l'atto all'indirizzo PEC corretto, affermando peraltro la doverosa rimessione in termini del depositante che sia stato indotto in errore da comunicazioni interlocutorie da parte delle cancellerie penali⁶⁴.

Una posizione antitetica al descritto orientamento “antiformalistico” è stata assunta da alcune successive pronunce della Cassazione⁶⁵, le quali, per la rilevanza che assumono nella riflessione che si svolgerà nell'immediato prosieguo, meritano di essere richiamate per ampi stralci. Si è in particolare affermato che «l'art. 87-*bis* del d.lgs. n. 150 del 2022 [il quale detta la disciplina transitoria per la presentazione telematica dell'atto di impugnazione] prevede uno specifico caso di inammissibilità, che, ad avviso del collegio, non può essere oggetto di interpretazioni dirette a valorizzare la capacità del deposito illegittimo di raggiungere, in ipotesi “sostanzialmente”, lo scopo a cui l'atto è diretto. Le ragioni di tale scelta ermeneutica si dipartono dall'art. 12 preleggi, che nel dettare le principali regole di interpretazione, dispone che nell'applicare la legge “non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore”. Ritenere che sia ammissibile il ricorso depositato presso un indirizzo di posta elettronica non abilitato a

⁶² Cass., sez. VI, 12 aprile 2021, n. 28679, in *Dir. & giust. (online)*, 3 luglio 2021.

⁶³ Cass., sez. un., 24 settembre 2020, n. 1626, Bottari, in *C.E.D.* n. 280167.

⁶⁴ Cass., sez. V, 26 aprile 2022, n. 26465, in *Dir. & giust. (online)*, 11 luglio 2022.

⁶⁵ Cass., sez. II, 21 febbraio 2024, n. 11795, in *DeJure (online)*; Cass., sez. IV, 14 novembre 2023, n. 48804, in *Cass. pen.*, 2024, 4, p. 1272.

riceverle potrebbe – come dedotto – derivare da una valorizzazione del *favor impugnationis*, ovvero del diritto fondamentale dell'imputato ad impugnare. La valorizzazione di tale regola non può, tuttavia, tradursi nell'attribuzione al diritto vivente di una potestà integrativa della *voluntas legis*, né quindi consentire l'individuazione di diverse forme di presentazione del ricorso rispetto a quelle volute dal legislatore. In presenza di un univoco tenore letterale della norma deve ritenersi precluso il ricorso ad un'interpretazione "adeguata". Mentre nel caso di dubbio circa la sua conformità ai principi costituzionali o convenzionali internazionali, si dovrebbe necessariamente lasciare spazio unicamente al sindacato costituzionale. Si è già rilevato, infatti, che la stessa Corte EDU riconosce agli Stati ampio margine di apprezzamento, tale da consentire anche la imposizione di requisiti formali rigorosi per l'ammissibilità dell'impugnazione, ma a condizione che le restrizioni applicate non limitino l'accesso aperto all'individuo in una maniera o a un punto tali che il "diritto ad un tribunale" risulti pregiudicato nella sua stessa sostanza (in tal senso, Corte Edu, *Garda Manibardo c. Spagna*, n. 38695/97, § 36; *Mortier c. Francia*, n. 42195/98, § 33 e *Trevisanato c. Italia*, n. 32610/07, § 36). È vero che le Sezioni unite "Bottari" hanno affermato che solo l'inosservanza del termine di presentazione determina l'inammissibilità del ricorso, mentre se l'impugnazione è presentata presso un "ufficio diverso" da quello indicato dalla legge, il ricorrente si assume il rischio che la stessa sia dichiarata inammissibile per tardività, in quanto la data di presentazione rilevante ai fini della tempestività è quella in cui l'atto perviene all'ufficio competente a riceverlo. Tale interpretazione valorizza il sostanziale "raggiungimento dello scopo" di una impugnazione cautelare irrispettando presentata nella cancelleria del giudice non competente a riceverla, ma tempestivamente trasmessa a quella del giudice competente: essa è, tuttavia, riferita al deposito in luoghi "fisici" e non a quello in luoghi "telematici". Il "percorso telematico" del ricorso risulta, ad oggi, disciplinato analiticamente dal legislatore, che ha individuato sia le caratteristiche dell'indirizzo di posta emittente (quella certificata del difensore), che dell'indirizzo di posta ricevente (individuato dal DGSIA). Pur nella consapevolezza dell'esistenza di un contrario orientamento, a parere del collegio, la previsione di un nuovo sistema di comunicazione tra parti ed uffici giudiziari è sorretta da una *ratio* di semplificazione delle comunicazioni e di accelerazione degli incombeni di cancelleria che osta ad ogni intervento interpretativo che attenui il rigore delle cause di inammissibilità individuate tassativamente dal legislatore. Proprio in considerazione del fatto

che il legislatore ha previsto la massima sanzione processuale per il mancato adempimento delle regole imposte in materia di presentazione dell'impugnazione, non risultano percorribili interpretazioni abroganti o latamente correttive, che valorizzando l'idoneità della notifica al "raggiungimento dello scopo", invece che orientare verso la semplificazione si risolvono nella complicazione dell'accertamento processuale e nella dilatazione dei relativi tempi di definizione. Legittimare la possibilità di scrutinare, caso per caso, l'"effettività" dell'inoltro del ricorso presso indirizzi di posta non abilitati implicherebbe, infatti, l'affidamento della legittimità della progressione processuale ad imprevedibili – in quanto non imposti dal legislatore – controlli della cancelleria su caselle di posta non abilitate al ricevimento delle impugnazioni. E, in tal modo, si contravviene alla *ratio* di semplificazione delle comunicazioni e di accelerazione dell'*iter* processuale che informa la revisione delle regole del processo penale effettuata dal d.lgs. n. 150 del 2022»⁶⁶.

Insomma, perlomeno secondo questa importante sentenza, uno dei portati della riforma "Cartabia" sarebbe rappresentato proprio dalla necessità di un rafforzamento delle esigenze di tipicità delle regole procedurali telematiche, e di stretta tassatività delle relative fattispecie di nullità, al fine di raggiungere gli obiettivi di semplificazione e accelerazione che informano l'introduzione del processo telematico. Il tempo dirà se la transizione digitale produrrà effettivamente un ritorno ad un rigorismo giurisprudenziale in un contesto ancora predominato in larga parte da approcci creativi e antiformalistici alla tematica delle nullità processuali, come si tenterà di dimostrare attraverso la ricognizione che ora ci si appresta ad effettuare.

⁶⁶ Cass., sez. II, 21 febbraio 2024, n. 11795, cit., in motivazione.

Sez. II

Le nullità nella giurisprudenza

7. *La crisi della legalità processuale e la giurisprudenza “creativa”.*

Trasferire l'indagine dall'“dover essere” all'“essere” delle nullità processuali penali significa, come è stato efficacemente affermato, approdare «dal cielo della dogmatica alle questioni più roventi che ci coinvolgono nell'esperienza»⁶⁷.

Si tratta di un'esperienza concreta connotata oggi da una profonda crisi della legalità processuale⁶⁸, dalla quale emerge un «diritto processuale penale liquido, altamente deformabile dall'intervento giurisprudenziale, in balia delle più disparate suggestioni europee, retto da principi ritenuti, a torto, obsoleti e, quindi, resi malfermi, costantemente esposto alla smania del caso singolo»⁶⁹.

Si versa in un contesto nel quale il processo penale e le sue forme non sono più ritenuti una garanzia dal potere e un limite ai suoi possibili abusi, ma un ostacolo alla realizzazione della giustizia in concreto. Riemerge, così, il «fascino del pregiudizio effettivo»⁷⁰, nascono le «nullità moderne»⁷¹, il “giusto processo regolato dalla legge” si fa “equo *nonostante* la legge”, le violazioni sono “compensate” e le regressioni procedimentali “abolite”. Emerge, in buona sostanza, una «giustizia senza commi»⁷². «Inutile dunque

⁶⁷ E. AMODIO, *Crisi della legalità processuale, filosofia della rassegnazione e autorevolezza dei giuristi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 432.

⁶⁸ Sulla crisi della legalità processuale, cfr. E. AMODIO, op. cit., p. 432 ss.; ID., *Il processo penale tra disgregazione e recupero del sistema*, in *Ind. pen.*, 2003, p. 7 ss.; N. GALANTINI, *Considerazioni sul principio di legalità processuale*, in *Cass. pen.*, 1999, p. 1989 ss.; O. MAZZA, *Il principio di legalità nel nuovo sistema penale liquido*, in *Giur. cost.*, 2012, p. 3464 ss.; D. NEGRI, *Splendori e miserie della legalità processuale. Genealogie culturali, ethos delle fonti, dialettica tra le Corti*, in *Arch. pen.*, 2017, p. 421 ss.; M. NOBILI, *Principio di legalità, processo, diritto sostanziale*, in ID., *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova, 1998, p. 181 ss.

⁶⁹ O. MAZZA, *Il principio di legalità nel nuovo sistema penale liquido*, cit., p. 3467.

⁷⁰ Per questa espressione, v. E. AMODIO, *Il fascino ingannevole del pregiudizio effettivo (a proposito di abuso del processo)*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 3596 ss.; O. MAZZA, *Il pregiudizio effettivo fra legalità processuale e discrezionalità del giudice*, in *Giust. pen.*, 2015, p. 698 ss.

⁷¹ F.M. IACOVIELLO, *La cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, Milano, 2013, p. 135 ss.

⁷² M. NOBILI, *L'immoralità necessaria. Citazioni e percorsi nei mondi della giustizia*, Bologna, 2009, p. 272. A questo proposito, non si può non evocare la sinistra immagine dell'“impiccagione del comma”, ossia del simbolo dell'odiato diritto scritto, celebrata dai giovani *Referendare* (magistrati)

[...] affannarsi a rintracciare la fattispecie legale astratta nella quale sussumere la fattispecie concreta: ormai bastano i principi a guidare la mano del giudice»⁷³.

Un giudice, dunque, che non si limita ad essere diligente interprete e applicatore della legge, ma si tramuta in un “giudice legislatore”⁷⁴ che crea nuove fattispecie legali con la deferente compiacenza di colui che è stato definito, specularmente, un “legislatore giudice”⁷⁵, pronto a tradurre in legge gli esiti della creazione giurisprudenziale. Del resto, «che la presunta interpretazione del diritto vigente collimi [...] con una proposta *de iure condendo*, è probabilmente la miglior conferma della natura schiettamente creativa dell’intervento della Cassazione»⁷⁶.

Nelle pagine che seguono si darà conto della descritta tendenza al creazionismo giurisprudenziale, a partire dagli orientamenti che operano una sostanziale abrogazione o restrizione delle fattispecie di nullità codicistiche.

nazional-socialisti nel 1933, quale atto fondativo di un nuovo “creazionismo” giurisprudenziale di ispirazione *völkisch*: ciò a perenne monito del fatto che, come affermava Forsthoff, ogni deviazione da criteri legali di giudizio rappresenta una “cambiale” per il futuro, il cui presentatore potrebbe avere valori incompatibili con il nostro attuale sistema assiologico.

⁷³ F. CAPRIOLI, *Il giudice e la legge processuale: il paradigma rovesciato*, in *Ind. pen.*, 2017, p. 967-968, per il quale la legalità processuale «deve fare i conti con la diffusa convinzione che le norme di rito abbiano una connotazione eminentemente pratica, siano una sorta di manuale di istruzioni a basso contenuto di vincolatività (norme che servono per raggiungere uno scopo e che indicano una delle strade per raggiungerlo, ma in fondo non vietano a chi le deve applicare di orientarsi diversamente, sia pure nel rispetto di determinati principi)».

⁷⁴ La fortunata espressione è tratta da F. CORDERO, *Procedura penale* (1983), cit. in p. 887 ss. Sul fenomeno del “giudice legislatore” cfr., fra gli altri, V. MANES, *Prometeo alla Consulta: una lettura dei limiti costituzionali all’equiparazione tra “diritto giurisprudenziale” e “legge”*, in *Giur. cost.*, 2012, p. 3474 ss.; F. CAPRIOLI, *op. cit.*, p. 967 ss.

⁷⁵ L’espressione è di E. CRIPPA, *Fondamento costituzionale delle nullità e consenso nei riti speciali*, in *Arch. pen.*, 2018, p. 10. Sulla giurisprudenza come principale fonte di ispirazione legislativa, cfr. L. MARAFIOTI, *Riforme-zibaldone, legislazione “giurisprudenziale” e gestione della prassi processuale*, in *Proc. pen. giust.*, 2017, p. 554 ss.

⁷⁶ O. MAZZA, *Il garantismo al tempo del giusto processo*, Milano, 2011, p. 54. Il riferimento è al progetto di legge della “Commissione Riccio” ma, come si avrà modo di vedere, le stesse considerazioni sono valide oggi anche con riferimento alla recente Riforma “Cartabia”, nella misura in cui quest’ultima ha proceduto alla positivizzazione di alcuni approdi giurisprudenziali “creativi”.

8. *Giurisprudenza “abrogativa/restrittiva” delle nullità codicistiche. Dalla nullità assoluta al regime intermedio e dalle nullità intermedie al regime relativo.*

Il primo a parlare di «giurisprudenza creativa» nel contesto delle riflessioni sul processo penale fu Franco Cordero, all’interno del fondamentale contributo *Nullità, sanatorie, vizi innocui* del 1961⁷⁷, nel quale egli, al termine della propria indagine, evidenziava l’emergere di una «tendenza [giurisprudenziale] di diritto libero, il cui frutto si rintraccia nella creazione di fattispecie extralegali» da parte dei giudici⁷⁸.

La critica dell’Autore si rivolgeva, in particolare, ad una sentenza della Corte di cassazione che aveva ritenuto irrilevante il vizio di un decreto di citazione notificato all’imputato con l’inesatta indicazione del giorno di udienza, in quanto l’errore non aveva comunque impedito al destinatario della notifica di avere «piena ed esatta conoscenza» della data di celebrazione del dibattimento⁷⁹.

«Qui si forza il dettato delle norme» – avvertiva l’Autore – «ed addirittura si adombra un’asserita irrilevanza del mezzo formale rispetto al risultato della conoscenza, che il difensore o la parte per avventura abbiano avuto del contenuto d’un certo atto: quasi che la legge faccia dipendere l’effetto giuridico da un concreto evento psicologico – in sé e per sé indifferente – anziché da una perfetta realizzazione dell’*iter* procedurale, in cui consiste il procedimento notificativo»⁸⁰.

A distanza di più sessant’anni, le parole dell’illustre Autore suonano ancora attualissime, in un contesto giurisprudenziale, tuttavia, profondamente mutato: oggi la predetta “tendenza” appare piuttosto configurarsi nei termini di un orientamento consolidato e, peraltro, in fase di progressiva, e apparentemente inarrestabile, espansione.

⁷⁷ F. CORDERO, *Nullità, sanatorie, vizi innocui*, cit., p. 728.

⁷⁸ F. CORDERO, *Nullità, sanatorie, vizi innocui*, cit., p. 728.

⁷⁹ Cass., sez. II, 15 luglio 1960, Viganò, in *Riv. it. dir. pen.*, 1961, p. 897, con nota di G. LOZZI, *Sui tentativi di ampliare la possibilità di sanatoria delle nullità assolute*, ivi, il quale è parimenti critico nei confronti della pronuncia: «finché nel nostro codice permarrà, così come è ora, il regime delle nullità assolute, il prezzo che l’economia processuale deve pagare al rispetto della volontà legislativa non consente riduzioni di sorta: *dura lex sed lex*» (p. 903).

⁸⁰ F. CORDERO, *Nullità, sanatorie, vizi innocui*, cit., p. 728.

Per rendersene conto basti considerare anzitutto l'evoluzione giurisprudenziale concernente proprio la qualificazione della notificazione irrituale della *vocatio in iudicium*, a partire dalla quale si intende iniziare la presente ricognizione.

Per lungo tempo la dottrina e la giurisprudenza sono state tendenzialmente allineate nell'affermare l'equivalenza fra l'"omessa citazione" e la citazione effettuata per mezzo di una notifica nulla⁸¹.

Fino ai primi anni del nuovo millennio, infatti, la giurisprudenza consolidata – salve, come visto, alcune sporadiche "deviazioni" – ha ritenuto che qualsiasi invalidità della notificazione della *vocatio in iudicium* costituisse una nullità assoluta ai sensi dell'art. 179 comma 1 c.p.p., consentendo che tale vizio fosse rilevato per la prima volta nel giudizio di legittimità, e ciò anche a prescindere dalla circostanza per la quale l'imputato avesse a suo tempo avuto cognizione tempestiva dell'udienza, nonostante l'invalidità della comunicazione⁸².

Tale primigenio orientamento rivelava un ragionamento giudiziario basato su un approccio puramente formale condotto secondo il cosiddetto principio di fattispecie, avente ad oggetto cioè la sola valutazione di conformità dell'attività al paradigma legale, senza alcuna valutazione "fattuale" relativa all'effettiva conoscenza della *vocatio* da parte del soggetto destinatario.

Una parte della giurisprudenza coeva, invece, considerata l'esistenza della sanatoria speciale di cui all'art. 184 comma 1 c.p.p., ha diversamente operato una distinzione fra vizi della notifica qualificabili come "omessa citazione", e come tali insanabili per tutta la durata del processo, e forme di invalidità della stessa riconducibili al regime intermedio di cui all'art. 178 comma 1 lett. c) c.p.p., suscettibili di sanatoria speciale ai sensi dell'art. 184 comma 1 c.p.p. e generale di cui all'art. 183 c.p.p., nonché soggette alle regole di deducibilità e ai termini di rilevabilità di cui agli artt. 182 e 180 c.p.p.⁸³. Si noti che tale operazione è stata condotta dai giudici pur sempre secondo un canone interpretativo "formale" (sebbene meno "formalistico"), consistente in un giudizio di

⁸¹ Per la dottrina, ad esempio, cfr. O. DOMINIONI, *op. cit.*, p. 281, per il quale «un'invalida notifica equivale a una mancata citazione».

⁸² Cfr. Cass., sez. un., 9 luglio 2003, Ferrara, in *Giur. it.*, 2004, p. 2386.

⁸³ Cfr. Cass., sez. un., 27 febbraio 2002, Conti, in *Cass. pen.*, 2002, p. 2664, m. 872, con motivazione.

“gravità” del vizio, nei termini cioè di maggiore o minore difformità dell’atto di notificazione rispetto al proprio modello legale⁸⁴.

La vera e propria svolta “sostanzialistica” operata dalla giurisprudenza in materia si deve alla sentenza *Palumbo* del 2004⁸⁵, secondo la quale il discrimine fra il regime di nullità assoluto e intermedio andrebbe individuato non già sulla base di un criterio formale di maggiore o minore difformità della notifica rispetto al proprio modello legale, bensì in esito ad una valutazione della concreta idoneità di quest’ultima a determinare la conoscenza effettiva dell’atto da parte del destinatario⁸⁶.

Di talché, secondo tale impostazione, la fattispecie dell’omessa citazione dell’imputato ricorrerebbe allorquando, nel caso di specie, difetti tanto la certezza legale della conoscenza dell’atto (essendo la notifica nulla), quanto la certezza storica (l’effettiva conoscenza dell’atto da parte del destinatario), mentre si tratterebbe di nullità intermedia sanabile quando, pur essendo nulla la notifica, vi sia la certezza storica – da accertare mediante un’indagine sul fatto processuale – dell’avvenuta conoscenza da parte del destinatario dell’atto di citazione.

⁸⁴ Cfr. Cass., sez. un., 27 febbraio 2002, Conti, cit., in motivazione: «non tutte le nullità concernenti la notifica rientrano nella categoria delle nullità più gravi e, come tali, insanabili per tutta la durata del processo, ma solamente quelle che, in funzione appunto della loro gravità, possono essere equiparate all’omissione della citazione, perché non pongono il destinatario dell’atto nella condizione di conoscerne il contenuto e di apprestare, conseguentemente, la propria difesa».

⁸⁵ Cass., sez. un., 27 ottobre 2004, Palumbo, in *Cass. pen.*, 2005, p. 1148, m. 427, con motivazione e nota di M. VESSICHELLI, *Sul regime delle nullità della notificazione all’imputato dell’atto di citazione*, e in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 715 ss., con nota di A. MACRILLÒ, *Nullità derivante dalla mancata citazione dell’imputato presso il domicilio eletto*, il quale parla dell’avvenuta introduzione di una «fattispecie sussidiaria a forma libera». Sulla sentenza, cfr. anche A. DIDI, *Davvero sanabile per “raggiungimento dello scopo” la nullità per irregolare notificazione della citazione?*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 1150.

⁸⁶ Cfr. Cass., sez. un., 27 ottobre 2004, Palumbo, cit., ove si legge che «la notificazione della citazione dell’imputato effettuata presso il domicilio reale a mani di persona convivente, anziché presso il domicilio eletto, non integra necessariamente una ipotesi di “omissione” della notificazione ex art. 179 cod. proc. pen., ma dà luogo, di regola, ad una nullità di ordine generale a norma dell’art. 178 lett. c) cod. proc. pen. [...] sempre che non appaia in astratto o risulti in concreto inidonea a determinare la conoscenza effettiva dell’atto da parte del destinatario, nel qual caso integra invece la nullità assoluta e insanabile di cui all’art. 179 comma primo cod. proc. pen.». Del principio affermato dalla sentenza *Palumbo* è fatta costante applicazione fino alle più recenti pronunce, per le quali v. ad esempio Cass., sez. II, 8 gennaio 2020, n. 5479, in *Cass. pen.*, 2020, p. 3312.

Uno sviluppo di tale esegesi è rinvenibile nella successiva sentenza *Clemenzi* del 2006⁸⁷, concernente una notificazione effettuata presso il difensore domiciliatario, da ritenersi irrituale avendo l'imputato eletto diverso domicilio. Nel caso di specie, i giudici, partendo dalle premesse della sentenza precedentemente esaminata, hanno affermato l'esistenza di una vera e propria "presunzione" di conoscenza degli atti, considerato il «rapporto fiduciario intercorrente con il difensore», non superata in quanto quest'ultimo non ha addotto alcuna prova per avvalorare «l'ipotesi che l'imputato, pur contumace, non avesse avuto effettiva conoscenza del procedimento»⁸⁸.

La descritta soluzione ermeneutica, sorprendentemente, ha ricevuto un avallo "indiretto" anche da parte della Corte costituzionale, con l'ordinanza n. 159 del 2006⁸⁹, la quale ha ritenuto infondata la questione di legittimità costituzionale, sollevata con riferimento agli artt. 3 e 111 comma 2 della Costituzione, degli artt. 179 e 180 c.p.p., nella parte in cui non prevedono che le nullità afferenti alla notificazione presso il difensore di avvisi o citazioni all'imputato devono essere eccepite nei tempi e nelle forme di cui all'art. 181 comma 3 c.p.p. (nullità relativa).

Infatti, secondo il giudice delle leggi il risultato concreto che il giudice rimettente ha inteso perseguire con la dichiarazione di incostituzionalità – lamentando un

⁸⁷ Cass., sez. un., 18 dicembre 2006, *Clemenzi*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 2545, m. 694, con nota di A. DIDI, *Rapporto tra dichiarazione ed elezione di domicilio e sanatoria della nullità della notificazione*, il quale rileva come «la Corte sta visibilmente abbandonando lo schema delle nullità concepito dal legislatore negli artt. 177 s. c.p.p. per sostituirlo con uno del tutto originale ed inedito. [...] Tale indirizzo fa sì che [...] si introduca un accertamento sulla idoneità in astratto ed in concreto che non è previsto da alcuna previsione normativa né pare deducibile dal sistema [...] finendo per subordinare il regime della nullità ad una valutazione alla stregua del criterio del conseguimento dello scopo dell'atto» (p. 2554).

⁸⁸ Cass., sez. un., 18 dicembre 2006, *Clemenzi*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 975 (in motivazione). Tale impostazione trova un'eco anche nella più recente giurisprudenza, per la quale, cfr. *ex plurimis*, Cass., sez. un., 22 giugno 2017, *Tuppi*, in *C.E.D.* n. 271771. Nella sentenza da ultimo richiamata si legge, infatti, che «il ricorso per cassazione, qualora deduca la nullità della notifica di un atto, in quanto effettuata presso il difensore di fiducia, pur in assenza di rituale elezione di domicilio, deve indicare specificamente il concreto pregiudizio per il ricorrente, derivato dalla mancata conoscenza dell'atto stesso e dal non avvenuto esercizio del diritto di difesa. La sussistenza del rapporto fiduciario fa sì che l'imputato sia comunque portato a conoscenza dell'atto e non subisca alcun pregiudizio nel diritto di difesa. [Infatti,] il regime di deducibilità delle eccezioni deve accompagnarsi alla valutazione dell'incidenza e della rilevanza concreta del verificarsi della nullità, avuto riguardo all'effettivo pregiudizio determinatosi per l'imputato in relazione alla preclusione e/o alla menomazione dell'esercizio del diritto di difesa».

⁸⁹ C. cost., ord. 14 aprile 2006 n. 159, in *Cass. pen.*, 2006, p. 2426, m. 967, con motivazione e nota redazionale.

irragionevole prolungamento del processo e la possibile strumentalizzazione del vizio dell'atto da parte dell'imputato – è a ben vedere già assicurato dall'applicazione dell'indirizzo interpretativo della Corte di cassazione, secondo il quale la notificazione irrituale, ma comunque atta a garantire «la conoscenza effettiva dell'atto da parte del destinatario», ricade nel novero delle nullità di cui all'art. 180 c.p.p. e deve essere eccepita nel giudizio di primo grado.

Si vede, così, come la Corte costituzionale abbia dichiarato inammissibile il ricorso non già sulla base dell'esistenza, sul piano normativo interno, di una disposizione di legge avente il medesimo effetto di quanto richiesto nell'ordinanza di rimessione, bensì richiamando un'ermeneutica giurisprudenziale del tutto contrastante con il principio di tassatività, vanificando in tal modo il corretto obiettivo del giudice rimettente di superare il dato testuale attraverso la richiesta di un intervento manipolativo costituzionalmente orientato da parte dell'(unico) giudice delle leggi.

Un principio analogo a quello affermato dalla sentenza *Clemenzi* è stato altresì posto alla base di una sentenza successiva, relativa al caso *Scibè*⁹⁰, concernente la diversa ipotesi di notifica dell'avviso di udienza a uno solo dei due difensori dell'imputato. Anche in questo caso, i giudici hanno ritenuto che il perfezionamento della notifica con riguardo ad un solo difensore costituisca nullità sanabile a regime intermedio, sulla base del dato effettuale che è «aspetto tipico istituzionale delle cooperazione nell'esercizio della difesa [...] che fra i difensori non deve mancare un reciproco obbligo di comunicazione»⁹¹.

Coerentemente con tale valutazione “effettuale”, i difensori sono stati in tal modo considerati alla stregua di un unico soggetto processuale, con la conseguenza che la rinuncia a comparire da parte di uno solo dei due è stata ritenuta un comportamento con efficacia sanante dell'omessa notificazione nei confronti dell'altro⁹².

Appare, peraltro, particolarmente significativo che la Corte di cassazione, nella sentenza appena esaminata, richiami a supporto del proprio percorso argomentativo la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di necessario rapporto

⁹⁰ Cass., sez. un., 27 gennaio 2011, *Scibè*, in *C.E.D.* n. 249651. L'orientamento gode ancora di ottima salute, v. Cass., sez. II, 18 gennaio 2024, n. 2156.

⁹¹ Cfr. Cass., sez. un., 27 gennaio 2011, *Scibè*, cit., in motivazione.

⁹² Cfr. Cass., sez. un., 27 gennaio 2011, *Scibè*, cit., in motivazione.

informativo che deve intercorrere all'interno della posizione difensiva⁹³. I giudici hanno affermato, in particolare, che «la Corte EDU pone a carico del difensore uno specifico onere informativo, deplora la mancanza di comunicazione, nel caso di specie, tra l'imputato e i suoi avvocati»⁹⁴.

Tale riferimento appare rilevante in quanto testimonia come il richiamo improprio alla giurisprudenza “sostanzialistica” della Corte europea venga spesso utilizzato al fine di giustificare soluzioni interpretative contrastanti con le disposizioni formali di diritto interno. Di ciò si avrà modo di discorrere con maggiore approfondimento nel prosieguo.

Dalla ricognizione della giurisprudenza in materia di citazioni e avvisi irrituali emerge, dunque, un primo utilizzo del canone interpretativo del “pregiudizio effettivo”, quale criterio di giudizio idoneo ad “attrarre” violazioni sottoposte formalmente al regime di nullità assoluta nel meno gravoso regime intermedio, sebbene nessuna delle richiamate pronunce abbia mai messo in dubbio che una nullità, nel caso di specie, comunque vi fosse.

Si rinvencono, poi, una serie di sentenze che realizzano un medesimo effetto restrittivo delle nullità codicistiche, ma non già attraendo violazioni sottoposte al regime di nullità assoluta nell'alveo del meno gravoso regime intermedio, bensì sottoponendo al regime di nullità relativa violazioni che, oltre ad essere riconducibili alle ipotesi di cui all'art. 178 c.p.p., non sono neppure assistite da una specifica comminatoria di nullità. Per quanto visto, ciò si pone in palese violazione del principio di tassatività, in quanto, in assenza di prescrizioni speciali di nullità, l'alternativa che si pone all'interprete è solamente quella fra nullità generale (a regime assoluto o intermedio) ovvero mera irregolarità.

È l'ipotesi, ad esempio, della irrituale compressione ad opera del giudice dei tempi di svolgimento dell'esame e del controesame di una prova testimoniale assunta in incidente probatorio «in quanto ciò determina l'indebita limitazione del contraddittorio e la violazione del diritto di difesa»⁹⁵; nonché, dell'omessa acquisizione, nel procedimento di

⁹³ In particolare, sono richiamate le decisioni della C. eur. dir. uomo, sez. V, sent. 28 febbraio 2008, ric. 68020/01, Demebukov c. Bulgaria e C. eur. dir. uomo, grande camera, sent. 18 ottobre 2006, ric. n. 18114/08, Hermi c. Italia, spec. § 92-97.

⁹⁴ Cfr. Cass., sez. un., 27 gennaio 2011, Scibè, cit., in motivazione.

⁹⁵ Cass., sez. III, 9 gennaio 2009, n. 12991, Osaigbovo, in *C.E.D.* n. 243094.

esecuzione, del parere del pubblico ministero nel caso di dichiarazione di inammissibilità della richiesta ai sensi dell'art. 666 comma 2⁹⁶.

8.1. (*Segue.*) *L'invalidità inoffensiva (o vizio innocuo).*

Le esegesi precedentemente esaminate in materia di notificazioni irrituali offrono lo spunto per affrontare anche una differente funzione assunta dal criterio dell'effettivo pregiudizio nella giurisprudenza interna. Si allude all'impiego di tale criterio non già per "modificare" il regime di nullità di una determinata violazione processuale, ma addirittura quale forma atipica di "sanatoria".

La sentenza *Micciullo* del 2008⁹⁷ intraprende, infatti, un nuovo percorso interpretativo in materia, per il quale l'effettiva conoscenza dell'atto notificato non sarebbe solamente idonea ad "attirare" la nullità della *vocatio* nel regime della nullità intermedia, ma, ove accertata in concreto, avrebbe addirittura efficacia "sanante" della nullità dell'atto di citazione. Recita infatti la pronuncia che la nullità «deve ritenersi sanata quando risulti provato che l'errore non abbia impedito all'imputato di conoscere l'esistenza dell'atto e di esercitare il diritto di difesa ed è, comunque, priva di effetti se non dedotta tempestivamente»⁹⁸.

Come ha evidenziato la dottrina, tale sentenza ha introdotto, di fatto, una figura atipica di sanatoria per "raggiungimento dello scopo", il quale «in un sistema governato dal principio di cui all'art. 177, che esclude interpretazioni estensive o analogiche, [...] può servire, al più, come criterio di comprensione di scelte normative tassativamente

⁹⁶ Cass., sez. II, 22 marzo 2007, Adornato, in *C.E.D.* n. 236603. La considera, invece, correttamente a regime intermedio, Cass., sez. I, 3 aprile 2000, Pischedda, in *C.E.D.* 216032.

⁹⁷ Cass., sez. un., 27 marzo 2008, Micciullo, in Cass. pen., 2008, p. 4009, m. 1268.3, con motivazione e nota di G. SANTALUCIA, *La notificazione per mezzo del difensore di fiducia: ragioni ed ambito applicativo del nuovo strumento di semplificazione processuale*.

⁹⁸ Cass., sez. un., 27 marzo 2008, Micciullo, cit., 4013. Espressione del medesimo orientamento sono le più recenti sentenze Cass., sez. II, 8 gennaio 2020, Teodori, in *C.E.D.* n. 278240, la quale afferma, con riguardo alla mancata sussistenza in atti dell'avviso di ricevimento della raccomandata relativa alla notifica dell'atto, che «essa risulta sanata se sussiste in concreto la prova della conoscenza del processo da parte dell'imputato»; nonché Cass., sez. II, 15 gennaio 2015, Hosu, in *C.E.D.* n. 263829; Cass., sez. VI, 21 maggio 2013, Fanciullo, in *C.E.D.* n. 255629; Cass., sez. VI, 3 aprile 2012, Chiochia, in *C.E.D.* n. 19546.

regolamentate, ma non come elaborazione di un principio generale cui ricorrere per motivare sanatorie non previste dalla legge»⁹⁹.

Il descritto approccio “sostanzialistico”, basato un’indagine circa la lesività effettiva della violazione normativa ai fini della rilevazione delle nullità processuali, caratterizza anche altre pronunce, che di seguito si richiamano, senza alcuna pretesa di completezza.

Un’esclusione della nullità sulla base del carattere “innocuo” del vizio processuale si rinviene, ad esempio, con riferimento all’omesso rinvio dell’udienza in caso di legittimo impedimento del difensore e dell’imputato.

In particolare, con riguardo al difensore, la Corte di cassazione ha dichiarato non sussistente la nullità assoluta di cui all’art. 179 comma 1 c.p.p. nel caso in cui all’udienza, alla quale il difensore non ha potuto partecipare, non sia stata compiuta attività processuale rilevante ed incidente sulla decisione finale: «non sarebbe riscontrabile alcuna menomazione del diritto di difesa [...] qualora l’udienza si sia esaurita nel mero rinvio del processo»¹⁰⁰.

In tale circostanza, la Corte di legittimità ha sintomaticamente affermato che la «nullità non va [...] valutata in astratto, ma in relazione alla effettiva situazione processuale verificatasi. È lo stesso sistema processuale a legittimare una interpretazione delle nullità non strettamente legata all’aspetto formale, inteso quale mera constatazione della violazione della disposizione di legge [...] tanto da avere previsto la possibilità di sanatoria “per conseguimento dello scopo” proprio dell’atto nullo e da richiedere l’interesse, da riscontrarsi in termini di concretezza ed attualità, ad eccepire la nullità mediante l’impugnazione e la sua estensione agli atti processuali successivi»¹⁰¹.

Nel caso dell’imputato, in maniera del tutto analoga, la Corte ha ritenuto che il mancato intervento di quest’ultimo nell’udienza preliminare non comporti una nullità ai sensi dell’art. 178 comma 1 lett. c) c.p.p., trattandosi in concreto «di una invalidità sostanzialmente non lesiva ed innocua o, a tutto concedere, di una invalidità per così dire

⁹⁹ R. BRICCHETTI, *Nullità degli atti: il principio di tassatività all’esame dell’interpretazione giurisprudenziale*, in *Criminalia*, 2010, p. 456.

¹⁰⁰ Cass., sez. I, 17 novembre 2015, n. 479, Iero, in *C.E.D.* n. 265854, in motivazione. Per un simile orientamento cfr., altresì, Cass., sez. III, 13 maggio 2015, Calvaruso, in *C.E.D.* n. 264158.

¹⁰¹ Cass., sez. I, 17 novembre 2015, n. 479, Iero, cit., in motivazione.

‘circostritta’, che non ha avuto effetti diffusivi sull’ulteriore sviluppo del procedimento»¹⁰².

In quest’ultima pronuncia, la Corte di cassazione ha affermato che «è pur vero che, in base al vigente sistema di rito, rimane privo di rilievo, di fronte ad un atto nullo, il ricorrere di un concreto pregiudizio all’interesse protetto [...] nel contempo però non può sottacersi che lo stesso sistema legittima una lettura non rigorosamente formalistica degli effetti connessi ad un atto processuale nullo, che in concreto non ha dato luogo ad un ‘danno’ misurabile e non ha aggredito il nucleo della garanzia oggetto di tutela, ove si considerino la prevista categoria concettuale della sanatoria per “conseguimento dello scopo” e il richiesto interesse – concreto ed attuale – a fare valere la nullità e gli effetti diffusivi o no di questa»¹⁰³.

In entrambe le sentenze esaminate l’approccio “sostanzialista” è correlato ad una concezione “teleologico-funzionale” del processo penale, inteso come concatenazione di atti rilevanti non già per il fatto di integrare la propria fattispecie, ma in quanto idonei al raggiungimento di un proprio scopo (discrezionalmente individuato dal giudice). In questi termini, la sanatoria per “raggiungimento dello scopo” da fattispecie sussidiaria “tassativa” e “circostritta”¹⁰⁴ è assunta a vero e proprio “principio generale” del processo, idonea a determinare l’irrelevanza delle imperfezioni inoffensive.

Un analogo principio è stato affermato dalle Sezioni unite, a pochi mesi di distanza dalla pronuncia appena esaminata, nella sentenza *Michaeler* del 2006¹⁰⁵, in materia di violazione delle norme sul bilinguismo. La Corte di cassazione, in particolare, ha ritenuto che, nonostante le nullità derivanti dalle violazioni della disciplina sull’uso processuale della lingua siano da ritenersi assolute ed insanabili, e pertanto rilevabili d’ufficio in ogni stato e grado del procedimento, nel caso di specie non vi sarebbe stata alcuna «decisiva lesione del diritto di difesa, rilevante ai sensi dell’art. 178 comma 1 lett. c) c.p.p. [...] il

¹⁰² Cass., sez. VI, 4 maggio 2006, Battistella, in *Cass. pen.*, 2006, p. 3578, m. 1452, in motivazione. In senso analogo, v. anche le successive sentenze Cass., sez. II, 12 marzo 2008, Cattaneo, in *C.E.D.* n. 239792 e Cass., sez. V, 26 settembre 2013, Piscioneri, in *C.E.D.* n. 259033.

¹⁰³ Cass., sez. IV, 4 maggio 2006, Battistella, cit., in motivazione.

¹⁰⁴ Cfr. *supra* cap. I, § 8.1.

¹⁰⁵ Cass., sez. un., 17 ottobre 2006, Michaeler, in *Cass. pen.*, 2007, p. 2313, m. 665.1, con motivazione e nota di F. NUZZO, *I limiti oggettivi dell’appello incidentale*.

tutto pure considerando che [...] se le forme processuali sono un valore lo sono in quanto funzionali alla celebrazione di un giusto processo, i cui principi non vengono certamente compromessi da una nullità in sé irrilevante o inidonea a riverberarsi sulla validità degli atti processuali successivi»¹⁰⁶.

Non possono poi trascurarsi ulteriori pronunce concernenti le violazioni dell'art. 97 c.p.p., in tema di immutabilità della difesa d'ufficio, le quali sono ricondotte, secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, all'alveo delle nullità generali. A partire dalla sentenza *Abdellah* del 2004¹⁰⁷, infatti, si è affermato l'orientamento secondo il quale la sostituzione ingiustificata del difensore d'ufficio non comporta alcuna nullità se non vi è stata concreta lesione al diritto di difesa. In particolare, è stata ritenuta valida la designazione – pur al di fuori dei casi previsti dall'art. 97 commi 4 e 5 c.p.p. – di un difensore diverso da quello originariamente nominato, in quanto quest'ultimo non aveva svolto in concreto alcuna attività difensiva¹⁰⁸.

Nello stesso filone si situa anche una sentenza¹⁰⁹ la quale, nell'affermare che il rifiuto o l'ingiustificato ritardo del pubblico ministero nel rilascio di copie di atti al difensore è riconducibile alla nullità generale a regime intermedio ai sensi dell'art. 178 comma 1 lett. c), ne ha tuttavia condizionato la rilevazione alla dimostrazione dell'effettivo pregiudizio derivato al difensore dal mancato rilascio delle copie in questione. Ad una medesima logica appare informato anche l'orientamento secondo il quale l'indecifrabilità grafica del provvedimento del giudice, tradizionalmente considerata quale causa di nullità generale a regime intermedio ai sensi dell'art. 178 comma 1 lett. c)¹¹⁰, non costituisce nullità se la parte abbia potuto comunque richiedere in cancelleria una copia conforme dattiloscritta¹¹¹, oppure abbia tempestivamente proposto impugnazione e articolato specifiche censure, dimostrando così di averne compreso il contenuto, e il giudice abbia

¹⁰⁶ Cass., sez. un., 17 ottobre 2006, Michaeler, cit., p. 2315.

¹⁰⁷ Cass., sez. I, 2 dicembre 2004, Abdellah, in *C.E.D.* n. 230651.

¹⁰⁸ In argomento, cfr. anche la successiva sentenza Cass., sez. I, 28 maggio 2009, Adil, in *C.E.D.* 243820.

¹⁰⁹ Cass., sez. II, 19 gennaio 2021, n. 4922, in *Dir. gius. (online)*, 9 febbraio 2021.

¹¹⁰ Cfr. R.A. RUGGIERO, *Le conseguenze della indecifrabilità grafica della sentenza*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 2935 ss.

¹¹¹ Cass., sez. V, 4 ottobre 2005, n. 39247, Panza, in *C.E.D.* n. 232553.

comunque potuto esercitare il relativo sindacato¹¹². In questa medesima direzione si pone, poi, una più recente sentenza, nella quale si afferma che l'incertezza dell'orario di inizio dell'udienza camerale, che di norma dà luogo a nullità relativa, deve comunque ritenersi sanata dal «raggiungimento dello scopo», attesa la comparizione nell'udienza camerale del difensore che, pur eccependo l'irregolarità del decreto e dell'avviso di fissazione dell'udienza, comunque ha potuto esercitare la difesa nel merito¹¹³.

Meritevole di attenzione ai fini della presente ricognizione risulta, poi, la sentenza *Tanzi* del 2011¹¹⁴, concernente la nullità della sentenza pronunciata dal giudice ricusato, della quale è offerta dalla Corte di cassazione un'interpretazione insieme “espansiva” e “restrittiva”: espansiva nella misura in cui, secondo un'ermeneutica costituzionalmente e convenzionalmente orientata, la violazione dell'imparzialità è stata ricondotta alla “capacità” del giudice e sottoposta, conseguentemente, al regime della nullità assoluta di cui all'art. 179 c.p.p.; restrittiva laddove, nonostante il chiaro tenore letterale dell'art. 37 comma 2 c.p.p., essa è stata ritenuta operante esclusivamente nel caso in cui la ricusazione proposta sia successivamente accolta dal giudice competente.

Emerge, anche in questo caso, l'applicazione di un canone interpretativo “effettuale” da parte della Corte di cassazione, teso a limitare la portata dell'inosservanza della disposizione di cui all'art. 37 comma 2 c.p.p., pur chiara nella sua formulazione, in considerazione di una valutazione *ex post* circa l'esito concretamente offensivo nei confronti del principio di imparzialità conseguente alla decisione sulla ricusazione.

In altri casi, la Corte di cassazione ha fatto riferimento al “pregiudizio effettivo” quale canone ermeneutico finalizzato a escludere già “in astratto” la configurabilità di una nullità. Ad esempio, si è sostenuto che la formale omissione della dichiarazione di contumacia non è riconducibile ad alcuna categoria di nullità generale, non comportando alcun pregiudizio effettivo ai fini dell'intervento e dell'assistenza dell'imputato, al quale competono i diritti processuali connessi alla situazione di contumacia¹¹⁵.

¹¹² Cass., sez. III, 17 settembre 2020, n. 35715, Riccardi, in *C.E.D.* n. 280694.

¹¹³ Cass., sez. II, 14 settembre 2023, n. 42342, in *Cass. pen.*, 2024, p. 1269.

¹¹⁴ Cass., sez. un., 27 gennaio 2011, *Tanzi*, in *C.E.D.* n. 249735.

¹¹⁵ Cass., sez. I, 11 dicembre 2013, Di Pietra, in *C.E.D.* n. 258741.

Un altro gruppo di sentenze ammette, poi, una sorta di principio di “compensazione” *ex post* delle carenze e violazioni processuali relative al diritto di difesa, rispetto al quale non possono non rilevarsi importanti assonanze con il giudizio effettuato dalla Corte europea in materia di “contraddittorio riequilibrato”¹¹⁶. Secondo tale principio, in particolare, una nullità testuale può ritenersi “sanata” se il processo ha comunque successivamente garantito il recupero della lesione del diritto di difesa.

In un primo caso, la Corte di cassazione ha ritenuto che le conclusioni rassegnate dal pubblico ministero prima che il giudice di primo grado si ritiri per la deliberazione non costituiscano, per quanto tardive, causa di nullità ai sensi dell’art. 523 c.p.p., «quando la parte sia stata posta nella condizione di interloquire nuovamente sulle richieste avanzate»¹¹⁷.

Nella medesima prospettiva si situa l’orientamento secondo il quale non sussiste la nullità di cui all’art. 178 comma 1 lett. c) c.p.p. quando la formazione del fascicolo del dibattimento avvenga in assenza del contraddittorio delle parti, in considerazione del fatto che l’udienza di cui all’art. 431 c.p.p. «non comporta preclusioni e non pregiudica in alcun modo le esigenze della difesa, in quanto tutte le questioni in essa proponibili possono essere proposte nella fase preliminare del dibattimento ex art. 491 c.p.p.»¹¹⁸. In altra sentenza si è affermato che l’ordinanza con la quale il giudice dell’udienza preliminare ha rigettato la richiesta difensiva di accedere a supporti audiovisivi che erano stati indicati fra gli elementi probatori a sostegno della richiesta di rinvio a giudizio, ancorché affetta da nullità assoluta ex art. 178 comma 1 lett. c) c.p.p., è sanata qualora nel giudizio abbreviato il supporto sia stato acquisito e su di esso sia stata espletata una perizia nel contraddittorio delle parti¹¹⁹.

Un’applicazione particolarmente rilevante di un principio di “compensazione” emerge, altresì, con riguardo ad alcune pronunce concernenti le nullità in materia di atti propulsivi, la cui sanatoria è ammessa riconoscendo all’organo giudicante un ruolo

¹¹⁶ Sul quale v. *infra* cap. III.

¹¹⁷ Cass., sez. VI, 4 febbraio 2015, Bilacaj, in *C.E.D.* n. 264179.

¹¹⁸ Cass., sez. II, 3 dicembre 2013, Mitidieri, in *Cass. pen.*, 2014, p. 3846, m. 741. In senso difforme cfr. sez. I, 8 novembre 2007, Sommer, in *C.E.D.* n. 239187, che riconduce l’invalidità in oggetto al regime delle nullità intermedie.

¹¹⁹ Cass., sez. I, 18 dicembre 2013, n. 4429, in *Cass. pen.*, 2014, 11, p. 3844.

“correttivo” e “integrativo” delle carenze difensive, del tutto incompatibile con la neutralità metodologica che dovrebbe caratterizzarne l’azione¹²⁰. In queste ipotesi, l’attività “creativa” della giurisprudenza non si limita alla previsione di una sanatoria atipica delle violazioni processuali (in quanto compensata da meccanismi strutturali del processo), ma giunge al riconoscimento di poteri giurisdizionali del tutto inediti rispetto al dettato codicistico.

In questo contesto, rilevano anzitutto i vizi derivanti da una formulazione generica o alternativa dell’imputazione, in violazione dell’art. 417 comma 1 lett. b) c.p.p., il quale richiede che quest’ultima debba essere formulata «in forma chiara e precisa».

Al netto della controversa qualificazione di tale forma di nullità¹²¹, appare particolarmente rilevante ai nostri fini la sentenza *Battistella* del 2007¹²², con la quale le Sezioni unite hanno dichiarato l’abnormità di un provvedimento con cui il giudice per l’udienza preliminare ha disposto la restituzione degli atti al pubblico ministero per la genericità o l’indeterminatezza dell’imputazione, senza un previo invito alla precisazione¹²³.

Tralasciando per il momento il riferimento alla categoria dell’“abnormità”¹²⁴, la sentenza appare significativa nella parte in cui affida al giudice un ruolo “rimediale” della lacunosità originaria dell’imputazione, attraverso una vera e propria

¹²⁰ Cfr. F. CASSIBBA, *L'imputazione e le sue vicende*, in G. UBERTIS, G.P. VOENA (diretto da), *Trattato di procedura penale*, XXI, Milano, 2016, p. 124.

¹²¹ La dottrina, in particolare, discute se essa rientri nella lettera *c* o *b* dell’art. 178 comma 1 c.p.p., ovvero se debba considerarsi soggetta al regime relativo, in quanto concernente gli atti dell’udienza preliminare *ex art.* 180 c.p.p.

¹²² Cass., sez. un., 20 dicembre 2007, *Battistella*, in Cass. pen., 2008, p. 2310 ss., m. 714.3, con motivazione e note di L. PISTORELLI, *Imputazione generica o indeterminata e poteri del giudice dell’udienza preliminare nell’interpretazione delle Sezioni Unite della Cassazione*, e C. MARINELLI, *La genericità o indeterminatezza dell’imputazione nella fase dell’udienza preliminare*, nonché in Cass. pen., 2009, p. 632 ss., m. 170, con nota di L. LOMBARDO, *Restituzione degli atti al p.m. disposta dal g.u.p. per indeterminatezza dell’imputazione*.

¹²³ Secondo la massima della pronuncia: «è affetto da abnormità il provvedimento con cui il giudice dell’udienza preliminare dispone la restituzione degli atti al pubblico ministero per genericità o indeterminatezza dell’imputazione, senza avergli previamente richiesto di precisarla, poiché, alla luce del principio costituzionale della ragionevole durata del processo, è configurabile il vizio dell’abnormità in ogni fattispecie di indebita regressione del procedimento in grado di alterarne l’ordinata sequenza logico-cronologica».

¹²⁴ Della quale si tratterà *infra* § 9.2.

“strumentalizzazione” dell’art. 423 c.p.p., il quale, da istituto funzionale a garantire la corrispondenza dell’imputazione a quanto emerge dagli atti, è divenuto «quasi [...] una causa di sanatoria non codificata»¹²⁵, in tal modo «mescolando [...] le funzioni caratteristiche dell’accusa con quelle proprie della giurisdizione»¹²⁶.

Tale conclusione è sostenuta dalla Corte di cassazione attribuendo all’udienza preliminare, nella sua nuova configurazione successiva alla riforma del 1999, la funzione di fase processuale ove è possibile compensare, anche attraverso l’attività del giudice, ogni carenza relativa all’imputazione, a tutto discapito della legalità processuale, e nella quale, come è stato persuasivamente notato, il ruolo dell’organo giudicante «parrebbe più orientato all’approccio correttivo tipico della giurisdizione volontaria che non a quello di terzo estraneo della giurisdizione litigiosa»¹²⁷.

A testimonianza del rilevato fenomeno del “legislatore giudice”¹²⁸, va rimarcato che lo “schema Battistella” è stato da ultimo codificato con il d.lgs. 150 del 2022 (c.d. Riforma Cartabia), il quale, interpolando l’art. 421 comma 1 c.p.p., il legislatore delegato ha previsto che nell’udienza preliminare, una volta conclusi gli accertamenti relativi alla costituzione delle parti, se rileva una violazione dell’art. 417, comma 1 lettera b), il giudice, sentite le parti, invita il pubblico ministero a riformulare l’imputazione. Qualora il pubblico ministero non provveda (o vi provveda non adeguatamente), «il giudice, sentite le parti, dichiara anche d’ufficio la nullità della richiesta di rinvio a giudizio e dispone, con ordinanza, la restituzione degli atti al pubblico ministero».

In altri termini, la riforma Cartabia ha stabilito in capo al giudice dell’udienza preliminare l’obbligo di esperire un tentativo di sanatoria delle imperfezioni della richiesta di rinvio a giudizio, ogniquale volta l’atto imputativo non rispetti i crismi di chiarezza

¹²⁵ F. CASSIBBA, *Nullità della richiesta di rinvio a giudizio per genericità dell’imputazione*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 1182.

¹²⁶ C. VALENTINI, *Imputazione e giudice dell’udienza preliminare*, in *Giur. it.*, 2002, p. 440. O. MAZZA, *Il garantismo al tempo del giusto processo*, cit., p. 46, rileva che «un organo giurisdizionale che impone al pubblico ministero di precisare o completare l’imputazione, magari indicando anche i termini esatti dell’intervento da eseguire, partecipa attivamente alla costruzione dell’accusa e finisce per giocare un ruolo che non gli è proprio».

¹²⁷ M. CAIANIELLO, *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nelle invalidità processuali penali*, Bologna, 2012, p. 51.

¹²⁸ Ossia del legislatore che “insegue” l’elaborazione giurisprudenziale.

e precisione prescritti dalla lett. *b)* dell'art. 417 c.p.p.¹²⁹, attraverso un invito rivolto al pubblico ministero a riformulare l'imputazione, previa discussione delle parti¹³⁰. Solamente nel caso in cui il pubblico ministero non proceda alla precisazione del capo di imputazione, il giudice potrà pronunciare anche d'ufficio la nullità della richiesta di rinvio a giudizio e restituire gli atti al rappresentante dell'accusa per la sua riformulazione.

Se il meccanismo delineato dal novellato art. 421 comma 1 c.p.p. rappresenta senz'altro una soluzione disarmonica rispetto al sistema, è chiaro che esso risponde alla volontà legislativa di riportare nell'alveo della tipicità iniziative giurisprudenziali che, pur animate da meritevoli esigenze di concentrazione processuale, si pongono in tensione con il fondamentale canone di tassatività delle nullità processuali. Ciò anche con l'effetto di escludere *per tabulas* l'estensione dello "schema Battistella" alla successiva fase dibattimentale¹³¹, riservando *ex lege* alla sola fase dell'udienza preliminare il momento di stabilizzazione dell'incriminazione¹³².

Lo "schema Battistella" è stato recepito dal legislatore anche con riferimento all'udienza di comparizione predibattimentale di nuovo conio, così come disciplinata dall'art. 554-*bis* c.p.p., il cui comma 5 dispone che in caso di violazione dell'art. 552 comma 1 lett *c)*, ossia nel caso in cui il decreto di citazione a giudizio non contenga chiaramente e precisamente l'enunciazione del fatto e delle circostanze aggravanti o che

¹²⁹ Imperfezioni che, verosimilmente, costituiscono una nullità a regime assoluto, in quanto inerente all'iniziativa del pubblico ministero nell'esercizio dell'azione penale.

¹³⁰ Cfr. A. CABIALE - S. QUATTROCCOLO, *Un filtro più potente precede un bivio più netto: nuove possibili prospettive di equilibrio tra udienza preliminare, riti speciali e giudizio nel quadro della riforma Cartabia*, in *Giustiziainsieme.it*, 9 gennaio 2023.

¹³¹ Che pure era stata suffragata da un consistente filone giurisprudenziale creativo, fino ai più recenti arresti, fra i quali v. Cass., sez. V, 7 giugno 2022, n. 22140, in *C.E.D.* 283221.

¹³² Come ha avuto sintomaticamente modo di affermare recentemente Cass., sez. III, 28 giugno 2023, n. 28037, «è la nuova versione dell'art. 421 comma 1 c.p.p., così come delineata dal d.lgs. n. 150/2022, a legittimare l'impostazione più recentemente accolta dalla giurisprudenza. La circostanza che il legislatore, di fronte a una situazione di incertezza applicativa, abbia inteso disciplinare la descritta fattispecie con esclusivo riferimento alla fase dell'udienza preliminare rende ancora più evidente la riferibilità del meccanismo processuale solo e soltanto a tale ipotesi e non anche a quella del processo dibattimentale, apparendo diversamente inspiegabile, ove si fosse voluto estendere il meccanismo di necessaria interlocuzione anche alla fase dibattimentale, la inerzia del legislatore in ordine a tale altro momento processuale», secondo il brocardo *ubi lex voluit dixit, ubi tacuit noluit*. In argomento, v. T. RAFARACI, *Archiviazione e udienza preliminare nella riforma Cartabia*, in *Dir. pen. e proc.*, 2023, 1, p. 163 s.; M. CECCHI – E. FAILLI, *L'art. 421 c.p.p. post Cartabia osta all'operatività del 'meccanismo Battistella' in dibattimento*, in *Il Quotidiano Giuridico*, 12 luglio 2023.

possano comportare l'applicazione di misure di sicurezza, il giudice è tenuto ad invitare anche d'ufficio il pubblico ministero a riformulare l'imputazione, potendo dichiarare la nullità del decreto, e disporre conseguentemente la restituzione degli atti, solamente ove il rappresentante dell'accusa non provveda alla sanatoria dell'atto imputativo¹³³.

Anche in ordine al diverso caso relativo alla non aderenza degli atti di indagine con la descrizione del fatto e con la qualificazione giuridica assegnata, gli articoli 423 comma 1-*bis* e l'art. 554-*bis* comma 6 c.p.p. prevedono il dovere del giudice di sollecitare il pubblico ministero ad apportare le "necessarie modifiche" e, in difetto di una sua reazione positiva, di restituirgli gli atti. Ciò al fine di ridurre l'applicazione degli artt. 516 e ss. e 521 s. c.p.p. In tal caso, il provvedimento non registra alcuna invalidità, ma con la restituzione degli atti al pubblico ministero si determina comunque una regressione del processo alla fase preliminare.

Un approccio simile a quello della giurisprudenza *Battistella* è stato adottato dalla Corte di cassazione anche con riferimento alle nuove contestazioni dibattimentali (artt. 516 e 517 c.p.p.), ambito codicistico nel quale il dato normativo appare ancor più dettagliato ed espressamente presidiato dalla previsione della nullità di regime intermedio (art. 522 c.p.p.).

Come noto, sebbene il codice imponga di legare l'*emendatio libelli* alle prove acquisite in contraddittorio, la Corte di cassazione ha ritenuto che «la modifica dell'imputazione di cui all'art. 516 c.p.p. e la contestazione di un reato concorrente o di una circostanza aggravante di cui all'art. 517 c.p.p. possono essere effettuate dopo l'avvenuta apertura del dibattimento e prima dell'espletamento dell'istruzione dibattimentale, e dunque anche sulla sola base degli atti già acquisiti dal pubblico ministero nel corso delle indagini preliminari»¹³⁴.

Per giungere a tale conclusione le Sezioni unite hanno adottato un approccio prettamente sostanzialistico affidando di fatto al pubblico ministero la facoltà di "sanare" le violazioni cui egli ha dato luogo, non potendosi escludere che «se il pubblico ministero, per inerzia o per errore, abbia omesso in parte la contestazione di elementi di accusa già

¹³³ Cfr. F. LOMBARDI, *L'udienza predibattimentale nella Riforma "Cartabia": uno schema operativo con alcuni spunti di riflessione*, in *Giur. pen.*, 2022, 12, p. 5.

¹³⁴ Cass., sez. un., 28 ottobre 2008, Barbagallo, in *Cass. pen.*, 1999, p. 2074 ss., m. 986, con motivazione.

acquisiti, non possa provvedervi poi nel dibattimento, e sin dal suo inizio, apportando le necessarie modifiche all'imputazione»¹³⁵.

Anche in questo caso la disapplicazione del dato normativo appare motivata sulla base di un vero e proprio *horror regressionis*, in quanto, secondo la Corte, il rigoroso rispetto della legge «comporterebbe poi l'assurdo risultato che il giudice in presenza di una richiesta di modifica dell'imputazione sarebbe tenuto a disporre la trasmissione degli atti al pubblico ministero, ai sensi dell'art. 521 comma 2 c.p.p., perché si proceda a un nuovo dibattimento. Il ché darebbe luogo a un formalismo esasperato ed ingiustificato in assenza di violazione del diritto di difesa dell'imputato»¹³⁶.

A commento di tale conclusione (e a testimonianza della natura sovente arbitraria dei giudizi di meritevolezza operati dall'organo giurisdizionale), ci si limita solamente ad annotare che, a dispetto della valutazione del giudice, nel caso di specie era stato in realtà leso il diritto di difesa, sotto forma di diritto di accesso ai procedimenti speciali: tanto è infatti dimostrato dal fatto che il consolidarsi del predetto orientamento ha reso necessari interventi correttivi della Corte costituzionale sugli artt. 516 e 517 c.p.p., nella parte in cui non prevedevano la facoltà dell'imputato, a fronte di un cambiamento dell'accusa in dibattimento, di chiedere il patteggiamento o il giudizio abbreviato, «quando la nuova contestazione concerne un fatto che già risultava dagli atti di indagine al momento dell'esercizio dell'azione penale»¹³⁷.

Dato conto di ciò, nella prosecuzione dell'indagine occorre soffermarsi anche sul rilievo assunto dalla teoria del pregiudizio effettivo non solo con riguardo all'*an* delle invalidità, ma anche al loro *sequitur*, vale a dire alla loro idoneità a propagarsi sulle successive fasi del processo.

¹³⁵ Cass., sez. un., 28 ottobre 2008, Barbagallo, cit., p. 2074 ss.

¹³⁶ Cass., sez. un., 28 ottobre 2008, Barbagallo, cit., p. 2074 ss. Sulle vicende regressive cfr. R. DEL COCO, *La regressione degli atti nel processo penale*, cit.

¹³⁷ Cfr., ad esempio, C. cost., sent. 14 dicembre 2009, n. 333, in *Giur. cost.*, 2010, p. 3597 ss., con nota di V. MAFFEO, *Le contestazioni tardive e il giudizio abbreviato*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 2521 ss., m. 805.1, con motivazione e nota di G. TODARO, *Nuove contestazioni dibattimentali e giudizio abbreviato: una incostituzionalità attesa tra spinte antitetiche e dubbi persistenti*.

8.2. (Segue.) *L'esclusione della propagazione dell'invalidità (derivata).*

Il criterio del “pregiudizio effettivo” è stato utilizzato dalla giurisprudenza anche in funzione di esclusione della propagazione dell'invalidità (il c.d. fenomeno dell'invalidità “derivata”) ai sensi dell'art. 185 c.p.p., a mente del quale «la nullità di un atto rende invalidi gli atti consecutivi che dipendono da quello dichiarato nullo».

Tale utilizzo del criterio del pregiudizio effettivo, già ventilato dalle citate sentenze *Battistella* del 2006 e *Michaeler* del 2007, ha ricevuto compiuta sistematizzazione ad opera della sentenza *Lombardo* del 2016¹³⁸, concernente lo svolgimento di due udienze in assenza del difensore fiduciario dell'imputato, nonostante quest'ultimo avesse dedotto un legittimo impedimento e non fosse stato avvisato delle udienze.

La Corte di cassazione, in applicazione degli approdi della sentenza *Battistella* del 2006, è giunta a sostenere che, per il fatto che nelle due udienze, pur celebrate in assenza del difensore, non è stata svolta alcuna attività processuale (bensì la mera individuazione della data di fissazione di una nuova udienza), esse non possono considerarsi nulle, non avendo arrecato alcun pregiudizio all'attività difensiva.

La sentenza in esame compie anche un passo ulteriore, sostenendo che l'eventuale nullità delle udienze sarebbe in ogni caso inidonea a determinare l'invalidità “derivata” della successiva attività processuale, in quanto dall'invalida celebrazione delle due udienze non sarebbe derivata alcuna «contaminazione del successivo corso del dibattimento»¹³⁹.

Tale conclusione è supportata da un'interpretazione “sostanzialistica” del concetto di “dipendenza” ex art. 185 c.p.p. Si afferma, infatti, che tale norma «prefigura l'invalidità degli atti successivi a quello viziato in quanto ‘dipendono’ da quest'ultimo: il concetto di ‘dipendenza’ [...] non può che attribuire rilievo ad un collegamento tra atti in funzione della patologia verificatasi, caratterizzato, cioè, dal fatto che quelli successivi ‘risentono’ del vizio inficiante il precedente», concludendo così nel senso che

¹³⁸ Cass., sez. VI, 3 giugno 2016, *Lombardo*, in *C.E.D.* n. 267670.

¹³⁹ Cass., sez. VI, 3 giugno 2016, *Lombardo*, cit., in motivazione.

«l’invalidità derivata [...] si verifica solo quando gli atti precedenti abbiano effettivamente condizionato il compimento degli atti successivi»¹⁴⁰.

Ad emergere, dunque, è ancora una volta una concezione “teleologica” del processo, quale concatenazione di atti “funzionalmente” e non “strutturalmente” consequenziali: in altri termini, secondo la giurisprudenza, per aversi invalidazione “derivata” degli atti compiuti successivamente, a propagarsi non dovrà essere solamente l’invalidità (sul piano giuridico), bensì anche la concreta lesività del vizio (sul piano materiale).

9. Giurisprudenza “espansiva” delle nullità codicistiche. L’irregolarità offensiva.

Dall’analisi giurisprudenziale svolta è emerso, poi, un ulteriore utilizzo del canone del pregiudizio effettivo, “speculare” rispetto a quello delineato dai precedenti paragrafi, ma espressivo della medesima *ratio*. Come è stato osservato, infatti, «se si accettano aperture del sistema della tassatività che consentano di non dichiarare una nullità anche quando formalmente è prevista dalla legge, si possono accettare aperture del sistema quando si ampliano i casi di invalidità rispetto al catalogo legale»¹⁴¹.

In tale logica, i giudici hanno frequentemente fatto ricorso al paradigma del “pregiudizio effettivo” anche allo scopo di dichiarare nullo un atto meramente irregolare, in quanto non presidiato da alcuna ipotesi di nullità codicistica, ma concretamente lesivo del diritto di difesa, riconducendolo alla nullità generale di cui all’art. 178 comma 1 lett. c) c.p.p. (cosiddette “irregolarità offensive”).

Ad esempio, si è ritenuto che la lesione del diritto all’interprete per poter conferire con il difensore di cui agli artt. 104 comma 4-*bis* e 143 c.p.p. – non presidiato da alcuna nullità speciale – può configurare una nullità *ex art.* 178 comma 1 lett. c) se determina una effettiva lesione del diritto di assistenza dell’imputato, il quale ha l’onere di

¹⁴⁰ Cass., sez. VI, 3 giugno 2016, Lombardo, cit., in motivazione. La massima è costantemente richiamata dalla giurisprudenza successiva. Cfr. Cass., sez. II, 22 luglio 2020, De Silvio, in *C.E.D.* n. 279858, § 3.1; Cass., sez. IV, 9 ottobre 2019, Aveni, in *C.E.D.* n. 277871, § 4; Cass., sez. II, 18 giugno 2019, L., in *C.E.D.* n. 277633, § 6.

¹⁴¹ In questi termini, C. CONTI, *Nullità e inutilizzabilità: problemi attuali e prospettive di riforma*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 1657.

dimostrare in giudizio il pregiudizio subito «allegando le lacune difensive determinate dalla specifica carenza di informazione sul contenuto dell'accusa»¹⁴².

Allo stesso modo, si è affermato che la mancata traduzione della sentenza integra la nullità prevista dall'art. 178 comma 1 lett. c c.p.p. qualora l'imputato evidenzi «il concreto e reale pregiudizio alle sue prerogative derivante dalla mancata traduzione [...] dovendo, altrimenti, escludersi l'esistenza stessa della violazione, sulla base di una interpretazione teleologica della norma, che consideri assorbente la funzione dell'istituto»¹⁴³.

Nella sentenza *Vangjelaj* del 2013¹⁴⁴ la Corte ha poi affermato che l'incompatibilità del legale che abbia difeso più imputati con confliggente posizione giuridica è causa di nullità se risulti un effettivo e concreto pregiudizio alla difesa del singolo assistito. Tale orientamento è stato richiamato anche dalla successiva sentenza *Quaranta* del 2018¹⁴⁵, ove è stato affermato che gli atti compiuti dal difensore incompatibile sono nulli «se le attività defensionali poste in essere abbiano concretamente pregiudicato la posizione dell'assistito che se ne dolga, solo così potendo affermare che vi sia stata una reale lesione dei diritti di difesa, per il suo inadeguato patrocinio»¹⁴⁶.

Viene in rilievo, poi, il caso della nomina di un difensore d'ufficio immediatamente reperibile, ma non risultante tra quelli inseriti nei turni predisposti dal Consiglio dell'Ordine ai sensi dell'art. 97 comma 2 c.p.p. Anche tale ipotesi non appare presidiata da alcuna nullità, né speciale né generale; ciò nonostante, la giurisprudenza ha sostenuto che la violazione della norma in oggetto è idonea a costituire una nullità ai sensi dell'art. 178 comma 1 lett. c c.p.p., laddove la parte dimostri che l'inosservanza abbia cagionato in concreto una lesione o menomazione del diritto di difesa¹⁴⁷.

¹⁴² Cass., sez. I, 24 giugno 2015, n. 30127, Rjab, in *C.E.D.* n. 264488.

¹⁴³ Cass., sez. III, 9 dicembre 2016, Zaroual, in *C.E.D.* n. 269982.

¹⁴⁴ Cass., sez. I, 23 ottobre 2012, Vangjelaj, in *C.E.D.* n. 256448.

¹⁴⁵ Cass., sez. V, 19 aprile 2018, Quaranta, in *C.E.D.* n. 273891.

¹⁴⁶ Cass., sez. V, 19 aprile 2018, Quaranta, cit. Prosegue la pronuncia affermando che «il nuovo difensore venga nominato ai sensi dell'art. 106 c.p.p. [...] ha l'onere di verificare se vi sia stata la dedotta lesione (eventualmente chiedendo un termine per esaminare gli atti) e di proporre, se lo ritenga, quei mezzi di prova che siano atti a sanarla, restando altrimenti esclusa la ricorrenza di detto pregiudizio, per l'implicito giudizio datone dallo stesso difensore, non più incompatibile, dell'imputato, la cui strategia difensiva non è sindacabile da parte del giudice».

¹⁴⁷ Cfr. Cass., sez. III, 2 dicembre 2008, Vergati, in *C.E.D.* n. 242475, § 3.

Particolarmente sintomatica appare, inoltre, la vicenda che ha interessato l'inservanza del termine per provvedere sull'istanza di ammissione al patrocinio gratuito.

In passato, l'inosservanza di tale termine era sanzionata dall'art. 6 della l. 30 luglio del 1990 n. 217 (modificata dalla l. 29 marzo 2001 n. 134) con la nullità assoluta *ex art.* 179 comma 2 c.p.p. degli atti compiuti *medio tempore*, fino all'adozione del provvedimento sull'istanza. Nella vigenza di tale disposizione, la giurisprudenza aveva inaugurato un indirizzo esegetico "sostanzialistico" ad effetto "restrittivo", prevedendo un criterio di offensività concreta del vizio quale condizione della sua rilevanza¹⁴⁸.

Successivamente, la l. 24 luglio 2008 n. 125 ha soppresso la causa di nullità in parola, ma la giurisprudenza non ha abbandonato il suddetto indirizzo interpretativo, trasformando in tal modo il pregiudizio effettivo in un criterio di rilevazione ad effetto "estensivo". L'inosservanza del termine, si dice, costituisce una mera irregolarità, «salvo che tale omissione comporti una effettiva lesione al diritto di difesa da cui derivi una nullità riconducibile alle ipotesi espressamente previste dal codice»¹⁴⁹.

Tale vicenda evidenzia plasticamente come spesso il verificarsi di un "pregiudizio effettivo" ad un dato interesse processuale non rappresenti affatto un criterio esegetico adottato dalla giurisprudenza allo scopo di ricondurre un vizio processuale ad una causa di nullità tipica, bensì una fattispecie di invalidità autonoma, totalmente prescindente dal contesto normativo formale. In tal modo, come è stato efficacemente rilevato, «basta un attimo a trasformare tutte le affermazioni 'è sempre invalido a meno che sia non lesivo' in 'è sempre valido a meno che sia lesivo'»¹⁵⁰.

L'utilizzo del pregiudizio effettivo a fini "espansivi" delle nullità processuali non ha interessato solamente episodi di violazione della legge processuale, ma è stato anche utilizzato per qualificare come nulli atti perfettamente validi e regolari (le cosiddette "validità offensive").

Ad esempio, con la sentenza *Tetto* del 2015¹⁵¹, la Cassazione ha dichiarato la nullità dell'avviso di fissazione dell'udienza per la convalida dell'arresto inviato al difensore

¹⁴⁸ Cfr., ad esempio, Cass., sez. VI, 10 maggio 2006, Cavalera, in *C.E.D.* n. 234725.

¹⁴⁹ Cass., sez. II, 8 marzo 2017, Lakhli, in *C.E.D.* n. 269746.

¹⁵⁰ R. APRATI, *Effettivo pregiudizio e nullità*, cit., p. 115.

¹⁵¹ Cass., sez. IV, 3 dicembre 2014, Tetto, in *C.E.D.* n. 261947.

con anticipo ridotto, sebbene l'art. 390 comma 2 c.p.p. non preveda alcun termine minimo per la notifica. L'atto, pur formalmente regolare, è stato ritenuto nondimeno inidoneo a consentire la partecipazione informata del difensore all'udienza, e pertanto determinante una nullità ai sensi degli artt. 178 comma 1 lett. c), 179 comma 1 e 185 c.p.p.

In particolare, la Cassazione ha dichiaratamente rilevato la nullità «non perché non sia stato rispettato un termine minimo in realtà non previsto ma proprio per l'inidoneità dell'atto a conseguire il suo scopo e, dunque, per violazione del diritto di difesa discendente dalla *sostanziale*, ancorché non *formale*, inosservanza della norma»¹⁵².

In altri casi, la giurisprudenza ha qualificato come nulli atti adottati in violazione di termini legislativamente fissati, ancorché non presidiati da una espressa comminatoria di nullità né da alcuna statuizione di perentorietà. Ad esempio, il mancato rispetto del termine di cui all'art. 398 comma 2 lett. c c.p.p. è stato per lungo tempo ritenuto causa di nullità relativa¹⁵³; tale orientamento è stato da ultimo “ricomposto” da alcune sentenze recenti, in recuperato rispetto del principio di tassatività e dell'art. 173 comma 1 c.p.p.¹⁵⁴.

L'indirizzo da ultimo segnalato non è l'unico a riconoscere l'esistenza di nullità a regime relativo anche in assenza di speciali comminatorie in tal senso, e perciò in palese violazione del principio di tassatività. Come si è anticipato, infatti, in presenza di previsioni prive di clausole di nullità espressa, l'alternativa non può che essere quella fra nullità generale assoluta o intermedia e irregolarità. Ad esempio, sono frequentemente ritenute nullità relative la mancata autorizzazione di cui all'art. 228 comma 2 c.p.p.¹⁵⁵,

¹⁵² Cass., sez. IV, 3 dicembre 2014, Tetto, § 3.

¹⁵³ Cass., sez. II, 30 novembre 2012, n. 47845, Ferro, in *C.E.D.* 253904; Cass., sez. V, 22 novembre 2005, n. 184, Bratti, in *C.E.D.* n. 233389

¹⁵⁴ Da ultimo, Cass., sez. III, 29 novembre 2023, n. 5159, ove si legge che «nonostante la formulazione della massima – successivamente richiamata, ma senza alcun approfondimento, da sez. II, n. 47845 del 30/11/2012, Ferro – la lettura della motivazione della sentenza Bratti consente di comprendere che la Corte non affermò quel principio, limitandosi, invece, a puntualizzare che “volendo ritenere il termine a carattere cogente e non meramente ordinatorio”, questione che non viene in realtà affrontata, si sarebbe trattato di una nullità relativa che nella specie non era stata immediatamente eccepita, sicché correttamente la corte di merito aveva disatteso l'eccezione. A Parere del Collegio, tuttavia, il punto è che, per quanto detto, l'inosservanza del termine acceleratorio previsto dall'art. 398, comma 2, lett. c) c.p.p. è sprovvisto di sanzione processuale ed integra una mera irregolarità».

¹⁵⁵ Cass., sez. I, 29 dicembre 1993, Cimei, in *C.E.D.* n. 197471.

l'inosservanza dell'obbligo di sentire le parti prima di adottare la decisione di procedere "a porte chiuse" ex art. 472 c.p.p.¹⁵⁶, l'omesso avviso di deposito previsto dall'art. 366 comma 1 c.p.p.¹⁵⁷. In tutti questi casi, il ragionamento della giurisprudenza parrebbe legato alla percezione dell'imperatività del comando processuale, ritenuto incompatibile con la volontà legislativa di disporre una mera irregolarità in caso di sua violazione. Ciò, tuttavia, ancora una volta in spregio al principio di stretta tassatività delle previsioni di nullità.

9.1. (*Segue.*) *Dal regime intermedio al regime assoluto.*

In altri casi, un effetto espansivo delle nullità processuali (perlomeno quanto al loro regime) è ottenuto mediante un'interpretazione estensivo/analogica delle categorie di nullità generali a regime assoluto, al fine di attrarvi violazioni che – altrimenti – sarebbero soggette ad un regime intermedio.

Ciò si riscontra, ad esempio, nell'ambito della categoria generale dell'intervento dell'imputato e delle altre parti processuali (art. 178 comma 1 lett. c), ove la distinzione tra cause di nullità assoluta e intermedie si fonda sull'interpretazione giurisprudenziale fornita alla nozione di "citazione". Come visto, infatti, l'art. 179 c.p.p. prevede quale causa di nullità assoluta esclusivamente l'omessa citazione dell'imputato, relegando tutte le altre restanti ipotesi di mancata attuazione del diritto di intervento nella categoria delle nullità a regime intermedio. E proprio sul perimetro di estensione del concetto di citazione si sono formati indirizzi giurisprudenziali divergenti, l'uno più fedelmente ossequioso del dato testuale, l'altro teso ad estendere analogicamente la fattispecie a tutti gli atti di *vocatio in iudicium*, ove sostanzialmente assimilabili ad una citazione.

Di ciò rappresentano plastica testimonianza gli orientamenti sviluppatisi sull'omessa notificazione all'imputato dell'avviso di fissazione dell'udienza ex art. 419 comma 1 c.p.p., in relazione alla quale il successivo comma 7 dispone un'espressa comminatoria di nullità, ancorché non qualificandola quanto a regime.

¹⁵⁶ Cass., sez. III, 5 marzo 2009, Sampech, in *Cass. pen.*, 2011, p. 660.

¹⁵⁷ Cass., sez. IV, 16 settembre 2003, Della Luna, in *C.E.D.* n. 227294. Ma v. *contra* Cass., sez. III, 2 dicembre 2010, n. 12025, in *Cass. pen.*, 2012, p. 666.

Secondo un orientamento restrittivo¹⁵⁸, tale nullità rientrerebbe nel regime intermedio di cui all'art. 180 c.p.p., in quanto, anche a seguito della l. n. 479 del 1999, l'udienza preliminare manterrebbe una funzione di filtro, sicché l'avviso *ex art. 419* comma 1 c.p.p. non potrebbe in alcun modo essere assimilato, quanto a regime di invalidità, al decreto che dispone il giudizio, in ragione della diversità funzionale dei due atti nella dinamica del procedimento: in questo senso, l'art. 179 c.p.p., nel richiamare la citazione, non si riferirebbe a tutti gli atti che determinano un intervento dell'imputato (e quindi anche agli avvisi), ma solo alla citazione in senso stretto, ossia alla chiamata in sede dibattimentale, da cui il differente trattamento della nullità in caso di sua omissione¹⁵⁹. Secondo un orientamento estensivo¹⁶⁰, invece, il concetto di citazione andrebbe inteso in senso onnicomprensivo, come riferito a qualsiasi atto funzionale alla *vocatio in iudicium*, ossia genericamente propedeutico all'instaurazione del contraddittorio: da cui la sottoponibilità al regime assoluto della nullità *ex art. 419* commi 1 e 7 c.p.p.¹⁶¹.

Un'ulteriore ipotesi è rappresentata dalla categoria dell'iniziativa del pubblico ministero nell'esercizio dell'azione penale (art. 178 comma 1 lett. *b* c.p.p.), e in particolare la casistica del difetto dell'atto di impulso dell'azione penale, nell'ambito della quale un'interpretazione estensiva della Cassazione ha fatto rientrare anche la mancanza di richiesta del pubblico ministero di una misura cautelare reale¹⁶² e personale¹⁶³, nonché l'atto di impulso del pubblico ministero nel procedimento di esecuzione *ex art. 666* comma 1 c.p.p.¹⁶⁴, riconducendo entrambe le fattispecie ad una nozione di «esercizio dell'azione penale intesa in senso ampio»¹⁶⁵. Ad esso si contrappone un indirizzo restrittivo della giurisprudenza, maggiormente fedele alla lettera dell'art. 178 comma 1 lett. *b* c.p.p., il quale si riferisce all'iniziativa relativa alla sola azione penale¹⁶⁶.

¹⁵⁸ Ben rappresentato da Cass., sez. V, 9 ottobre 2013, n. 49473, Leone, in *C.E.D.* n. 257182.

¹⁵⁹ Cass., sez. V, 9 ottobre 2013, n. 49473, Leone, cit., in motivazione.

¹⁶⁰ Cfr., ad esempio, Cass., sez. un., 9 luglio 2003, n. 35358, Ferrara, in *C.E.D.* n. 225361.

¹⁶¹ Cfr. Cass., sez. un., 9 luglio 2003, n. 35358, cit., in motivazione.

¹⁶² Cass., sez. V, 5 marzo 1999, n. 1050, De Luca, in *Cass. pen.*, 2000, p. 2721.

¹⁶³ Cass., sez. fer., 6 settembre 1990, Palma, in *Cass. pen.*, 1991, 356.

¹⁶⁴ Cass., sez. I, 28 novembre 2006, n. 1839, in *Cass. pen.*, 2008, p. 681.

¹⁶⁵ Cass., sez. V, 5 marzo 1999, n. 1050, De Luca, cit., in motivazione.

¹⁶⁶ Cass., sez. III, 18 novembre 2008, n. 6901, in *Cass. pen.*, 2010, p. 269.

Ancor più creativo risulta un certo orientamento – pur minoritario – formatosi sulla nullità *ex art. 522 c.p.p.* per difetto di correlazione tra imputazione contestata e sentenza: accantonando la questione in ordine alla riconducibilità al regime assoluto (tesi maggioritaria in dottrina) o al regime intermedio (tesi maggioritaria in giurisprudenza) di tale forma di nullità, si segnalano tuttavia sentenze nelle quali essa è contemporaneamente affermata come assoluta nei confronti del pubblico ministero (*ex* articoli 178 lett. *b* e 179 comma 1 c.p.p.) e come intermedia nei confronti dell'imputato (non attenendo all'omessa citazione o all'assenza del difensore *ex art. 180*)¹⁶⁷. Si tratta di una conclusione evidentemente in contrasto con i principi generali in materia di nullità, nonché di fatto inapplicabile: se la nullità è assoluta non si pongono limiti alla sua rilevabilità d'ufficio e alla deducibilità da parte dell'interessato, così come ne è esclusa la possibilità di sanatoria.

I casi testé richiamati intendono porre l'attenzione sul fatto che, se è vero che la riconduzione di una determinata violazione alle classi generali esige un'operazione di sussunzione implicante margini più o meno ampi di discrezionalità tecnica, quest'ultima tuttavia non può fondarsi su interpretazioni basate sull'*eadem ratio* o su valutazioni di ordine sostanzialistico, volte a superare l'inequivocabile dato letterale delle disposizioni, pena la violazione del principio di tassatività. Quest'ultimo, infatti, impone non solamente di rilevare una nullità degli atti soltanto nei casi previsti dalla legge, ma altresì esige un'ermeneutica restrittiva delle fattispecie normativamente prescritte, precludendo l'applicazione *ultra moenia* dei regimi di nullità a fattispecie non sottoposte al relativo trattamento, ancorché connotate da un'omologa *ratio* o preposte alla tutela di un analogo interesse sostanziale.

9.2. (Segue.) *L'abnormità.*

In aggiunta alle ipotesi precedentemente evocate, la ricognizione dei casi di ampliamento giurisprudenziale del novero delle invalidità processuali non può trascurare una riflessione sulla categoria pretoria dell'"abnormità".

¹⁶⁷ V., ad esempio, Cass., sez. I, 15 luglio 1993, n. 8712, Papallo.

La categoria dell'abnormità rappresenta una specie di invalidità di creazione giurisprudenziale¹⁶⁸ caratteristica dei soli provvedimenti di natura giurisdizionale¹⁶⁹ e avente natura "residuale", essendo ravvisabile solamente in assenza di ulteriori rimedi assicurati dal sistema¹⁷⁰.

Essa è stata elaborata quale rimedio al principio di tassatività delle impugnazioni di cui all'art. 568 comma 1 c.p.p., al fine di assoggettare a ricorso immediato in cassazione provvedimenti *extra ordinem*, in quanto eccentrici rispetto all'intero ordinamento processuale e, perciò, imprevedibili dal legislatore. Anche per questo motivo, quest'ultimo non ha inteso tipizzare la figura in discorso, in virtù della «necessità di lasciare sempre alla giurisprudenza di rilevarne l'esistenza e di fissarne le caratteristiche»¹⁷¹.

La figura in esame si differenzia dall'inesistenza¹⁷², in quanto, mentre quest'ultima attiene al momento "genetico" dell'atto che difetta dei contenuti minimi per la sua riconducibilità a un determinato schema processuale, l'abnormità si riferisce al contenuto decisorio di un atto in relazione alla struttura evolutiva del procedimento e per definizione prescinde da una fattispecie legale di immediato riferimento (in questi termini, si può affermare che l'atto "abnorme" non nasce né valido né invalido, bensì si situa "al di là delle norme")¹⁷³. A differenza dell'inesistenza, inoltre, il vizio di "abnormità" si sana con

¹⁶⁸ Si tratterebbe di una ipotesi di «case law nell'ordinamento processuale italiano», secondo E.M. CATALANO, *Giurisprudenza creativa nel processo penale italiano e nella common law: abnormità, inesistenza e plain error rule*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, p. 299, la quale offre anche un'interessante analisi della figura in chiave comparatistica.

¹⁶⁹ Cass., sez. un., 11 luglio 2001, Chirico, in *Cass. pen.*, 2002, p. 933 ss., m. 239, con motivazione e nota di M. MERCONE, *Sulla «avocazione per analogia» delle pseudo notizie di reato*. Per l'estendibilità anche agli atti del pubblico ministero v. Cass., sez. VI, 25 agosto 2017, in *Proc. pen. giust.*, 2018, p. 80.

¹⁷⁰ Per un inquadramento generale della figura dell'abnormità, v. G. SANTALUCIA, *L'abnormità dell'atto processuale penale*, Padova, 2003.

¹⁷¹ Relazione prog. prel. c.p.p., p. 126

¹⁷² Sulla quale v. *supra* cap. I, § 6.1.

¹⁷³ Sul punto cfr. G. SANTALUCIA, *L'abnormità dell'atto processuale penale*, cit., p. 164-165: «il provvedimento abnorme è [...] tale per la sua atipicità, quindi per essere compiuto in assenza di un modello normativo di riferimento». L'A. ritiene, in realtà, che l'abnormità costituisca un atto invalido rispetto non già alla fattispecie dell'atto, bensì alla fattispecie (complessa) del processo, o perlomeno di una sua fase: «nulla allora impedisce di rapportare anche l'atto abnorme, che sia tipico e quindi compiuto in assenza di una fattispecie di immediato riferimento, alla fattispecie complessa in cui si sostanzia il tratto di attività procedimentale. La verifica, che così si pone in essere, non mira ad un risultato di corrispondenza con una

il giudicato e deve essere fatto valere secondo le forme e i termini propri di cui all'art. 585 del codice.

La dottrina e la giurisprudenza distinguono una abnormità “strutturale” degli atti, allorché essi si pongano al di fuori del sistema organico della legge processuale, e una abnormità “funzionale”, corrispondente all'impiego al di fuori delle loro finalità e implicante una stasi processuale o una regressione indebita¹⁷⁴. «L'abnormità, quindi, più che rappresentare un vizio dell'atto in sé, da cui scaturiscono determinate patologie sul piano della dinamica processuale, integra – sempre e comunque – uno sviamento della funzione giurisdizionale, la quale non risponde più al modello previsto dalla legge, ma si colloca al di là del perimetro entro il quale è riconosciuta dall'ordinamento. [...] In questa prospettiva, dunque, abnormità strutturale e funzionale si saldano all'interno di un “fenomeno” unitario»¹⁷⁵.

In tal modo intesa, l'abnormità costituisce una figura di creazione giurisprudenziale idonea ad “espandere” il novero delle invalidità di cui possono essere affetti gli atti processuali. Essa costituisce, a sua volta, lo strumento principalmente utilizzato per colpire le erronee declaratorie di invalidità e, specialmente, di nullità degli atti processuali, in quanto idonee a comportare stasi o regressioni procedurali¹⁷⁶.

Sul punto, si contrappongono nella giurisprudenza due distinti orientamenti, l'uno definito “restrittivo”, l'altro “estensivo”¹⁷⁷.

Una più originaria concezione “restrittiva” dell'abnormità qualifica come “abnorme” esclusivamente l'atto che non è espressione di alcun potere attribuito in astratto all'organo giurisdizionale (e che quindi non risulta valutabile né in termini di validità né in termini di invalidità) e che, per la singolarità e stranezza del suo contenuto, debba

fattispecie che per l'immediato riferimento manca, ma ad un risultato di compatibilità con l'effetto, o meglio con la pluralità coordinata di effetti che si collega a quella fattispecie complessa» (p. 168).

¹⁷⁴ Per la dottrina, cfr. G. SANTALUCIA, *L'abnormità dell'atto processuale penale*, cit., p. 140. Per la giurisprudenza, cfr. Cass., sez. un., 26 marzo 2009, Toni, in *C.E.D.*, n. 243590.

¹⁷⁵ Cass., sez. un., 26 marzo 2009, Toni, cit., in motivazione, la quale offre una trattazione particolarmente ampia dei diversi orientamenti della giurisprudenza in materia di abnormità.

¹⁷⁶ Cfr. M. CATALANO, *Il concetto di abnormità fra problemi definitivi ed applicazione giurisprudenziale*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, p. 1240 ss.

¹⁷⁷ Per questa distinzione cfr. Cass., sez. un., 26 marzo 2009, Toni, cit.

ritenersi avulso dall'intero ordinamento processuale, in quanto comportante stasi o regressioni procedurali inammissibili.

Secondo tale orientamento, coerentemente, «la retrocessione del procedimento di per sé non costituisce elemento decisivo ed esclusivo ai fini dell'individuazione dell'atto abnorme. Il regresso non rappresenta una causa autonoma di abnormità ed, al riguardo, deve distinguersi tra regresso tipico (consentito dalla legge), regresso illegittimo (compiuto nell'esercizio di un potere non correttamente esercitato), regresso fonte di abnormità in quanto atipico e conseguente ad atto compiuto in carenza di potere»¹⁷⁸. Conseguentemente non sono ritenute “abnormi” le dichiarazioni di nullità invalide, in quanto comunque espressione di un potere in astratto attribuito al giudice (il potere di dichiarare la nullità), che viene semplicemente esercitato illegittimamente¹⁷⁹.

A tale prospettazione si contrappone una più recente concezione “estensiva” dell'abnormità, come idonea a qualificare (e pertanto ad abilitare il ricorso immediato in cassazione) l'applicazione erronea degli istituti processuali che comportino un'indebita regressione del procedimento, pur esercitandosi un potere astrattamente attribuito al giudice, qual è quello di accertamento di una nullità, ma al di là dei casi consentiti. Si dice, in particolare, che «l'avere ritenuto una nullità non contemplata normativamente si risolve in una chiara violazione del principio di tassatività della nullità sancito ex art. 177 c.p.p., creando in via del tutto abnorme una nullità in realtà inesistente»¹⁸⁰.

In tal modo, l'indebita regressione del procedimento diviene elemento di rilievo “esclusivo” ai fini della rilevazione dell'abnormità di un atto, quando, invece, più correttamente «occorrerebbe distinguere tra regressione del procedimento dovuta all'adozione di provvedimenti che si collocano al di fuori dell'ordinamento e della struttura del sistema processuale e regressione del procedimento in conseguenza di un atto che rientri

¹⁷⁸ Cass., sez. un., 26 marzo 2009, Toni, cit.

¹⁷⁹ Cfr. Cass., sez. un., 26 marzo 2009, Toni, cit., in motivazione: «se l'atto del giudice è espressione di un potere riconosciutogli dall'ordinamento, si è in presenza di un regresso ‘consentito’, anche se i presupposti che ne legittimano l'emanazione siano stati ritenuti sussistenti in modo errato. Non importa che il potere sia stato male esercitato, giacché in tal caso esso sfocia in atto illegittimo, ma non in un atto abnorme».

¹⁸⁰ Così, si dice Cass., sez. un., 26 marzo 2009, Toni, cit, in motivazione: «è abnorme atto che per singolarità e stranezza del contenuto risulti avulso dall'intero ordinamento processuale, ovvero quello che, pur essendo in astratto manifestazione di legittimo potere, si espliciti al di fuori dei casi consentiti e elle ipotesi previste al di là di ogni ragionevole limite».

fisiologicamente nelle attribuzioni del giudice che l'ha adottato, perché solo nel primo caso e non nel secondo saremmo davanti ad un atto abnorme»¹⁸¹.

Ciò nonostante, una parte cospicua della giurisprudenza abbraccia la concezione “estensiva”, utilizzando, come visto, la figura dell'abnormità per privare di effetti regressivi dichiarazioni di nullità non consentite dall'ordinamento.

Ma non solo. L'utilizzazione di tale forma di invalidità, unitamente all'adesione ad un approccio “sostanzialistico” con riguardo alla rilevabilità delle invalidità codificate, rappresenta un formidabile strumento utilizzato dalle Sezioni unite per impedire la rilevazione legittima da parte dei giudici di alcune forme di nullità, salvando così l'efficacia dell'atto, al fine di evitare regressioni antieconomiche (pur fisiologiche). Tale indirizzo, secondo la dottrina più attenta, sarebbe espressione di un vero e proprio «*horror regressionis*» manifestato dalla giurisprudenza di legittimità¹⁸².

In questo senso la figura dell'abnormità rappresenta anche uno dei principali strumenti utilizzati dalla Corte di cassazione per “ridurre” il novero delle invalidità codicistiche, laddove si rivelino inoffensive e, perciò, esplichino un effetto ritenuto indebitamente regressivo nei confronti del procedimento¹⁸³. Insomma, «più che da una meditata riflessione sull'ambito applicativo della categoria, il riferimento all'abnormità sembra dunque dettato da una sorta di inutile dogmatismo d'imperio con cui la Cassazione tenta di sradicare ogni forma di disaccordo esegetico e ciò a costo di stravolgere il concetto stesso di atto abnorme»¹⁸⁴.

Si pensi al già citato caso *Battistella* del 2007¹⁸⁵, nel quale la Corte di cassazione ha ritenuto che la richiesta di rinvio a giudizio recante un'imputazione indeterminata o generica non sia affetta da alcuna nullità, ma anzi ha dichiarato abnorme il provvedimento con il quale il giudice dell'udienza preliminare (del tutto correttamente) aveva disposto

¹⁸¹ Cass., sez. un., 26 marzo 2009, Toni, cit.

¹⁸² O. MAZZA, *Il garantismo al tempo del giusto processo*, cit., p. 54. Su questi profili v. ancora R. DEL COCO, *La regressione degli atti nel processo penale*, cit.

¹⁸³ O. MAZZA, *Il garantismo al tempo del giusto processo*, cit., p. 45: «l'impiego di questa particolare forma di invalidità serve infatti alle sezioni unite sia per legittimare la stessa possibilità di un intervento creativo sia per sgombrare definitivamente il campo da letture divergenti timidamente proposte dai giudici di merito e da alcune pronunce di legittimità».

¹⁸⁴ O. MAZZA, *Il garantismo al tempo del giusto processo*, cit., p. 46.

¹⁸⁵ Cass., sez. un., 20 dicembre 2007, Battistella, cit.

la restituzione degli atti al pubblico ministero in virtù del rilevato vizio dell'imputazione, senza avergli richiesto previamente di precisarla, sulla base del riconoscimento in capo ad esso di un inedito potere "correttivo". Come visto, tale orientamento deve oggi confrontarsi con la novella dell'art. 421 c.p.p., intervenuta con il d.lgs. 150 del 2022, il quale dispone l'obbligo per il giudice dell'udienza preliminare di effettuare un controllo sulla sufficiente specificità dell'imputazione, potendo rilevarne d'ufficio la nullità per violazione dell'art. 417 lett. b c.p.p. solamente una volta esperito infruttuosamente l'invito alla riformulazione rivolto al pubblico ministero.

La stessa logica è anche alla base della precedente pronuncia *Di Battista*¹⁸⁶, nella quale la Corte di cassazione ha affermato che il giudice del dibattimento, a fronte di un decreto che dispone il giudizio affetto da nullità per insufficiente enunciazione del fatto, avrebbe dovuto trasmettere gli atti al giudice dell'udienza preliminare e non al pubblico ministero, come correttamente – ma per la Corte di cassazione "abnormemente" – il giudice aveva fatto, essendo il vizio di genericità attinente non già al decreto che dispone il giudizio sulla base dell'imputazione, ma direttamente all'imputazione generica.

L'utilizzo dell'abnormità al fine di evitare una regressione del procedimento ritenuta, in una logica del tutto sostanzialistica, come "eccessiva" da parte della Cassazione (anche, come visto, a prescindere dalla validità formale della stessa) si ricava anche, *a contrario*, dalla circostanza per la quale la stessa giurisprudenza fa ricorso alla teoria del "vizio innocuo" per escludere la privazione di effetti di un atto "abnorme", laddove esso non abbia comportato alcuna stasi o regressione del procedimento, ma il vizio denunciato sia rimasto assorbito da provvedimenti successivi o abbia trovato una risposta nella dinamica processuale¹⁸⁷.

Ci troviamo di fronte all'apoteosi della "giurisprudenza creativa", se non di un vero e proprio «diritto libero»¹⁸⁸: una forma di invalidità di creazione pretoria (l'abnormità) viene utilizzata dalle Sezioni unite per privare di effetti atti perfettamente validi

¹⁸⁶ Cass., sez. un., 10 dicembre 1997, *Di Battista*, in Riv. it., dir. proc. pen., 1999, p. 324 ss., con nota di G. VARRASO, *Omessa o insufficiente descrizione dell'imputazione, nullità della vocatio in iudicium e autorità competente alla rinnovazione*.

¹⁸⁷ Cfr. M. CATALANO, *Il concetto di abnormità fra problemi definitivi ed applicazione giurisprudenziale*, cit., p. 1247.

¹⁸⁸ Per richiamare nuovamente l'espressione di F. CORDERO, *Nullità, sanatorie, vizi innocui*, cit., p. 728.

(dichiarazioni di nullità) in quanto comportanti una regressione procedurale ritenuta “indebita”, per di più – in alcuni casi – sulla base del riconoscimento “innovativo” di poteri in capo all’organo giurisdizionale (questi sì, abnormi!); una forma di invalidità, a sua volta, ritenuta non rilevabile laddove riconosciuta in concreto inoffensiva.

Sintomaticamente, la stessa Corte di Cassazione ha recentemente rimarcato l’esigenza di restringere l’ambito di operatività della figura dell’abnormità, al fine di ricondurla a coerenza con il principio di tassatività delle nullità processuali. A tale riguardo, è stato significativamente affermato che «l’area dell’abnormità ricorribile per cassazione, nella sua duplice accezione (strutturale e funzionale), va rigorosamente delimitata, non potendosi considerare abnorme un atto quando non sia totalmente avulso dal sistema processuale e non determini una stasi irrimediabile del procedimento. Resta, dunque, escluso che, come precisato anche dalla dottrina, possa invocarsi la categoria dell’abnormità per giustificare la ricorribilità immediata per cassazione di atti illegittimi, affetti soltanto da nullità o comunque sgraditi e non condivisi, perché tanto si tradurrebbe nella non consentita elusione del regime di tassatività dei casi di impugnazione e dei mezzi esperibili»¹⁸⁹.

Rinviano ogni rilievo critico a tale approccio giurisprudenziale al capitolo III dell’elaborato, non resta che affrontare la figura del cosiddetto “abuso del processo”, che rappresenta, a ben vedere, il *pendant* dell’abnormità sul versante degli atti di parte¹⁹⁰.

10. *L’abuso del processo.*

La figura dell’“abuso del processo” rappresenta una declinazione sul piano processuale della nozione di teoria generale dell’“abuso del diritto”, consistente nell’utilizzo di un diritto per finalità oggettivamente non già solo diverse, ma anche collidenti rispetto all’interesse in funzione del quale esso è riconosciuto¹⁹¹. Si tratterebbe perciò, come si è

¹⁸⁹ Cass. pen., Sez. VI, 9 agosto 2024, n. 32481, in *Giur. pen. (online)*, 19 agosto 2024.

¹⁹⁰ Cfr. P.P. PAULESU, «*Pregiudizio effettivo*» e nullità degli atti processuali penali, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 892, secondo il quale «si potrebbe quindi instaurare un parallelismo tra le categorie concettuali dell’abuso del processo e dell’abnormità: la prima categoria sta all’attività delle parti così come la seconda sta all’attività giurisdizionale».

¹⁹¹ Per un inquadramento generale della figura, v. E.M. CATALANO, *L’abuso del processo*, Milano, 2004 e C. SANTORIELLO, *L’abuso del processo*, Pisa, 2018.

visto, di una vera e propria «valvola di autotutela del sistema»¹⁹², finalizzata ad evitare che i diritti da esso garantiti siano esercitati in maniera “eccessiva” e “distorta”.

In ambito processuale, l’abuso corrisponde ad un utilizzo distorto del diritto di agire o reagire in giudizio, il quale, per questo motivo, non ammette tutela. In questi termini, esso rappresenta una forma di invalidità *extra ordinem*, collegata all’utilizzo disfunzionale degli istituti processuali e, in particolare, preordinato alla repressione delle condotte “ostruzionistiche” delle parti o, comunque, “devianti” rispetto all’interesse obiettivo dell’ordinamento a un processo equo ed equilibrato.

L’impatto della costruzione pretoria di tale figura sul sistema delle invalidità processuali è, in realtà, di carattere “bidirezionale”, similmente a quanto già rilevato con riguardo all’abnormità.

In astratto, la teoria dell’abuso del processo, come anticipato, costituisce una forma di invalidità “atipica” degli atti processuali, avente l’effetto di operare una disapplicazione nel caso di specie del trattamento giuridico riconnesso ad una posizione giuridica di vantaggio. Si tratterebbe, in altri termini, di una forma di nullità *extra ordinem* di atti processuali validi secondo il sistema normativo, ma non di meno utilizzati per finalità distorsive: in tal senso, ne è certamente identificabile un’indubbia attitudine “espansiva” del sistema delle invalidità processuali.

Si tratta di ipotesi particolarmente numerose nel panorama giurisprudenziale¹⁹³ al punto che «sembrerebbe che nessun istituto sia rimasto estraneo alla qualificazione»¹⁹⁴.

In quest’ottica, tuttavia, la figura in discorso è idonea a determinare nel contempo un impatto “riduttivo” sul sistema delle nullità codificate, laddove la dichiarazione di “abuso” abbia ad oggetto proprio l’eccezione di una nullità e disponga quale conseguenza giuridica il venir meno dell’effetto invalidante ad essa connesso¹⁹⁵.

¹⁹² E. AMODIO, *L’abuso delle forme degli atti processuali penali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2016, p. 559.

¹⁹³ Un’ampia rassegna giurisprudenziale sul tema è svolta da R. APRATI, *Effettivo pregiudizio e nullità*, cit., p. 247 ss. e G. LEO, *L’abuso del processo nella giurisprudenza di legittimità (seconda parte)*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, p. 627 ss.

¹⁹⁴ R. APRATI, *Effettivo pregiudizio e nullità*, cit., p. 247.

¹⁹⁵ Cfr. C. SANTORIELLO, *op. cit.*, p. 179: «il più delle volte in ambito penalistico il richiamo alla categoria dell’abuso del processo [...] serve a determinare il venir meno dell’effetto invalidante della nullità degli atti processuali sostenendosi che tale effetto non si realizza quando dalla violazione normativa codicistica e dalla riscontrata difformità fra atto del procedimento e sua regolamentazione legislativa non è

Questa è l'ipotesi della storica sentenza *Rossi* del 2012¹⁹⁶, nella quale la Cassazione ha affermato, in estrema sintesi, che il diniego dei termini a difesa, ovvero la concessione di termini ridotti rispetto a quelli previsti dall'art. 108 comma 1 c.p.p. – in astratto sanzionabili a norma dell'art. 178 comma 1 lett. c c.p.p. – non danno luogo ad alcuna nullità quando la relativa richiesta non risponda ad alcuna esigenza difensiva, ma integri piuttosto una strategia dilatoria configurante un abuso del processo¹⁹⁷.

Nello specifico, la decisione in discorso procede secondo un “doppio binario” argomentativo, teso ad escludere nel caso di specie la configurabilità di una nullità tanto *ex post*, in ragione dell'assenza di un pregiudizio effettivo al diritto di difesa (in adesione all'orientamento analizzato *supra*), quanto *ex ante*, alla luce della natura “abusiva” delle iniziative difensive le quali seppur «in astratto di per sé espressione di una facoltà legittima, [risultano] in concreto del tutto prive di fondamento e di scopo conforme alle ragioni per cui dette facoltà sono riconosciute»¹⁹⁸, sicché «del tutto correttamente il giudice del merito [avrebbe] rigettato la richiesta di rinvio»¹⁹⁹.

Occorre soffermarsi su quest'ultimo aspetto, il quale rappresenta l'elemento di maggior novità della pronuncia.

Il ragionamento della Corte di cassazione poggia, a ben vedere, su un differente rilievo attribuito all'interesse sostanziale sotteso alla posizione giuridica processuale: non già (o meglio: non solo) quale *ragione* dell'attribuzione di una determinata facoltà –

derivato alcun pregiudizio effettivo in capo alla difesa. Questa opinione, tuttavia, si pone però indiscutibilmente in diretto contrasto con il fondamentale principio di tassatività delle nullità».

¹⁹⁶ Cass., sez. un., 29 settembre 2012, Rossi, in *Cass. pen.*, 2012, p. 2410 ss., m. 890.2, con motivazione e nota critica di F. CAPRIOLI, *Abuso del diritto di difesa e nullità inoffensive*, cit. In relazione a tale sentenza, la stessa rivista ha successivamente ospitato un interessantissimo dibattito sul tema “abuso del processo, legalità processuale e pregiudizio effettivo”, patrocinato da D. CARCANO (*ivi*, p. 3592), introdotto da G. ILLUMINATI (*ivi*, p. 3593 ss.) e condotto da illustri studiosi del processo penale: E. AMODIO, *Il fascino ingannevole del pregiudizio effettivo (a proposito di abuso del processo)*, cit., p. 3596 ss.; R. ORLANDI, *Abuso del diritto o diritto all'abuso*, *ivi*, p. 3599 ss.; T. PADOVANI, *A.D.R. sul c.d. abuso del processo*, *ivi*, p. 3605 ss., e F. PALAZZO, *L'abuso del processo e i suoi rimedi tra legalità processuale e legalità sostanziale*, *ivi*, p. 3609 ss. In argomento, cfr. altresì E. AMODIO, *L'abuso delle forme degli atti processuali penali*, cit., 559 ss.

¹⁹⁷ L'oggetto della sentenza riguardava un'ipotesi di reiterato avvicendamento di difensori realizzato in chiusura di dibattimento, con relativa persistente richiesta di termini a difesa.

¹⁹⁸ Cass., sez. un., 29 settembre 2012, Rossi, cit., in motivazione.

¹⁹⁹ Cass., sez. un., 29 settembre 2012, Rossi, cit., in motivazione.

sicché quest'ultima non è esperibile se non vi sia offesa a tale interesse – ma quale specifico *limite* al suo esercizio, con la conseguenza che parimenti essa non può essere esercitata per perseguire interessi alieni e, addirittura, confliggenti con il suddetto interesse.

Detto in altri termini, l'esigenza di evitare un “pregiudizio effettivo” alla garanzia della difesa non rilevarebbe solamente quale condizione di accesso alla tutela (la dichiarazione della nullità processuale in quanto “lesiva”), ma costituirebbe altresì l'unico interesse perseguibile attraverso quest'ultima, a pena di “sviamento” e conseguente inammissibilità del mezzo di impugnazione.

L'argomentazione sottende, evidentemente, pur sempre una concezione “sostanzialistica”²⁰⁰ e “teleologico-funzionale” del processo e, in particolare, delle posizioni giuridiche che lo caratterizzano, in quanto preordinate al conseguimento di uno scopo “eteronomo”, che ne costituisce insieme condizione e limite di esercizio. L'interesse, nel caso di specie, è identificato dalla Corte di cassazione nella tutela del diritto di difesa *nel* processo, sicché l'esercizio della facoltà processuale in funzione di difesa *dal* processo è ritenuto uno «sviamento dalla funzione; ovvero [...] una frode alla funzione»²⁰¹ e, perciò, in alcun modo accoglibile dal giudice.

Tale approdo, ha consentito così alla Corte di ritenere il diniego del termine a difesa “abusivamente” richiesto non solo perfettamente valido, ma addirittura “dovuto”, sicché, nel caso di specie, non solo la violazione della legge processuale andrebbe ritenuta in ogni caso “sanata” in virtù della sua inoffensività, ma andrebbe «escluso in radice che il diritto in essa previsto possa essere riconosciuto»²⁰².

La compatibilità di tale figura pretoria con i principi di legalità e tassatività delle nullità processuali penali, e della concezione “strutturale” del processo che li sottende, è

²⁰⁰ L'abuso del diritto «rappresent[a] una tra le numerose opportunità (clausole generali, standard valutativi elastici, principi inespressi, il ricorso a vari argomenti interpretativi antiformalistici quali la natura della cosa, la coscienza sociale, ecc.) [...] che i giuristi si auto-attribuiscono, al fine di correggere in determinate circostanze la soluzione a prima vista emergente dai materiali giuridici disponibili. [...] In definitiva una mera riformulazione della tecnica ampiamente, e più o meno consapevolmente, praticata dai giuristi, del bilanciamento dei diritti o degli interessi o dei principi», così G. PINO, *L'abuso del diritto tra teoria e dogmatica (precauzioni per l'uso)*, in G. MANIACI (a cura di), *Eguaglianza, ragionevolezza e logica giuridica*, Milano, 2006, p. 170.

²⁰¹ Cass., sez. un., 29 settembre 2012, Rossi, cit., in motivazione.

²⁰² Cass., sez. un., 29 settembre 2012, Rossi, cit., in motivazione.

stata oggetto di un ampio dibattito in dottrina, di cui si darà più ampiamente conto nel prosieguo.

Basti, per ora, richiamare l'acuto rilievo mosso nei confronti della pronuncia in esame, secondo il quale «l'imputato [...] si difende prima di tutto in via di eccezione, e cioè si difende *dal* processo, e poi anche, eventualmente, *nel* processo. L'idea che la difesa *dal* processo costituisca alcunché di censurabile o di giuridicamente "sospetto" non è solo peregrina, è anche pericolosa, perché rappresenta l'anticamera della negazione stessa del diritto di difesa»²⁰³.

Ad ogni buon conto, la sentenza in esame appare meritevole di particolare attenzione anche sotto un ulteriore profilo.

A sostegno e giustificazione della propria argomentazione sostanzialistica, infatti, la Corte di cassazione richiama l'art. 35 § 3 lett. a) della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, a mente del quale «la Corte dichiara irricevibile ogni ricorso individuale [...] se ritiene che [...] è incompatibile con le disposizioni della Convenzione o dei suoi Protocolli, manifestamente infondato o abusivo».

Tale disposizione è esplicata attraverso il riferimento alla "Guida pratica sulla ricevibilità" divulgata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo²⁰⁴, nonché alla consolidata giurisprudenza di quest'ultima, secondo la quale «è abusivo qualsiasi comportamento di un ricorrente manifestamente contrario alla vocazione del diritto di ricorso stabilito dalla Convenzione e che ostacoli il buon funzionamento della Corte e il buon svolgimento del procedimento dinanzi ad essa»²⁰⁵, nonché se costituisce «esercizio dannoso di un diritto, per scopi diversi da quelli per i quali è previsto»²⁰⁶.

²⁰³ T. PADOVANI, *A.D.R. sul c.d. abuso del processo*, op. cit., p. 3606. Per una simile constatazione, cfr. M. NOBILI, *Toribide fonti e adorati errori*, in *Crit. dir.*, 2012, p. 151, «[un] docente esimio interviene: "gli avvocati in questo devono mostrare correttezza. Le nullità non possono essere strumenti per difendersi dal processo". La risposta può essere persino tautologica, scolastica: vorreste allora chiarirci a che altro mai servirebbero le invalidità?».

²⁰⁴ Secondo la quale, al punto 124, «la nozione di "abuso" [...] deve essere compresa nel suo senso comune contemplato dalla teoria generale del diritto – ossia [come] il fatto, da parte del titolare di un diritto, di attuarlo al di fuori della sua finalità in modo pregiudizievole».

²⁰⁵ C. eur. dir. uomo, sez. III, sent. 15 settembre 2009, Miroļubovs e al. c. Lettonia, §§ 62 e 65.

²⁰⁶ C. eur. dir. uomo, sez. II, sent. 18 ottobre 2011, ric. n. 56551/11, Petrović c. Serbia.

Al di là della reale portata precettiva di tale riferimento, esso appare sintomatico di un certo atteggiamento riscontrabile sia nella giurisprudenza che nella dottrina, tendente ad offrire una copertura “(para)costituzionale” alle deviazioni antiformalistiche operate dai giudici, proprio attraverso il manto della Convenzione europea dei diritti dell’uomo e della giurisprudenza “sostanzialistica” della sua Corte.

CAPITOLO III

TEORIE GIUSTIFICATIVE DELL'APPROCCIO SOSTANZIALISTICO IN MATERIA DI NULLITÀ PROCESSUALI PENALI. PROFILI CRITICI.

SOMMARIO: Premessa al capitolo. **Sez. I. Argomenti dal diritto europeo.** – 1. La crisi dello statuto costituzionale della legalità processuale nell'ordinamento "multilivello". – 2. La comunitarizzazione del diritto processuale penale e i fattori di potenziale impatto sul regime interno delle nullità. – 2.1. (Segue.) L'espansione del ruolo del giudice nazionale, fra disapplicazione legislativa e interpretazione eurounitaria-conforme. – 2.2. (Segue.) La circolazione giuridico-culturale dei principi europei di ispirazione sostanzialistica. – 2.3. (Segue.) Mutuo riconoscimento e direttive di armonizzazione. – 3. La legalità processuale come controlimite costituzionale. – 4. L'approccio sostanzialistico e casistico della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. – 5. L'art. 6 Conv. eur. dir. uomo e la sua incidenza sul sistema interno delle nullità processuali penali. Insostenibilità di un suo impatto abrogativo/restrittivo. – 5.1. (Segue.) Il preteso superamento del principio di fattispecie. Rilevi critici. – 5.2. (Segue.) La tesi della integrazione delle fattispecie processuali. Rilevi critici. – 6. La sua (predicata) attitudine "espansiva": la validità offensiva. Rilevi critici. – 6.1. (Segue.) I rimedi per l'esecuzione delle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo (cenni). La problematica "traduzione" della causa di iniquità processuale in vizio procedurale interno. – 7. Ancora sulla (pretesa) giustificazione concettuale del "pregiudizio effettivo" quale legittimo metodo di rilevazione delle nullità processuali sulla base dell'ermeneutica della Corte europea dei diritti dell'uomo. Ulteriori rilevi critici. **Sez. II. Argomenti dal diritto nazionale.** – 8. Teorie giustificative dell'approccio sostanzialistico della giurisprudenza in materia di nullità. Discussione delle tesi. – 9. La nullità come fattispecie "offensiva" e la concezione sanzionatoria dell'invalidità. Rilevi critici. – 10. L'assenza di "pregiudizio effettivo" come causa di sanatoria atipica o come difetto di interesse all'eccezione (o deduzione) della nullità. Rilevi critici. – 11. Estraneità delle nullità generali al principio di tassatività e loro conseguente attitudine "inclusiva". Rilevi critici. – 12. Abuso del processo e abnormità. Ulteriori rilevi critici.

Premessa al capitolo.

Il presente capitolo si propone di analizzare, e sottoporre al vaglio della critica giuridica, i principali argomenti giustificativi avanzati dalla dottrina contemporanea a preteso sostegno dell'approccio giudiziario di indirizzo sostanzialistico di cui si è dato conto nella sezione precedente. Tali argomenti traggono ispirazione tanto dai principi e dai metodi elaborati dalle Corti europee in materia processuale (sezione I), tanto da una

rilettura evolutiva dei principi costituzionali nazionali e della teoria generale del diritto interno (sezione II).

Sez. I

Argomenti dal diritto europeo

1. *La crisi dello statuto costituzionale della legalità processuale nell'ordinamento "multilivello".*

Un primo argomento diffusamente invocato dalla dottrina a pretesa giustificazione delle derive sostanzialistiche della giurisprudenza interna in materia di nullità processuali penali è di natura ordinamentale e costituzionale.

In particolare, si è sostenuto che nel diritto contemporaneo (o postmoderno)¹ si assisterebbe ad una crisi generalizzata della "legge" quale fonte monopolistica del diritto ed espressione caratteristica della sovranità statale² e, con essa, della "fattispecie" come ideale regolativo astratto, secondo i classici dettami della teoria normativista e positivista³. Tale crisi della legalità comporterebbe, inevitabilmente, anche una metamorfosi della tradizionale concezione della (in)validità normativa e del principio di tassatività che la informa e sul quale, come si è ampiamente dato conto, si regge il sistema interno delle nullità processuali penali⁴. In altri termini, il progressivo superamento della concezione tradizionale della tassatività – già in atto nella pratica giudiziale – discenderebbe da una più generale crisi della legge e del principio di fattispecie.

Secondo la dottrina richiamata, un siffatto cambio di paradigma sarebbe imposto, in particolare, dalla "globalizzazione giuridica" all'interno dello spazio europeo, la quale avrebbe comportato un inevitabile superamento del monopolio statale-legalistico di produzione normativa e una progressiva ibridazione fra modelli di *common law* e di *civil*

¹ Cfr. R.E. KOSTORIS, *Processo penale, diritto europeo e nuovi paradigmi del pluralismo giuridico postmoderno*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 3, p. 1177 ss.

² Cfr., per tutti, P. ROSSI (a cura di), *Fine del diritto?*, Bologna, 2010 e i contributi *ivi* contenuti.

³ Cfr. R.E. KOSTORIS, *op. cit.*, p. 1178.

⁴ Cfr. *supra* cap. II, sez. I, spec. § 2.

*law*⁵. Trattasi di fenomeni evolutivi dai quali, come si vedrà, non può ritenersi immune neppure il “recinto sacro” rappresentato dalla giustizia penale, ancorché quest’ultima rappresenti un settore in cui la sovranità statale ha da sempre manifestato la propria massima espressione e dove la legalità ha tradizionalmente assunto un peculiare rilievo assiologico e una spiccata specificità garantistica⁶.

Ed invero, sul piano dello statuto costituzionale del giudice e del processo, i descritti mutamenti avrebbero radicalmente posto in questione l’attuale tenuta del “sillogismo” disegnato dagli artt. 111, comma I, e 101, comma II, della nostra Carta fondamentale, a mente del quale: «premessa maggiore: la giurisdizione [...] si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge (art. 111, comma 1°, Cost.); premessa minore: i giudici sono soggetti soltanto alla legge (art. 101, comma 2°, Cost.); conclusione: ai giudici non è consentito stabilire una disciplina del processo diversa da quella legale, pena la violazione del principio costituzionale di legalità processuale e la compromissione del loro ruolo di soggetti chiamati ad applicare *soltanto* la legge»⁷.

L’apparente linearità del richiamato sillogismo, infatti, è stata messa in discussione non solamente dalla prassi giurisprudenziale già esaminata nel precedente capitolo, ma anche in sede dottrinale, allo scopo di dimostrare l’impossibilità di ricavare dalla nostra Costituzione parametri in grado di imporre o perlomeno sostenere una lettura rigorosamente “legalistica” del sistema processuale interno⁸.

Quanto al primo termine del sillogismo, ossia la “riserva di legge” in materia processuale, si è sostenuto che essa si limiterebbe a disciplinare i rapporti tra poteri “normativi”, e cioè fra organi legittimati ad emanare norme giuridiche generali ed astratte, e non già i confini tra il potere legislativo e quello giudiziario, posto che il giudice non adotta

⁵ Cfr. R.E. KOSTORIS, *op. cit.*, p. 1178.

⁶ Cfr. A. GARGANI, *Verso una ‘democrazia giudiziaria’? I poteri normativi del giudice tra principio di legalità e diritto europeo*, in *Criminalia*, 2011, p. 99.

⁷ O. MAZZA, *Il crepuscolo della legalità processuale al tempo del giusto processo*, in *Criminalia*, 2016, p. 329.

⁸ Tali argomenti provengono, in particolare, dalla riflessione processual-civilistica. Per una rassegna critica, v. V. CAPASSO, *Nullità degli atti e offensività necessaria. Contributo alla difesa della legalità del processo civile*, Roma, 2022.

norme giuridiche ma è chiamato piuttosto a “concretizzarle”⁹. Sicché, sulla base del parametro di cui all’art. 111, comma I, Cost., dovrebbe ritenersi incostituzionale una disciplina del processo operata mediante fonti secondarie¹⁰, ma non già un processo nel quale il giudice concorre, anche con ampia discrezionalità, alla definizione delle fattispecie attraverso l’attività interpretativa, come sarebbe dimostrato – del resto – dal sempre più frequente utilizzo di clausole generali da parte del legislatore¹¹.

Premesso che quest’ultimo argomento desunto dalla normazione per clausole generali non appare condivisibile sotto il profilo metodologico¹², è stata parimenti criticata la riduzione della riserva di legge a criterio di ripartizione della competenza tra fonti e con esclusivo riguardo ai rapporti fra legislativo ed esecutivo¹³, in quanto tale interpretazione rifletterebbe un residuo ideologico condizionato storicamente dalla matrice illuministica di tale principio¹⁴, non più attuale alla luce dell’acquisita consapevolezza del reale potenziale creativo insito nell’interpretazione giurisprudenziale, soprattutto a seguito del rinnovato protagonismo dell’organo giurisdizionale all’interno dell’ordinamento multilivello.

Oggi, infatti, come è stato efficacemente scritto, «è proprio sul terreno dei rapporti tra legge e giudice che [la riserva di legge] rivela il suo ulteriore e pregnante significato», nel senso che, laddove essa sia intesa come «obbligo del legislatore di disciplinare una data materia, essa significa pure *obbligo di disciplina compiuta*, ed esclusione dell’ipotesi che il legislatore possa cedere al giudice il compito di riempire una fattispecie

⁹ La tesi è di S. CHIARLONI, *Il nuovo art. 111 Cost. e il processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, p. 1016 ss.; contra G. VIGNERA, *Le garanzie costituzionali del processo civile alla luce del “nuovo” art. 111 cost.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, p. 1188, nt. 7.

¹⁰ Si tratta di un potenziale profilo di incostituzionalità che, a ben vedere, si pone attualmente per la disciplina tecnica del processo telematico mediante fonti secondarie, come si è visto *supra* cap. II, § 6.

¹¹ Cfr. S. CHIARLONI, *op cit.*, p. 1016.

¹² In quanto, a ben vedere, si risolve in un’«interpretazione alla rovescia delle norme costituzionali», in quanto finisce per offrire a queste il contenuto della legge ordinaria; così R. BALDUZZI, F. SORRENTINO, *Riserva di legge (voce)*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, p. 1215.

¹³ V. L. CARLASSARE, *Legge (riserva di) (voce)*, in *Enc. giur.*, XVIII, Roma, 1990, p. 5.

¹⁴ Cfr. R. BALDUZZI, F. SORRENTINO, *Riserva di legge (voce)*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, p. 1215.

lasciata incompiuta»¹⁵. Tale conclusione, del resto, appare a chi scrive ulteriormente rafforzata dal riferimento testuale alla “regolazione” del processo attraverso la legge, il quale sembrerebbe imporre costituzionalmente una disciplina per “regole” e non già per principi o clausole generali, rafforzando così l’esigenza costituzionale di un certo grado di compiutezza e tassatività delle fattispecie processuali.

Anche il secondo termine del sillogismo, e cioè l’esclusiva sottoposizione del giudice alla legge, risulta particolarmente depotenziato dalla riflessione dottrinale. In primo luogo, infatti, è stato autorevolmente sostenuto che, alla luce della formulazione letterale dell’art. 101, comma II, Cost. e del riferimento soggettivo al “giudice”, la norma costituzionale intenderebbe rafforzare e salvaguardare l’autonomia e l’indipendenza dell’organo giudicante da ogni altro potere, ma non imporrebbe in alcun modo un vincolo di subordinazione rispetto alla fonte legislativa nell’attività giurisdizionale¹⁶. A tale autorevole tesi¹⁷ è stato persuasivamente replicato che il principio di cui all’art. 101, comma II, Cost. risulterebbe privo di qualsiasi significato se non riguardasse «anche e specialmente, nel suo aspetto tipico, la funzione del giudicare»¹⁸; e ciò anche considerando che il profilo dell’autonomia e indipendenza della magistratura risulta già costituzionalmente presidiato dalla diversa previsione di cui all’art. 104, comma I, Cost.

Ad ogni buon conto, anche aderendo all’interpretazione secondo la quale il principio di sottoposizione del giudice alla legge di cui all’art. 101, comma II, Cost. atterrebbe al rapporto dell’organo giurisdizionale con la fonte legislativa, è opinione diffusa che tale relazione sia stata comunque completamente trasfigurata dall’avvento dell’ordinamento multilivello (unionale e convenzionale-internazionale).

Infatti, il crescente ruolo assunto dalla Convenzione europea dei diritti dell’uomo – così come interpretata dalla sua Corte – quale parametro interposto di costituzionalità delle leggi interne *ex art. 117 Cost.*, il progressivo affermarsi delle fonti del diritto

¹⁵ C. VALENTINI, *Contro l’invenzione del diritto: piccolo elogio della legalità processuale, ricordando Pietro Calamandrei*, in *Arch. pen.*, 2018, 2, p. 28.

¹⁶ La tesi è stata autorevolmente sostenuta da P. GROSSI, *La invenzione del diritto: a proposito della funzione dei giudici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, p. 842.

¹⁷ Comunque ristretta all’ambito del processo civile, in quanto l’A. riconosce come in materia processuale penale la riserva di legge conservi una «peculiare rilevanza» (*ibidem*, p. 841).

¹⁸ S. FOIS, *Legalità (principio di) (voce)*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1975, p. 684.

europeo, la *primauté* del diritto comunitario come interpretato dalla Corte di giustizia ex art. 11 Cost., il conseguente obbligo per il giudice comune di esperire un'ermeneutica "eurounitariamente" e "convenzionalmente" conforme della legge interna e finanche di disapplicare il diritto di produzione nazionale in contrasto con il diritto euro-unionale ad efficacia diretta, sono tutti fattori che, a ben guardare, hanno comportato una notevole amplificazione dei poteri ermeneutico-normativi del giudice – parallela al ridimensionamento del ruolo del legislatore nazionale – e quindi un radicale mutamento della sua posizione ordinamentale, soprattutto rispetto alla fonte legislativa.

Si assiste così, per questa via, ad un indubbio rafforzamento del ruolo sistematico della magistratura, tanto di ultima istanza, quanto dell'ordine giurisdizionale nel suo complesso come potere diffuso. Infatti, il giudice comune, chiamato istituzionalmente ad implementare il diritto europeo e a ricomporre i conflitti fra ordinamenti multilivello, concorre oggi pienamente alla determinazione e alla produzione del diritto, attraverso la gestione dei flussi normativi inter-ordinamentali nello spazio europeo, con la possibilità di addivenire addirittura ad un esito – quale quello della disapplicazione – che si pone esattamente agli antipodi del vincolo di subordinazione alla legge¹⁹.

Ben lontano, dunque, dall'idea illuministica della *bouche de la loi* secondo la tradizionale concezione della legalità continentale, l'organo giudicante è divenuto oggi selettore e potenzialmente co-artefice della *règle de droit* da applicare²⁰, concorrendo alla formazione e alla individuazione della norma giuridica nel caso concreto, ben oltre i limiti rappresentati dal fisiologico processo ermeneutico creativo²¹, bensì ponendosi in una posizione di chiara superiorità rispetto alla legge nazionale²². Ciò che ha fatto

¹⁹ Cfr. il dibattito *La soggezione del giudice alla legge: un principio ancor attuale?*, in *Criminalia*, 2007, p. 73 ss., e spec. i contributi *ivi* contenuti di G. HIRSCH e di B. RÜTHERS.

²⁰ Secondo S. CASSESE, *Eclissi o rinascita del diritto?*, in P. ROSSI (a cura di), *Fine del diritto?*, cit., p. 29 ss., «si apre così la strada alla scelta del diritto da parte di chi vi è soggetto»; v. anche A. GARGANI, *op. cit.*, p. 109 ss., il quale rileva il passaggio dalla «sussunzione del fatto alla selezione della fonte».

²¹ Cfr. F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Bari-Roma, 1999; G. PINO, *Creatività dell'interpretazione giuridica?*, in *Lo Stato*, 2022, 18, p. 163 ss.

²² A. GARGANI, *op. cit.*, p. 117, rileva sintomaticamente «il venir meno della legalità parlamentare quale limite invalicabile della giurisdizione, il passaggio dall'effetto indiretto di produzione normativa tipica del modello precostituzionale alla scelta giudiziaria della fonte e alla co-formazione della *regula iuris*».

sintomaticamente parlare la dottrina di un *giudice soggetto soltanto al “diritto”*²³, dove il diritto andrebbe oggi inteso come il prodotto di sintesi di un sistema policentrico, costituito da un «intreccio reticolare»²⁴ di fonti legislative e giurisprudenziali²⁵, nazionali, comunitarie e internazionali: sintesi che definirebbe lo statuto della nuova legalità “europea”²⁶.

Alla descritta evoluzione ordinamentale non può dirsi certo insensibile la tematica delle nullità degli atti processuali, posto che la metamorfosi della legalità imposta dal processo di integrazione europea non può che interrogare la tenuta della tradizionale concezione della (in)validità ancorata al principio di fattispecie (legale) e ai suoi corollari rafforzativi, quali la riserva di legge e il principio di tassatività. Inoltre, i principi e le fonti europee, anche di matrice giurisprudenziale, in quanto impregnati da valutazioni di effettività, equità e proporzionalità, sono in grado di costituire un formidabile grimaldello giustificativo (e in quanto tale spesso richiamato dalla giurisprudenza nazionale) per una rilettura in senso sostanzialistico e anti-formale delle fattispecie processuali.

È quindi sul campo dei rapporti fra diritto interno e diritto europeo che occorre prima di tutto verificare l’attuale tenuta del principio di legalità processuale e dei suoi corollari, a partire dal processo di progressiva integrazione della disciplina del processo penale nell’ambito della “piccola Europa” (Unione europea), per poi passare all’influenza

²³ Il riferimento è a D. BIFULCO, *Il giudice è soggetto soltanto al “diritto”*. Contributo allo studio dell’art. 101, comma 2 della Costituzione italiana, Napoli, 2008, ove si legge (p. 127) che «i giudici sono soggetti soltanto alla legge, a condizione che la legge sia costituzionalmente legittima, che sia conforme al diritto comunitario, e che sia conforme alla convenzione europea dei diritti dell’uomo: i giudici sono soggetti soltanto alla legge a condizione che la legge possa venire interpretata in modo da renderla conforme al diritto comunitario e Cedu. La rilettura del principio di cui all’art. 101, c. 2, implica, evidentemente, il radicale ripensamento del modo in cui il principio di legalità media il vincolo del giudice (non solo alla “legge”, ma) al diritto: se riletto alla luce della riformulazione qui proposta, appare infatti chiaro che il principio di legalità come sancito nel 101, c. 2, debba intendersi in senso non restrittivo. Il che significa che la parola “legge” va ritenuta comprensiva dell’espressione “diritto” (interno, comunitario – vieppiù alla luce dell’art., 11, c. 1 Cost., come modificato da l. cost. 3/2001 – convenzionale e [...] giurisprudenziale)».

²⁴ R.E. KOSTORIS, *op. cit.*, p. 1181.

²⁵ Sulla “giurisprudenza fonte” M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, 2011, p. 49 ss.

²⁶ Cfr. R.E. KOSTORIS, *Diritto europeo e giustizia penale*, in ID. (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, Torino, 2019, spec. 71 ss.; O. DI GIOVINE, *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell’interpretazione*, in *Dir. pen. cont.*, 2013, p. 179 ss.; sulla tensione fra “rule of law” e “rule of European law” v. recentemente R. BIN, *L’unione europea rispetta i principi del “rule of law”?*, in *Consulta online*, 2021, 1, p. 152 ss.

della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e della sua Corte in materia di equo processo, nell'ambito della "grande Europa" (Consiglio d'Europa).

2. *La comunitarizzazione del diritto processuale penale e i fattori di potenziale impatto sul regime interno delle nullità.*

Sulla scorta del percorso di integrazione europea²⁷, la disciplina del processo penale deve essere oggi ambientata all'interno dello "spazio di libertà, sicurezza e giustizia" (SLSG) che, a partire dal trattato di Amsterdam (del 1997, in vigore dal 1999) è inteso come spazio giudiziario penale europeo, ossia un'area in cui le persone possano circolare liberamente, congiuntamente ad un livello elevato di sicurezza e giustizia accessibile a tutti. Questo obiettivo è perseguito attraverso la realizzazione di una cooperazione giudiziaria e di polizia a livello europeo, che si basa, fra le altre cose, sul metodo del mutuo riconoscimento fra gli Stati (concepito per la prima volta nel Consiglio europeo di Cardiff del 1998 e consacrato in quello di Tampere del 1999) e sul progressivo avvicinamento delle legislazioni nazionali in forza di decisioni-quadro e, poi, di direttive di armonizzazione²⁸.

Per almeno un decennio la materia è stata appannaggio del metodo intergovernativo, essendo stata collocata sul piano ordinamentale nel c.d. Terzo Pilastro, concernente – appunto – la "cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale" (Giustizia e Affari Interni, o GAI), di cui al Titolo VI del TCE di Maastricht²⁹. In tale contesto ordinamentale, risultava originariamente minore l'influenza decisionale delle Istituzioni europee e, invece, più forte il potere di veto dei singoli Stati membri, richiedendosi l'unanimità nel Consiglio per l'adozione dei relativi atti, in linea con la tradizionale "riserva" statutale in

²⁷ Sul cammino dell'armonizzazione e della cooperazione giudiziaria in materia penale, v. V. MANES, M. CAIANIELLO, *Introduzione al diritto penale europeo*, Torino, 2020, p. 31 ss.; A. WEYEMBERGH, *Storia della cooperazione*, in R.E. KOSTORIS (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, Torino, 2019, p. 207 ss.

²⁸ Cfr. C. AMALFITANO, M. ARANCI, *La cooperazione giudiziaria penale nei rapporti tra stati membri dell'Unione europea*, in G. LATTANZI, M. MAUGERI, G. GRASSO, L. CALCAGNO, A. CIRIELLO (a cura di), *Il diritto dell'unione europea e il ruolo del giudice nazionale*, 2023, p. 387 ss.

²⁹ Cfr. R. SICURELLA, *Il Titolo VI del Trattato di Maastricht e il diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 1317 ss.; E. CHITI, M.E. FAVILLA, L. LIMBERTI, *Il terzo pilastro: una rassegna*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1997, p. 799 ss.

materia penale; inoltre, il sistema non era ancora pienamente integrato nel diritto comunitario, tanto sotto il profilo delle fonti di regolamentazione, quanto rispetto alla giurisdizione della Corte di giustizia.

In realtà, già prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, l'Unione europea si era dotata di uno strumento normativo di ravvicinamento nel settore – le cosiddette “decisioni-quadro” – vincolanti per gli Stati membri quanto al risultato da ottenere, ancorché sempre prive di efficacia diretta³⁰ a differenza delle direttive comunitarie (art. 34 TCE), nonché è stata fin dall'origine prevista una forma seppur embrionale di giurisdizione in capo alla Corte di giustizia in relazione alla validità e all'interpretazione di tali decisioni-quadro (art. 35 TCE). Ciononostante, in cronico ritardo nel recepimento del diritto dell'Unione relativo al settore, il nostro Paese ha dato attuazione alle numerose direttive-quadro nel frattempo adottate³¹ solamente con la legge comunitaria per il 2010 (l. 15 dicembre 2011, n. 217) e soprattutto con la legge di delegazione europea per il 2014 (l. 9 luglio 2015, n. 114)³².

Con l'abolizione del sistema dei pilastri intervenuta con il Trattato di Lisbona (del 2007, in vigore dal 2009), la cooperazione di polizia e giudiziaria è stata pienamente integrata nel quadro giuridico generale dell'UE e conseguentemente assoggettata al c.d.

³⁰ Ma v. *infra* l'aggiramento di tale divieto di efficacia diretta nella decisione della Corte di giustizia sul caso *Pupino* attraverso l'*escamotage* dell'interpretazione convenzionalmente conforme con esito di disapplicazione; sul punto, cfr. A. KLIP, *European criminal law: an integrative approach*, Antwerp-Oxford-Portland, 2021, p. 67-68.

³¹ Rilevano, in particolare, per il processo penale le decisioni quadro 2001/220/GAI (sullo status di vittima nel procedimento penale); 2002/465/GAI (sulle squadre investigative comuni); 2002/584/GAI (sul mandato di arresto europeo); 2003/577/GAI (esecuzione nell'UE dei procedimenti di blocco dei beni o di sequestro probatorio), 2005/214/GAI (reciproco riconoscimento delle sanzioni pecuniarie); 2008/947/GAI (applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sentenze e alle decisioni di sospensione condizionale in vista della sorveglianza delle misure di sospensione condizionale e delle sanzioni sostitutive); 2009/299/GAI (modificativa delle precedenti al fine di rafforzare i diritti processuali delle persone e promuovere l'applicazione del mutuo riconoscimento delle decisioni pronunciate in assenza dell'interessato al processo); 2009/829/GAI (sull'applicazione tra gli stati membri del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni sulle misure alternative alla detenzione cautelare); 2009/948/GAI (sulla prevenzione e la risoluzione dei conflitti relativi all'esercizio della giurisdizione nei procedimenti penali).

³² Cfr. per un bilancio G. DI PAOLO, *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia dell'UE: recenti novità sul fronte domestico e a livello europeo*, in *Cass. pen.*, 2016, 7/8, p. 3018.

metodo comunitario³³. Il passaggio a tale metodo ha comportato un protagonismo rafforzato delle Istituzioni europee e una correlata riduzione del potere di veto degli Stati membri, anche in ragione della sufficienza della maggioranza qualificata in Consiglio per l'assunzione delle relative decisioni; l'adesione al metodo comunitario ha inoltre implicato, quale strumento di armonizzazione, la sostituzione delle decisioni-quadro con il più efficace strumento delle direttive europee (cfr. art. 82 TFUE), alle quali le precedenti decisioni-quadro sono state peraltro del tutto parificate, nonché la sottoposizione piena alla giurisdizione della Corte di giustizia, la cui giurisprudenza rappresenta essa stessa una fonte del diritto dell'Unione europea. Il 1° dicembre 2014, con la conclusione del regime transitorio quinquennale di "adattamento" previsto dal Protocollo n. 36 del Trattato, i descritti meccanismi sono divenuti, infine, pienamente operativi.

La compiuta comunitarizzazione del settore della cooperazione giudiziaria in ambito europeo ha comportato una non secondaria incrinatura del principio di stretta territorialità e, quindi, del dominio tradizionalmente riservato alla sovranità interna in materia penale, sostanziale e processuale. Come anticipato, infatti, il Trattato di Lisbona ha attribuito per la prima volta all'UE il potere di legiferare in materia attraverso direttive di armonizzazione: per il versante processuale, l'art. 82 TFUE dispone oggi che «la cooperazione giudiziaria in materia penale nell'Unione è fondata sul principio di riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie e include il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri nei settori di cui al paragrafo 2 e dell'art. 83». In particolare, «laddove necessario per facilitare il riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie e la cooperazione di polizia giudiziaria nelle materie penali aventi dimensione transnazionale, il Parlamento europeo e il Consiglio possono stabilire norme minime deliberando mediante direttive secondo la procedura legislativa ordinaria. Queste tengono conto delle differenze tra le tradizioni giuridiche e gli ordinamenti giuridici degli Stati membri. Esse riguardano: a) l'ammissibilità reciproca delle prove tra gli Stati membri; b) i diritti della persona nella procedura penale; c) i diritti delle vittime della criminalità; d) altri elementi specifici della procedura penale,

³³ In tema, v. amplius T. RAFARACI (a cura di), *La cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale nell'Unione europea dopo il trattato di Lisbona*, Milano, 2011.

individuati dal Consiglio in via preliminare mediante una decisione; per adottare tale decisione il Consiglio delibera all'unanimità previa approvazione del Parlamento europeo».

Su questa base, anche in adempimento alla *roadmap* di Stoccolma predisposta dal Consiglio europeo, la quale ha fissato le priorità per lo sviluppo dello SLSG per il periodo 2010-2014, sono state adottate sei direttive relative ai diritti procedurali degli imputati³⁴. Tale copiosa produzione normativa ha dato avvio un percorso di progressivo avvicinamento e armonizzazione fra i diversi sistemi processuali europei, non sempre agevole e ancora in evoluzione³⁵.

Dato questo quadro evolutivo, sono evidentemente numerosi i profili di possibile (e, in prospettiva, sempre maggiore) condizionamento esercitato dal processo di integrazione europea nei confronti del sistema interno delle nullità degli atti processuali penali e che sono valorizzati da una parte della dottrina per giustificare gli approcci creativi della giurisprudenza nazionale.

2.1. *(Segue). L'espansione del ruolo del giudice nazionale, fra disapplicazione legislativa e interpretazione eurounitariamente conforme.*

Un primo fattore di potenziale condizionamento e destabilizzazione del sistema interno delle nullità processuali è rappresentato dalla peculiarità del sistema delle fonti del diritto dell'Unione europea, nel quale non esiste una "legge" in senso moderno, ossia una fonte qualitativamente diversa dalle altre in quanto espressione della sovranità popolare, dalla quale tutto, compresa l'amministrazione della giustizia, trae legittimazione. Diversamente, il pluralismo giuridico europeo «si presenta come un sistema complesso e

³⁴ Direttiva 2010/64/UE (diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali); Direttiva 2012/13/UE (diritto all'informazione nei procedimenti penali); Direttiva 2013/48/UE (diritto di accesso a un avvocato nei procedimenti penali e diritto di comunicare al momento dell'arresto); Direttiva 2016/343/UE (rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali); Direttiva 2016/800/UE (garanzie procedurali per i minori indagati o imputati nei procedimenti penali); Direttiva 2016/1919/UE (assistenza legale gratuita per i sospettati e gli imputati nei procedimenti penali e per le persone ricercate nei procedimenti di mandato d'arresto europeo).

³⁵ Per uno studio comparatistico dell'impatto della legislazione europea sugli ordinamenti processuali nazionali e lo stato di avanzamento del processo di avvicinamento e armonizzazione dei sistemi v. il report commissionato dal Parlamento europeo *Criminal procedural laws across the European Union. A comparative analysis of selected main differences and the impact they have over the development of EU legislation*, 2018.

articolato di fonti, che non si struttura secondo il modello gerarchico di matrice kelseniana, con il quale un ordinamento chiuso definisce le proprie fonti di produzione giuridica»³⁶. Ne consegue una tendenziale relativizzazione della fonte legislativa in senso formale a favore di una normazione per principi e obiettivi, alla quale si correlano un'espansione del ruolo nomopoietico del giudice e dell'interprete e il progressivo affermarsi di una razionalità materiale-assiologica (caratteristica dei sistemi di *common law*) a discapito di una razionalità logico-formale di matrice codicistica (tipica, invece, dei sistemi di *civil law*)³⁷.

La configurazione in termini essenzialmente “giurisprudenziali” del diritto comunitario, e l'espansione del ruolo del giudice che ne consegue, si rispecchia plasticamente anche nel meccanismo costituzionale che assicura, nel nostro ordinamento, la primazia del diritto dell'Unione europea³⁸.

Infatti, sulla base dell'art. 11 Cost., il contrasto fra fonti interne e diritto dell'Unione europea viene gestito direttamente dal giudice comune, cui spetta – in costante e diretto dialogo con la Corte di giustizia – un controllo diffuso di compatibilità europea delle norme nazionali. In particolare, all'organo giurisdizionale sono attribuiti due strumenti che rendono operativo il principio di primazia del diritto dell'Unione: da un lato, la *disapplicazione* del diritto di produzione nazionale in contrasto con la fonte dell'Unione europea immediatamente applicabile³⁹ e, dall'altro lato, l'obbligo di *interpretazione europeisticamente conforme*, quando la norma UE non presenta una simile caratteristica⁴⁰. In ciò gioca un ruolo fondamentale anche la Corte di giustizia, la quale –

³⁶ R.E. KOSTORIS, *Processo penale, diritto europeo e nuovi paradigmi del pluralismo giuridico postmoderno*, cit., p. 1183.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ Per un inquadramento della tematica cfr. B. NASCIMBENE, P. DE PASQUALE, *Il diritto dell'unione. Il sistema giurisdizionale. La Corte di giustizia e il giudice nazionale*, in G. LATTANZI, M. MAUGERI, G. GRASSO, L. CALCAGNO, A. CIRIELLO (a cura di), *Il diritto dell'unione europea e il ruolo del giudice nazionale*, 2023, p. 3 ss.

³⁹ Cfr. I. ANRÒ, J. ALBERTI, *Riflessioni sull'effetto diretto, sul primato e sulla disapplicazione del diritto nazionale*, in G. LATTANZI, M. MAUGERI, G. GRASSO, L. CALCAGNO, A. CIRIELLO (a cura di), *Il diritto dell'unione europea e il ruolo del giudice nazionale*, 2023, p. 51 ss.

⁴⁰ Cfr. A. CIRCOLO, *Il giudice nazionale e l'obbligo di interpretare il proprio diritto in maniera conforme al diritto dell'Unione*, in G. LATTANZI, M. MAUGERI, G. GRASSO, L. CALCAGNO, A. CIRIELLO (a cura di), *Il diritto dell'unione europea e il ruolo del giudice nazionale*, 2023, p. 51 ss.

anziché limitarsi ad offrire un'interpretazione del diritto dell'Unione europea, in coerenza con il proprio statuto ordinamentale – finisce spesso per operare un controllo diretto sul diritto legislativo interno attraverso l'*escamotage* dell'uso alternativo del rinvio pregiudiziale volto ad accertare la “non ostatività” del diritto europeo ad una determinata normazione nazionale⁴¹.

Quanto detto comporta, anzitutto, una rilevante estensione dei poteri ermeneutici del giudice comune, connessi – fra le altre cose – all'obbligo di esperire un'interpretazione eurounitariamente conforme delle norme interne, per ricondurle a compatibilità con il diritto dell'Unione anche non direttamente applicabile (come, ad esempio, una decisione-quadro, una direttiva non *self executing* o un consolidato orientamento giurisprudenziale della Corte di giustizia). Tanto più che il recepimento “generalista” e “minimalista” delle direttive europee⁴² ha demandato ancora più spazio al controllo diffuso del giudice nazionale nella loro implementazione, soprattutto quanto a rimedi e regime di invalidità in caso di loro violazione⁴³.

⁴¹ Poiché l'obiettivo del rinvio pregiudiziale è quasi sempre quello di verificare la compatibilità del diritto interno con quello dell'Unione, attraverso la formula della “non ostatività” la Corte di giustizia è in grado di fornire al giudice nazionale tutti gli elementi di interpretazione del diritto euro-unionale che gli consentano di rilevare eventuali profili di incompatibilità delle norme nazionali rilevanti per il caso da decidere. Tale forma di raccordo diretto fra giudici interni e Corte di giustizia rischia, a ben vedere, di marginalizzare il controllo di costituzionalità svolto dalla Corte costituzionale: ciò che rappresenta un ulteriore elemento di “destatualizzazione” dell'ordinamento nazionale.

⁴² Per un bilancio del periodo transitorio seguito all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona in campo processuale penale e per l'approccio generico e minimalista del legislatore del recepimento v. M. CAIANIELLO, *Dal Terzo pilastro ai nuovi strumenti: diritti fondamentali, “Road map” e l'impatto delle nuove direttive*, in *Dir. pen. contemp.*, 2015, 4, p. 70 ss.

⁴³ Cfr. A. CABIALE, *I rimedi nelle direttive di Stoccolma: poche parole e molti silenzi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 4, p. 2138 ss.; M. BIRAL, I. NERONI REZENDE, A. SANTANGELO, *Italy. Minimalistic transposition and substantial protection in the implementation of the EU defence rights directives*, in G. CONTISSA, G. LASAGNI, M. CAIANIELLO, G. SARTOR (edited by), *Effective protection of the rights of the accused in the EU directives. A computable approach to criminal procedure law*, Boston, 2022, spec. p. 142 ss., dove si rileva che «examining the transposition of the EU procedural rights directives, it has been clear from the outset that domestic courts play an essential role. [...] First, the substantial approach often applied by national judges has fostered the protection of fundamental rights whenever the national legislator implemented the EU Directives only partially, or via extremely general drafts. Furthermore, the domestic Courts' involvement has helped to correctly allocate the necessary resources and to respect a reasonable duration of criminal proceedings, avoiding the exploitation of European provisions to circumvent effective trials. However, the law-in-action has sometimes incurred in serious inconsistencies which have risked jeopardizing the protection of procedural guarantees put forward by European legislator. [...] In fact, the tolerance towards incomplete or ineffective implementation by national legislation conferred – as an

Si vede così come l'interpretazione conforme, unitamente alla disapplicazione della norma interna in contrasto con il diritto euro-unionale, rappresenti un primo elemento potenzialmente capace di mettere in crisi i tradizionali canoni della legalità nazionale, con rilevanti ricadute anche sul piano della tassatività delle nullità processuali⁴⁴.

In realtà, l'interpretazione conforme (peraltro ben conosciuta anche in ambito interno con riferimento all'ermeneutica costituzionalmente orientata) non chiama necessariamente in causa una tensione con i principi di legalità e tassatività, ove correttamente intesa come tecnica che impone di privilegiare, fra più soluzioni coerenti con la lettera della legge e il sistema normativo nel suo complesso, quella più armonica con un determinato parametro giuridico di riferimento.

Sennonché, il modo europeo di intendere lo strumento dell'interpretazione conforme, come dimostrerebbe il celebre caso *Pupino*⁴⁵ – che ha inaugurato siffatto orientamento ermeneutico –, rischia di porsi in tensione con il principio di legalità nazionale, nella misura in cui nella richiamata pronuncia la Corte di giustizia – pur affermando in linea di principio che l'interpretazione conforme non può servire da fondamento per un'interpretazione *contra legem* – ha invitato il giudice nazionale a considerare il diritto nazionale nel suo complesso, al fine di valutare in che misura l'interpretazione di quest'ultimo possa sfociare in un risultato non contrario a quello perseguito dalla decisione-quadro. In tal modo, la Corte ha offerto al giudice comune uno strumento ermeneutico in grado di giungere – anche in deroga a singole norme di diritto processuale interno di carattere eccezionale e di tenore tassativo – a un risultato conforme al diritto europeo⁴⁶.

inevitable outcome – a relevant amount of discretion to the judiciary, undermining legal certainty and individual autonomy».

⁴⁴ Cfr. M. CAIANIELLO, *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nelle invalidità processuali penali*, cit., p. 152 ss.

⁴⁵ C. giust. UE, 16 giugno 2005, in C-105/03, *Pupino*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 3167 ss.

⁴⁶ Nel caso specifico, la normativa italiana non prevedeva esplicitamente modalità di audizione protetta per le vittime minorenni in determinate situazioni, ma la Corte di giustizia ha richiesto che fossero adottate queste misure per conformarsi agli obiettivi della decisione quadro sulla protezione delle vittime vulnerabili. Si deroga così ad una inequivoca previsione di legge interna – il numero chiuso dei casi di incidente probatorio – invocando la decisione quadro 2001/220/GAI in materia di protezione della vittima, che non si occupa specificamente del problema in quanto si limita a dettare generali linee guida di tutela della vittima in alcuni settori dell'ordinamento, tra cui in particolare nel processo penale.

Per questo motivo, anche alla luce del potere generalizzato di disapplicazione delle fonti in contrasto con il diritto euro-unionale, una parte della dottrina considera ormai ineffettivo il divieto di operare un'interpretazione *contra legem*⁴⁷, e comunque ritiene che una preclusione del genere non possa operare se l'interpretazione creativa, necessaria per adeguare il testo legislativo alla fonte europea, persegua lo scopo di tutelare più efficacemente i diritti fondamentali⁴⁸. Ciò che costituisce, evidentemente, un grimaldello formidabile per superare un'ermeneutica formalistica del sistema processuale delle nullità, a seconda che vi sia (o non vi sia) l'esigenza di tutelare un diritto processuale fondamentale: ad esempio, aderendo a questa impostazione, potrebbe ritenersi *eurounitariamente invalido* un atto processuale che, ancorché non tale per il diritto interno, violi un principio o un diritto fondamentale riconosciuto dal diritto europeo (anche non direttamente applicabile) e quindi sia di ostacolo all'effettivo raggiungimento degli obiettivi dell'Unione (c.d. principio dell'effetto utile); oppure, portando il ragionamento alle estreme conseguenze, che un atto nullo per il diritto venga ritenuto valido, o comunque sanato, laddove non sia in concreto violata alcuna posizione protetta dal diritto europeo.

Insomma, come è intuibile, questo modo di intendere l'interpretazione eurounitariamente conforme appare potenzialmente in grado di offrire una base teorico-ideale a sostegno delle istanze sostanzialistiche già presenti nella giurisprudenza nazionale. Infatti, ci troviamo di fronte ad un metodo che consente al giudice nazionale – con l'avallo della giurisprudenza della Corte di giustizia – di far propria una soluzione interpretativa di per sé non sostenibile sulla base dei canoni ermeneutici dell'interpretazione letterale e sistematica tipici del nostro sistema giuridico interno, bensì fondata su valutazioni sostanzialistiche di concreta compromissione dei diritti processuali, sconfinando così nel campo della vera e propria attività normativa⁴⁹.

⁴⁷ Cfr. R.E. KOSTORIS, *op. cit.*, p. 1190, spec. nt. 34.

⁴⁸ V. A. KLIP, *Contra legem*, in *European journal of crime, criminal law and criminal justice*, 2014, p. 105 ss.

⁴⁹ Cfr. M. CAIANIELLO, *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nelle invalidità processuali penali*, cit., p. 154.

2.2. (Segue.) *La circolazione giuridico-culturale dei principi europei di ispirazione sostanzialistica.*

L'espansione del potere creativo del giudice connessa all'operazione di interpretazione eurounitariamente conforme delle fattispecie processuali appare potenzialmente in grado di influire sulla disciplina delle nullità anche in quanto rappresenta un veicolo di omogeneizzazione culturale e uno strumento di circolazione dei principi europei e delle connesse modalità di sindacato giurisdizionale⁵⁰. Il ruolo del giudice nazionale nella nuova dimensione multilivello, infatti, è anche quello di favorire un'armonizzazione *per via ermeneutica* dei sistemi interni, contribuendo a creare la fiducia reciproca necessaria nella prospettiva della cooperazione giudiziaria e del mutuo riconoscimento.

Ebbene, fra i principi e le regole generali del diritto dell'Unione europea se ne rinvengono molteplici di ispirazione prettamente sostanzialistica, soprattutto con riguardo alla materia dell'invalidità o, comunque, delle reazioni e dei rimedi alle violazioni, anche procedurali, di norme europee. Il loro innesto nel nostro sistema, dunque, non potrà che porre ulteriormente in questione la tradizionale concezione formale delle invalidità processuali.

Ad esempio, ai sensi dell'art. 253, par. 2, TFUE sono idonee ad invalidare gli atti dell'Unione europea solamente le violazioni di «forme sostanziali», sicché il sistema di invalidità europeo appare fortemente legato al dato sostanziale, ossia alla trasgressione di forme realmente influenti sul contenuto degli atti o concretamente violative degli interessi presidiati dalle regole procedurali. Ciò implica l'attribuzione alla Corte di giustizia di una rilevante discrezionalità nel valutare quali formalità abbiano un carattere sostanziale, introducendo in tal modo un ulteriore elemento di flessibilità nel sistema, potenzialmente destinato ad influire – mediante meccanismi di circolazione giuridico-culturale – anche sul metodo di rilevazione delle nullità processuali nell'ordinamento interno.

Inoltre, la Corte di giustizia afferma costantemente – quale principio giurisprudenziale – che i rimedi alle violazioni unionali devono essere rimessi ad un previo

⁵⁰ Rileva come la tecnica dell'interpretazione conforme abbia «finito inevitabilmente per importare nell'ordinamento nazionale non solo i principi europei, ma anche la logica decisoria ad essi sottesa» O. MAZZA, *Le garanzie deboli nel relativismo della Corte di Strasburgo*, in ID., *Tradimenti di un Codice. La procedura penale a trent'anni dalla grande riforma*, Torino, 2020, p. 110.

harmless error and proportionality test (giudizio di offensività della violazione e di proporzionalità della reazione). In altri termini, la conseguenza *lato sensu* sanzionatoria alle violazioni del diritto euro-unionale (come potrebbe essere, sul piano processuale, la nullità di un atto o una regressione procedurale) deve essere sempre giustificata dalla presenza (e rapportata alla gravità) di un pregiudizio sostanziale agli interessi comunitari⁵¹. Anche tale approccio potrebbe incentivare la diffusa tendenza della nostra giurisprudenza nazionale a condizionare la rilevazione delle nullità processuali ad una valutazione di “concreto pregiudizio” o comunque ad una previa ponderazione di interessi/valori in applicazione del principio di proporzionalità in campo processuale (ad esempio, in tema di regressioni procedurali e ragionevole durata)⁵².

Infine, può essere menzionato il principio del c.d. effetto utile, da ultimo esteso anche all’ambito della giustizia penale, il quale – al fine di assicurare l’effettività del diritto europeo – obbliga gli Stati membri a non arrecare un concreto pregiudizio agli obiettivi europei anche quando legiferino in materie di legislazione esclusiva. In base a tale principio, infatti, potrebbe essere considerata una violazione del diritto unionale una legislazione che in concreto comprometta un obiettivo europeo, anche laddove la disciplina non sia direttamente interessata dal diritto dell’UE, il quale rivelerebbe in tal modo un’ulteriore particolare *vis expansiva*, ancora una volta legata ad una valutazione di concreta effettività.

Ad esempio, in coerenza con tale principio, anche se la Corte di giustizia afferma frequentemente l’esigenza di assicurare l’autonomia procedurale e processuale degli Stati membri in quanto materia di legislazione esclusiva, è noto come siffatta riserva nazionale sia a sua volta limitata e orientata dai superiori principi di equivalenza ed effettività nella

⁵¹ Annovera la dottrina dell’errore inoffensivo e il test di proporzionalità fra i fattori di discrezionalità nell’attivazione dei rimedi e nell’erogazione delle sanzioni procedurali nel diritto europeo M. CAIANIELLO, *Procedural sanctions in the EU framework: toward a harmless error doctrine and practice?*, in M. CAIANIELLO, J.S. HODGSON (edited by), *Discretionary criminal justice in a comparative context*, Durham, 2015, p. 207 ss.

⁵² Cfr. M. CAIANIELLO, *Il principio di proporzionalità nel procedimento penale*, in *Dir. pen. contemp.*, 2014, 3/4, p. 143 ss.; M. BOSE, *The principle of proportionality and the protection of legal interests*, in *European criminal law review*, 2011, p. 35 ss.; D. HELENIUS, *Mutual recognition in criminal matters and the principle of proportionality: effective proportionality or proportionate effectiveness?*, in *New journal of European criminal law*, 2014, 5, p. 3.

tutela delle situazioni protette dal diritto euro-unionale⁵³. Questo significa che la disciplina procedurale interna potrebbe legittimamente recedere di fronte all'esigenza di assicurare l'equivalenza e l'effettività nel raggiungimento degli obiettivi europei, ove formulati in modo chiaro e incondizionato.

Ebbene, nel campo del processo penale tale principio potrebbe comportare non soltanto l'esigenza di derogare alle norme di legge nazionali al fine di tutelare *situazioni processuali* protette dal diritto europeo (come il diritto di difesa dell'imputato), ma anche l'eventualità di dover sacrificare situazioni processuali tutelate dalle norme di diritto interno allo scopo di assicurare effettività alle *situazioni sostanziali* di rilievo euro-unionale connesse all'oggetto dell'accertamento processuale (come, ad esempio, l'interesse giuridico assistito da una fattispecie di reato, ove avente rilievo euro-unionale). Si tratta di un'ipotesi tutt'altro che irrealistica, posto che quanto da ultimo descritto è esattamente ciò che è stato prospettato nella celebre sentenza *Taricco* della Corte di giustizia in materia di prescrizione dei reati posti a tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea (materia che, come si avrà modo di vedere, è europeisticamente concepita come di natura processuale)⁵⁴.

In conclusione, vengono in causa principi e metodi che – progressivamente recepiti nel nostro ordinamento attraverso meccanismi di circolazione giuridico-culturale nel dialogo fra le corti – appaiono potenzialmente in grado di offrire un ulteriore strumento tecnico, o perlomeno un elemento giustificativo, ai tentativi di operare per via giurisprudenziale una revisione in senso sostanziale del sistema interno delle nullità.

⁵³ Cfr. C. IANNONE, *L'autonomia procedurale dei giudici nazionali nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in M. G. LATTANZI, M. MAUGERI, G. GRASSO, L. CALCAGNO, A. CIRIELLO, *Il diritto europeo e il giudice nazionale*, 2023, p. 25 ss.

⁵⁴ C. giust. UE, Grande sezione, 8 settembre 2015, in C-105/14, *Taricco*, in *Cass. pen.*, 2015, 12, p. 4602 ss. Si consideri che, nella prospettiva europea, la prescrizione è considerata una disciplina di rango processuale e pertanto non è considerata soggetta ai limiti derivanti dal principio di legalità sostanziale, come quello del divieto di retroattività. Su queste basi la Corte di giustizia ha ritenuto doverosamente disapplicabile la disciplina nazionale in materia di prescrizione al fine di assicurare gli obblighi di risultato discendenti dall'art. 325 TFUE.

2.3. (Segue.) *Mutuo riconoscimento e direttive di armonizzazione.*

Un terzo elemento di potenziale condizionamento del sistema interno delle nullità processuali è rappresentato dall'effetto di ravvicinamento e omogeneizzazione fra gli ordinamenti nazionali derivante dal principio del *mutuo riconoscimento* delle sentenze e delle decisioni giudiziarie e dagli obblighi di attuazione delle decisioni-quadro e delle direttive europee per l'*armonizzazione in materia*, entrambi espressamente richiamati dall'art. 82 TFUE. Come è stato sostenuto⁵⁵, infatti, mentre le decisioni-quadro e le direttive di armonizzazione sono in grado di realizzare una "ibridazione verticale", fra ordinamenti statali e diritto dell'Unione europea, il mutuo riconoscimento opera invece una "ibridazione orizzontale", fra sistemi giuridici degli Stati membri, in tal modo accelerando la tendenza, già in atto, ad una progressiva diluizione fra ordinamenti di *civil* e di *common law*.

Nello specifico, il mutuo riconoscimento costituisce la pietra angolare della cooperazione giudiziaria penale dell'UE e si basa sull'idea che ogni stato membro debba riconoscere ed eseguire le decisioni giudiziarie emesse da un altro Stato membro senza ulteriori "formalità", salvo eccezioni specifiche⁵⁶. Questo principio presuppone un alto livello di fiducia reciproca tra i sistemi giudiziari degli stati membri, fondato sulla condivisione di standard comuni in materia di diritti fondamentali e procedure giudiziarie.

Il presupposto teorico è quello di estendere una delle quattro libertà tipiche dell'Unione – quella di circolazione – alla materia delle decisioni giudiziarie, unitamente a quella delle persone, dei beni, dei servizi e dei capitali⁵⁷, realizzando un vero e proprio "libero scambio" di prodotti giudiziari, confezionati secondo regole nazionali diverse⁵⁸.

⁵⁵ R.E. KOSTORIS, *op. cit.*, p. 1197 ss.

⁵⁶ Cfr. J.R. SPENCER, *Il principio del mutuo riconoscimento*, in R.E. KOSTORIS (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, Torino, 2019, p. 341 ss.

⁵⁷ Cfr. M. CAIANIELLO, *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nelle invalidità processuali penali*, cit., p. 156, per il quale «si tratta degli esiti conseguenti alla estensione delle regole concepite per il mercato comune all'area della libertà, sicurezza e giustizia»; sul tema v. l'analisi genealogica dell'istituto condotta da L. KLIMEK, *Mutual recognition of Judicial Decisions in European Criminal Law*, Berlino, 2017.

⁵⁸ Cfr. A. KLIP, *European criminal law: an integrative approach*, cit., p. 22: «One consequence of the complete merger of the internal market and the area of freedom, security and justice is that all the

Le sentenze e le decisioni giudiziarie, una volta adottate, sono così libere di circolare e produrre i propri effetti giuridici in tutti gli ordinamenti statuali dell'Unione, essendo gli Stati membri chiamati ad equipararle sotto ogni aspetto alla decisione emanata dalla propria autorità giudiziaria: ciò che, secondo l'approccio funzionalista tipico della strategia di integrazione europea, dovrebbe condurre ad un inevitabile ravvicinamento dei sistemi giuridici nazionali, come è avvenuto in ambito economico⁵⁹.

In realtà, come è stato sostenuto, il mutuo riconoscimento rischia di comportare – più che un ravvicinamento delle legislazioni nazionali – una «delegificazione “per trascuramento”»⁶⁰. Il giudice nazionale, infatti, potrebbe essere portato a dare minore importanza al rispetto delle regole interne, essendo consapevole di non poterle comunque osservare con riguardo ai materiali che provengono dall'esterno⁶¹.

È evidente che tale prospettiva è in grado di produrre conseguenze «potenzialmente devastanti»⁶² sul regime interno delle nullità processuali penali, in quanto sancisce la fine delle “regole”, quale fonte primaria di soluzione delle questioni giuridiche. Se, infatti, un provvedimento giudiziale produce gli stessi effetti all'interno dell'ordinamento a prescindere dal rispetto delle specifiche disposizioni che disciplinano la sua adozione, «sol perché lo si postula rispondente a certi principi e standard comuni a livello europeo [...] ne deriva che il giudice sarà portato, nel lungo termine, a considerare meno rilevanti, quasi innocue, anche le violazioni delle regole del proprio sistema, purché i principi generali non gli appaiano in concreto compromessi»⁶³. Del resto, la reciproca fiducia fra gli Stati sulla quale si fonda il sistema del mutuo riconoscimento discende dalla garanzia del

principles that have been developed under Community law for the realization of the internal market are now fully applicable to all fields of the Union law, including former Third Pillar law».

⁵⁹ Contesta tale equiparazione M. CAIANIELLO, *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nelle invalidità processuali penali*, cit., p. 156: «i principi del mercato comune sono stati concepiti perché, favorendo la concorrenza, avrebbero avuto come risultato di agevolare i consumatori. Ma quello delle decisioni giudiziarie non è un mercato, e la libera circolazione dei relativi prodotti non favorisce i privati individui, quanto, semmai, le autorità pubbliche destinate ad amministrare la giustizia penale».

⁶⁰ R.E. KOSTORIS, *op. cit.*, p. 1200.

⁶¹ Cfr. M. CAIANIELLO, *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nelle invalidità processuali penali*, cit., p. 156 ss.

⁶² M. CAIANIELLO, *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nelle invalidità processuali penali*, cit., p. 158.

⁶³ *Ibidem*.

rispetto di principi fondamentali, a prescindere dal dettaglio delle specifiche disposizioni, che possono inevitabilmente variare a seconda della diversa realtà statuale di provenienza.

«Si produce in tale maniera un percorso inverso a quello che appartiene alla tradizione continentale di applicazione del diritto. In quest'ottica il principio, in quanto tale, a causa della sua genericità, necessita di essere concretizzato attraverso le regole; in quella sviluppata attraverso il mutuo riconoscimento, al contrario, le regole, lungi dal dare corpo concreto ai postulati generali del sistema, costituiscono un *trompe l'oeil*, quasi un ostacolo, capace di distrarre l'interprete dal suo vero essenziale scopo: che i principi siano in concreto rispettati»⁶⁴.

Insomma, si potrebbe dire che nel settore della cooperazione giudiziaria l'«effetto Bruxelles»⁶⁵ operi al contrario rispetto a quanto avviene nella regolazione del mercato: anziché spingere gli Stati a dettare regole maggiormente garantistiche affinché le proprie decisioni giudiziarie possano avere ingresso in Paesi con più elevati standard di tutela processuale, in una prospettiva di omogeneizzazione «al rialzo», il criterio del mutuo riconoscimento rischia di incentivare una gara «al ribasso», livellando le tutele processuali al rispetto dei principi e delle garanzie minime comuni a livello europeo.

A questo rischio «regressivo» non sembrerebbe di ostacolo neppure il principio di salvaguardia della maggior tutela nazionale dei diritti fondamentali espresso dall'art. 53 della Carta di Nizza, a mente del quale «nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti [...] dalle costituzioni degli Stati membri». Come, infatti, sancito dalla Corte di giustizia dell'UE nel caso *Melloni*⁶⁶, l'esigenza di assicurare l'effettività e l'uniformità del diritto dell'Unione, e nella specie la decisione-quadro sul c.d. mandato di arresto europeo (MAE), impone agli Stati, nell'esecuzione degli obblighi discendenti dal diritto UE, la disapplicazione delle norme nazionali incompatibili anche laddove

⁶⁴ M. CAIANIELLO, *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nelle invalidità processuali penali*, cit., p. 159.

⁶⁵ Il riferimento è alla nota tesi di A. BRADFORD, *The Brussels Effect. How the European Union rules the world*, Oxford, 2020, secondo la quale l'ordinamento europeo spingerebbe ad una competizione «al rialzo» fra gli Stati nella regolazione del mercato globalizzato.

⁶⁶ C. giust. UE, Grande sezione, 26 febbraio 2013, in C-399/11, *Melloni*, in *Cass. pen.*, 2013, 5, p. 2066.

assicurino standard di protezione dei diritti fondamentali più elevati di quelli europei⁶⁷, alla condizione che non vengano lesi i diritti fondamentali e nucleari della persona, come unitariamente stabiliti a livello continentale⁶⁸.

Sul piano interno, dunque, il metodo del mutuo riconoscimento e i diversi strumenti di cooperazione giudiziaria rischiano così di tradursi in una maggiore attenzione riservata alla verifica empirica del rispetto dei diritti fondamentali, relegando nel novero dei vizi innocui tutte le violazioni che di fatto non siano ritenute lesive delle prerogative essenziali degli individui, ancorché riguardanti prescrizioni che assicurano standard garantistici più elevati. Tale logica corrobora, a ben vedere, il percorso ermeneutico oggi particolarmente in voga nelle corti nazionali, in cui il mancato rispetto della regola – così come l'ottemperanza alla stessa – non è affatto dirimente, occorrendo sempre una verifica sostanziale sulla effettiva lesione dei diritti fondamentali riconosciuti alla parte interessata⁶⁹.

Il ravvicinamento “funzionale” fra le legislazioni nazionali realizzato attraverso il principio del mutuo riconoscimento è sostenuto anche da una parallela armonizzazione “strutturale” fra gli ordinamenti, operata mediante il riferimento alle precedenti decisioni quadro (che sono state parificate alle direttive) e all'adozione delle nuove direttive europee, precedentemente richiamate⁷⁰. A queste vanno affiancate le varie iniziative nel frattempo intervenute sotto il profilo organizzativo (Eurojust, Procura europea)⁷¹, la direttiva 2014/41/UE sull'ordine europeo di indagine (OEI) e il riconoscimento dei provvedimenti

⁶⁷ Nel caso di specie si trattava delle disposizioni relative ai diritti delle persone condannate *in absentia*.

⁶⁸ Anche la Corte cost., ord. 26 gennaio 2017, n. 24, ha sintomaticamente affermato che «in quel caso una soluzione opposta avrebbe inciso direttamente sulla portata della Decisione quadro 26 febbraio 2009, n. 2009/299/GAI (Decisione quadro del Consiglio che modifica le decisioni quadro 2002/584/GAI, 2005/214/GAI, 2006/783/GAI, 2008/909/GAI e 2008/947/GAI, rafforzando i diritti processuali delle persone e promuovendo l'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle decisioni pronunciate in assenza dell'interessato al processo), e avrebbe perciò comportato la rottura dell'unità del diritto dell'Unione in una materia basata sulla reciproca fiducia in un assetto normativo uniforme».

⁶⁹ Cfr. M. CAIANIELLO, *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nelle invalidità processuali penali*, cit., p. 160.

⁷⁰ Cfr. *supra* nt. 29 e 32.

⁷¹ Per un inquadramento, v. G. DE AMICIS, R.E. KOSTORIS, *La cooperazione verticale*, in R.E. KOSTORIS (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, Torino, 2019, p. 235 ss.

di congelamento di confisca dei beni in procedimenti in materia penale (Regolamento 2018/1805/UE).

Come è stato detto, la lettura di tale materiale normativo restituisce una serie di «fattispecie impregnate di effettività»⁷² che concorreranno ulteriormente all’espandersi del criterio sostanzialistico ed empirico del “pregiudizio effettivo” già adottato dalle nostre corti. Tanto più che il già segnalato recepimento generalista e minimalista da parte del legislatore nazionale lascia ancora più rilevanti margini al controllo diffuso del giudice nazionale nella loro implementazione, soprattutto quanto a rimedi e regime di invalidità in caso di loro violazione.

Si consideri ad esempio, a conferma del rilevato approccio sostanzialistico nell’applicazione del diritto interno sulla scorta del diritto euro-unionale, l’impatto abrogativo (pur a fini di espansione della tutela) sul regime di deducibilità delle nullità *ex art.* 182, comma 2, c.p.p. derivante dalla violazione sostanziale delle disposizioni in materia di diritto all’informazione e all’assistenza linguistica di cui alle direttive 2010/64/UE e 2012/13/UE, alla luce di una recente arresto della Corte di giustizia⁷³; oppure, la riconduzione ad una sanatoria *ex art.* 183, lett. b) c.p.p. delle violazioni meramente formali – in quanto innocue e prive di pregiudizio effettivo – della normativa interna di attuazione (d.lgs. n. 149/2017) della Direttiva 2014/41/UE sull’ordine europeo di indagine, prospettata dalla Corte di Cassazione in discontinuità rispetto al proprio precedente orientamento⁷⁴; e infine, il condizionamento della rilevazione della nullità per violazioni della

⁷² Cfr. M. CAIANIELLO, *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nelle invalidità processuali penali*, cit., p. 167.

⁷³ C. giust. UE, Sez. I, 1° agosto 2022, in C-242/22, PPU - T.L, in Cass. pen., 2023, 3, p. 1011 ss., con nota di E. GRISONICH, *Sui rimedi e sull’estensione delle direttive di Stoccolma alla fase post iudicatum: una sentenza dalle potenzialità dirompenti*, spec. p. 1036 ss. Nella sentenza, la Corte ha affermato che «l’art. 2, par. 1 e l’art. 3, par. 1, direttiva 2010/64/UE, nonché l’art. 3, par. 1, lett. d), direttiva 2012/13/UE, letti alla luce degli artt. 47 e 48, par. 2, CFFUE, nonché del principio di effettività, devono essere interpretati nel senso che essi ostano a una normativa nazionale in forza della quale la violazione dei diritti sanciti da tali previsioni deve essere invocata dall’interessato entro un termine determinato, a pena di decadenza, laddove questo termine inizi a decorrere ancora prima che il medesimo sia stato informato, in una lingua che egli parla o comprende, da un lato, della sussistenza e della portata del suo diritto all’interpretazione e alla traduzione e, dall’altro, dell’esistenza e del contenuto dell’atto fondamentale in questione, nonché degli effetti a esso collegati».

⁷⁴ Cass., sez. VI, 5 novembre 2020, n. 30885, Imp. S.E.M., in *Dir. pen. proc.*, 2021, 10, p. 1343 ss., con nota di G. MAZZA, *Ordine europeo di indagine: la forma soccombe davanti alla sostanziale assenza di pregiudizio*.

direttiva 2010/64/UE, nell'ambito della procedura passiva di mandato di arresto europeo, ad un pregiudizio effettivo ai diritti difensivi⁷⁵.

3. *La legalità processuale come controlimite costituzionale.*

La possibilità di accogliere le suggestioni provenienti dalle dottrine fino ad ora esaminate – e perciò la dimostrazione della loro capacità euristica e attitudine giustificativa delle tendenze creative della giurisprudenza nazionale – necessita ora di essere posta al vaglio del dato costituzionale, al fine di valutarne la loro reale tenuta ordinamentale. Occorre in particolare verificare se la tradizionale concezione della legalità continentale (legislativa, scritta, compiuta, astratta, formale *etc.*) possa ritenersi un principio supremo del nostro ordinamento tale da precludere l'ingresso nel diritto nazionale dei principi e metodi della legalità europea (giurisprudenziale, elastica, concreta, assiologica *etc.*), alla stregua della teoria dei controlimiti⁷⁶.

La possibilità di individuare un controlimite costituzionale all'ingresso nel nostro ordinamento dei principi e dei metodi della nuova legalità giudiziaria europea, laddove aventi un impatto derogatorio sul principio di tassatività delle nullità processuali penali, presuppone preliminarmente di verificare l'estendibilità della garanzia della legalità penale sostanziale alla materia penale processuale⁷⁷, la quale non parrebbe ricevere un'equivalente considerazione a livello di diritto europeo, che menziona espressamente solamente la prima (cfr. art. 49 della Carta di Nizza).

⁷⁵ Cass., sez. VI, 8 novembre 2023, n. 45293, in Cass. pen., 2024, 4, p. 1250, con nota di N. PASCUCCI, Procedura passiva di consegna del mandato d'arresto europeo e traduzione degli atti: i chiarimenti della cassazione non fugano tutti i dubbi interpretativi.

⁷⁶ Come noto, essi identificano i principi supremi dell'ordinamento la cui salvaguardia rappresenta una *condicio sine qua non* affinché sia ammissibile l'integrazione del diritto UE nell'ordinamento italiano. Si tratta di una teoria elaborata dalla Corte costituzionale italiana, la quale per prima ha individuato tale parametro a partire dalla storica sentenza Frontini del 18 dicembre 1973, n. 183, riservandosene il sindacato mediante la declaratoria di incostituzionalità della legge di recepimento del Trattato *nella parte in cui* consente l'"ingresso" dell'atto normativo violativo del controlimite.

⁷⁷ Sull'estensibilità del principio di legalità al processo v. S. MARCOLINI, *La prescrizione del reato tra diritto e processo: dal principio di legalità sostanziale a quello di legalità processuale*, in Cass. pen., 2016, p. 362 s.; M. DANIELE, *La triangolazione delle garanzie processuali fra diritto dell'Unione europea, CEDU e sistemi nazionali*, in Dir. pen. contemp., 2016, 4, p. 48 s.; O. MAZZA, *Scelte politiche "europee" e limiti costituzionali in tema di prescrizione del reato*, in Arch. pen., 2015, p. 775 s.

A questo riguardo, come si è detto in più occasioni, non sembrerebbero difettare disposizioni di rango costituzionale che consentono di affermare che il principio di legalità si estenda anche al versante processuale: dalla precostituzione *per legge* del giudice naturale (art. 25, II comma, Cost.), all’attuazione della giurisdizione mediante il giusto processo *regolato dalla legge* (art. 111, I comma, Cost.)⁷⁸, la *quale sola* è chiamata a garantire i diritti di difesa dell’imputato nel processo (art. 111, III comma, Cost.) in bilanciamento con la necessità di assicurarne una ragionevole durata (art. 111, comma II, Cost.): difesa che è, al contempo, diritto inviolabile *in ogni stato e grado* del procedimento (art. 24 Cost.), ciò implicando che tale diritto debba essere riconosciuto e inderogabilmente tutelato *a prescindere* da qualsiasi considerazione in ordine allo stato (ancorché avanzato) della dinamica processuale; alla *soggezione* del giudice soltanto *alla legge* (art. 101, II comma, Cost.), in quanto unica garanzia di parità delle parti, terzietà e imparzialità del giudice nel processo (art. 111, II comma, Cost.), oltre che di autonomia e indipendenza del potere giudiziario da ogni altro potere, compreso evidentemente quello legislativo (art. 104, comma I, Cost.); alla ricorribilità per Cassazione delle sentenze e dei provvedimenti sulla libertà personale per *violazione di legge* (art. 111, VII comma, Cost.) e, infine, alla sottoposizione del Pubblico Ministero *alla legge*, cui è vincolato nel far valere la pretesa punitiva, *senza alcuna discrezionalità* nell’esercizio dell’azione penale (art. 112 Cost.).

Come rilevato in esordio al presente capitolo, il problema è che tali riferimenti costituzionali presuppongono a monte di accertare cosa debba intendersi per “legge”. L’avvento dell’ordinamento multilivello ha infatti favorito l’idea di una metamorfosi di questo concetto, così da ricomprendervi ogni materiale normativo anche di matrice giurisprudenziale. Di conseguenza, molti escludono la possibilità di opporre un siffatto

⁷⁸ Cfr. D. NEGRI, *Splendori e miserie della legalità processuale*, cit., p. 421 ss.; O. MAZZA, *Cedu e diritto interno*, in A. GAITO (a cura di), *I principi europei del processo penale*, Roma, 2016, p. 12-13, secondo il quale «si potrebbe addirittura giungere alla conclusione che la doverosa apertura alla fonte internazionale comprometta il principio di legalità processuale postulato dall’art. 111 comma I Cost. nell’affermare che la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge». In tal modo va evidenziato «l’evidente controlimite rappresentato proprio dal principio costituzionale di legalità processuale, che dovrebbe escludere in radice la possibilità di creare norme di diritto giurisprudenziale non riferibili interpretativamente a disposizioni di legge [...]: caduta la legalità, la disciplina processuale rischia di essere completamente asservita al potere giurisdizionale».

controlimite, nonostante l'inequivocabile disegno del costituente⁷⁹. È di tutta evidenza, però, la circolarità argomentativa insita in tale ragionamento: la tradizionale concezione della legalità statuale non potrebbe costituire un controlimite all'ingresso della nuova legalità giudiziaria europea, giacché quest'ultima sarebbe diventata parte integrante di quella stessa legalità, in virtù del processo di integrazione fra gli ordinamenti.

Coglie dunque nel segno il rilievo secondo il quale affermare che il concetto di legge a cui si riferisce la nostra Costituzione agli artt. 111 e 101 sia circoscritto – come per il diritto penale sostanziale – al prodotto “legislativo” in senso stretto (alla *lex parlamentaria*, in ottica nazionale, o alle fonti legislative di matrice europea), e quindi postulare l'esistenza di un controlimite ordinamentale all'ingresso del diritto giurisprudenziale europeo, significa in realtà evocare «uno scontro tra paradigmi, evidenziando la mai del tutto composta frattura che si avverte nel sistema del diritto contemporaneo, tra la cultura di *civil law* a cui si ispirano i Paesi dell'Europa continentale, compreso il nostro, e la cultura di *common law* da cui trae invece per larga parte alimento il diritto europeo. O, se si preferisce considerare il problema in una prospettiva diversa, tra i canoni positivistici moderni di matrice illuministica che caratterizzano la legalità normativa statuale e le categorie giuridiche postmoderne della legalità giudiziale europea»⁸⁰.

Se questi sono i termini della questione, allora è evidente che la soluzione al problema non può essere offerta dalla analisi delle sole disposizioni costituzionali relative alla giurisdizione, ma deve guardare al sistema ordinamentale nel suo complesso.

La Corte costituzionale italiana ha avuto occasione di affrontare *ex professo* la questione nella nota ordinanza sul caso *Taricco*⁸¹ che, pur avendo ad oggetto immediato profili di diritto penale sostanziale, contiene importanti riferimenti anche al versante

⁷⁹ V. quanto sostiene la dottrina *supra* §§ 2 ss.

⁸⁰ R.E. KOSTORIS, *La Corte costituzionale e il caso Taricco, tra tutela dei “controlimiti” e scontro tra paradigmi*, in *Dir. pen. contemp.*, 2017, 3, p. 207 s.; nonché ID., *Dal penale nazionale al penale transnazionale: le dinamiche del processo nell'intreccio tra un diritto per regole e un diritto per principi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2024, 1, p. 14, nt. 32, dove si sostiene «quel preteso controlimite non può essere opposto perché presupporrebbe di respingere praticamente in blocco tutta la disciplina europea che è strutturata per principi: non si tratterebbe più, dunque, di un controlimite, ma di una totale blindatura del codice di rito nel suo complesso, che evidentemente non è ipotizzabile nel quadro dei rapporti tra diritto interno e diritto europeo».

⁸¹ Corte Cost., ord. 26 gennaio 2017, n. 24, in *Cass. pen.*, 2017, 4, p. 1334.

processuale, in ragione della ben nota ambivalenza qualificatoria della disciplina in materia di prescrizione fra diritto nazionale e diritto europeo.

In quell'occasione la Corte ha avuto modo di affermare che «la sentenza resa in causa Taricco ha escluso l'incompatibilità della regola lì affermata rispetto all'art. 49 della Carta di Nizza con riguardo al solo divieto di retroattività, mentre non ha esaminato l'altro profilo proprio del principio di legalità, ovvero la necessità che la norma relativa al regime di punibilità sia *sufficientemente determinata*. È questa un'esigenza comune alle tradizioni costituzionali degli Stati membri, presente anche nel sistema di tutela della CEDU, e come tale incarna un principio generale del diritto dell'Unione (si veda la già citata sentenza 12 dicembre 1996, in cause C-74/95 e C-129/95). Anche se si dovesse ritenere che la prescrizione ha natura processuale, o che comunque può essere regolata anche da una normativa posteriore alla commissione del reato, ugualmente resterebbe il principio che *l'attività del giudice chiamato ad applicarla deve dipendere da disposizioni legali sufficientemente determinate*. In questo principio si coglie un tratto costitutivo degli ordinamenti costituzionali degli Stati membri di *civil law*. Essi non affidano al giudice il potere di creare un regime legale penale, in luogo di quello realizzato dalla legge approvata dal Parlamento, e in ogni caso *ripudiano l'idea che i tribunali penali siano incaricati di raggiungere uno scopo, pur legalmente predefinito*, senza che la legge specifichi con quali mezzi e in quali limiti ciò possa avvenire. Il largo consenso diffuso tra gli Stati membri su tale principio cardine della divisione dei poteri induce a ritenere che l'art. 49 della Carta di Nizza abbia identica portata, ai sensi dell'art. 52, paragrafo 4, della medesima Carta»⁸².

Stante le descritte premesse ordinamentali, con specifico riferimento alla questione sottoposta al suo giudizio, la Corte ha così concluso che «l'art. 325 del TFUE, pur formulando un obbligo di risultato chiaro e incondizionato, secondo quanto precisato dalla Corte di giustizia, omette di indicare con sufficiente analiticità il percorso che il giudice penale è tenuto a seguire per conseguire lo scopo. In questo modo però *si potrebbe permettere al potere giudiziario di disfarsi, in linea potenziale, di qualsivoglia elemento normativo che attiene alla punibilità o al processo*, purché esso sia ritenuto di ostacolo alla repressione del reato. Questa conclusione eccede il limite proprio della funzione

⁸² *Ivi*, in diritto.

giurisdizionale nello Stato di diritto quanto meno nella tradizione continentale, e non pare conforme al principio di legalità enunciato dall'art. 49 della Carta di Nizza»⁸³.

In altri termini, secondo la Corte costituzionale italiana, rappresenta un tratto costitutivo e distintivo degli ordinamenti giuridici degli Stati membri di *civil law* – e quindi una vera e propria tradizione costituzionale comune e, in quanto tale, parte integrante del diritto dell'Unione quale principio generale ex art. 6, par. 3, TUE – la *sufficiente determinatezza* (leggasi anche: tassatività) delle fattispecie penali, anche processuali, e il correlato divieto di un giudice penale “di scopo”, cui siano cioè demandate valutazioni discrezionali di effettività nell'applicazione del diritto⁸⁴.

Infatti, continua la Corte: «perlomeno nei paesi di tradizione continentale, e certamente in Italia, ciò avvalora (finanche in seno al diritto dell'Unione, in quanto rispettoso dell'identità costituzionale degli Stati membri) l'imprescindibile imperativo che simili scelte [di diritto penale, n.d.r.] si incarnino in testi legislativi offerti alla conoscenza dei consociati. Rispetto a tale origine nel diritto scritto di produzione legislativa, l'ausilio interpretativo del giudice penale non è che un *posterius* incaricato di scrutare nelle eventuali zone d'ombra, individuando il significato corretto della disposizione *nell'arco delle sole opzioni che il testo autorizza e che la persona può raffigurarsi leggendolo*. Il principio di determinatezza ha una duplice direzione, perché non si limita a garantire, nei riguardi del giudice, la conformità alla legge dell'attività giurisdizionale mediante la produzione di regole adeguatamente definite per essere applicate, ma assicura a chiunque “una percezione sufficientemente chiara ed immediata” dei possibili profili di illiceità penale della propria condotta (sentenze n. 327 del 2008 e n. 5 del 2004; nello stesso senso, sentenza n. 185 del 1992). Se è vero che anche “la più certa delle leggi ha bisogno di

⁸³ *Ivi*, in diritto.

⁸⁴ Cfr. A. TANCREDI, *Of direct effect, primacy and constitutional identities: Rome and Luxembourg enmeshed in the Taricco case*, in *Questions of International Law*, 31 marzo 2017: «a questo proposito, non è possibile “che il diritto dell'Unione stabilisca un obiettivo quanto al risultato per i giudici penali e che i giudici siano tenuti a conseguirlo con tutti i mezzi disponibili nell'ordinamento giuridico, senza alcuna legislazione che stabilisca definizioni dettagliate di circostanze di fatto e prerequisiti”. In altre parole, utilizzare il diritto dell'Unione (in questo caso l'articolo 325 TFUE) come uno “scudo” (che rende inapplicabile il diritto interno rilevante) quando non è possibile utilizzarlo come una “spada” (vale a dire, applicare il diritto dell'Unione al posto del diritto interno divergente, per mancanza di dettagli o precisione) solleva problemi specifici in materia penale, dove il “diritto” deve soddisfare requisiti qualitativi quali la certezza e, quindi, la prevedibilità delle conseguenze prodotte da una determinata condotta».

“letture” ed interpretazioni sistematiche” (sentenza n. 364 del 1988), resta fermo che esse non possono surrogarsi integralmente alla *praevia lex scripta*, con cui si intende garantire alle persone “la sicurezza giuridica delle consentite, libere scelte d’azione” (sentenza n. 364 del 1988)».

Insomma, il ragionamento svolto dalla Corte appare, nei suoi esiti, esattamente all’opposto di quanto sostenuto dalla dottrina precedentemente richiamata che, al fine di escludere l’opponibilità del controlimite della legalità processuale di stampo codicistico all’ingresso della legalità giudiziale europea, ritiene che quest’ultima sia ormai compiutamente integrata nella prima, anche a livello costituzionale. Al contrario, la concezione della legalità propria dei Paesi di tradizione costituzionale di *civil law* – con i suoi corollari di prevedibilità e sufficiente determinatezza – sarebbe essa stessa parte del diritto europeo in quanto principio generale e, pertanto, anche la legalità “scritta” di matrice continentale dovrebbe considerarsi a tutti gli effetti parte integrante della nozione europea di legalità. Ne consegue che sarebbero piuttosto le norme dei Trattati e delle Carte europee, quale l’art. 49 della Carta di Nizza, a doversi conformare a tale esigenza, dovendosi altrimenti attivare il controlimite costituzionale⁸⁵.

Infatti, in un sistema di *civil law* (e tanto più in una democrazia parlamentare), ove non esiste il vincolo al precedente giurisprudenziale neppure per le decisioni delle corti nomofilattiche, la determinatezza e la conseguente prevedibilità delle regole rappresentano elementi costitutivi e indefettibili dei principi supremi del nostro ordinamento, come quello democratico (art. 1), in quanto la legge parlamentare è la *forma costituzionale della volontà* del detentore della sovranità (che appartiene al popolo, *in nome del quale* la giustizia è amministrata)⁸⁶, nonché quello di uguaglianza formale *davanti alla legge* (art. 3), in quanto la previsione di fattispecie elastiche demandate all’integrazione

⁸⁵ Cfr. A. RUGGERI, *Ultimatum della Consulta alla Corte di giustizia su Taricco, in una pronuncia che espone, ma non ancora oppone, i controlimiti (a margine di Corte cost. n. 24 del 2017)*, in A. BERNARDI, C. CUPELLI, *Il caso Taricco e il dialogo fra le Corti. L’ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, Napoli, 2017, p. 393 ss.

⁸⁶ Anche dal punto di vista etimologico, la riconduzione della giustizia ad una attività di “amministrazione” rafforza il vincolo di stretta esecuzione del dato legislativo. Nell’esercizio della funzione il giudice è un *minus* rispetto alla legge (*ad-ministerium*) e non un *magis* (*magisterium*), come invece nei sistemi di *common law*, dove la validità della decisione è data dalla persuasività dell’argomentazione e dalla forza del precedente.

giurisprudenziale – ove non accompagnata da un obbligo di *stare decisis* – implica applicazioni differenziate fra soggetti dell'ordinamento.

Pensare che la limitazione di sovranità di cui all'art. 11 Cost. abbia implicato un sovvertimento istituzionale tale da imporre un superamento dei predetti principi supremi rappresenta un'ipotesi – allo stato – assai irrealistica. Non a caso, anche gli stessi fautori del superamento del vincolo del giudice alla legge (parlamentare) manifestano al contempo la conseguente esigenza di una complessiva revisione della posizione ordinamentale del giudice, al fine di assicurarne un collegamento con il circuito democratico, che oggi è esclusa proprio al fine di assicurarne l'indipendenza⁸⁷. Sicché, anche facendosi forza di quanto pur incidentalmente affermato dalla Corte costituzionale, è possibile ritenere che il nostro ordinamento opponga un controlimite costituzionale alla possibilità di valorizzare una concezione europea di legalità al fine di giustificare le deviazioni creative della giurisprudenza nazionale; tanto più in quanto – come si è sostenuto – nella stessa concezione europea della legalità non può essere obliterata la componente di derivazione continentale.

4. *L'approccio sostanzialistico e casistico della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.*

Oltre che mediante il riferimento al diritto dell'Unione europea, la giurisprudenza e la dottrina nazionali si sforzano di offrire una copertura “(para)costituzionale” alle deviazioni antiformalistiche operate dai giudici in materia di nullità processuali, anche attraverso il manto delle disposizioni della Convenzione europea dei diritti dell'uomo in materia di “giusto processo” e della giurisprudenza “sostanzialistica” della sua Corte⁸⁸.

⁸⁷ Cfr. R.E. KOSTORIS, *Processo penale, diritto europeo e nuovi paradigmi del pluralismo giuridico postmoderno*, cit., secondo il quale «i due profili [quello della subordinazione alla legge e quello dell'indipendenza, n.d.r.] si bilanciano (almeno in astratto): l'indipendenza funzionale del potere politico ha il suo contrappeso nel dovere di sottostare al prodotto del potere legislativo. Se però quest'ultima condizione viene superata – un giudice che ha il potere di disapplicare la legge di origine parlamentare non può più dirsi sottoposto ad essa, né lo è un giudice creatore di norme – anche la prima condizione richiede di essere ricalibrata. Non si tratta naturalmente di rendere il giudice dipendente, ma piuttosto di ridefinire la sua collocazione all'interno dell'ordinamento».

⁸⁸ Si veda, ad esempio, Cass., sez. VI, 8 ottobre 2015, n. 20180, in *Foro it.*, 2016, I, p. 2208, con nota di richiami, ove si legge che «una nullità che non produce alcun danno in concreto (quindi, siamo in presenza di una nullità tipica, ma non lesiva) non accresce la giustizia del processo, ma ne mina la sua

La Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali rappresenta il più importante trattato internazionale sui diritti umani in ambito europeo, essendo stata ratificata da tutti i Paesi che compongono il Consiglio d'Europa (la cosiddetta “grande Europa”)⁸⁹.

Come noto, il rango delle disposizioni della Convenzione e dei suoi protocolli all'interno del nostro ordinamento è stato chiarito dalle sentenze “gemelle” della Corte costituzionale n. 348 e 349 del 2007, le quali hanno precisato, in primo luogo, come esse non godano di rango costituzionale, né possiedano un'efficacia equiparata a quella del diritto dell'Unione europea ad efficacia diretta (come visto, dotato di primazia rispetto alla legge ordinaria in forza dell'art. 11 Cost.)⁹⁰. Nondimeno, secondo la Corte costituzionale, il rispetto delle disposizioni convenzionali costituisce uno specifico obbligo posto in capo al legislatore dall'art. 117 Cost., comma I, e, per questa ragione, esse sono suscettibili di costituire un parametro “interposto” di costituzionalità delle leggi interne⁹¹.

Da ciò consegue che il giudice comune, rilevato un contrasto fra la Convenzione e una legge interna, non può autonomamente procedere alla disapplicazione di quest'ultima (come, di norma, avviene per il diritto dell'Unione europea ad efficacia diretta), bensì deve, ove possibile, tentare di superare in via ermeneutica l'antinomia operando un'interpretazione “conforme” (o convenzionalmente orientata), ovvero sollevare la

ragionevole durata. E tale orientamento trova ulteriore legittimazione nella giurisprudenza della Corte EDU il cui diritto vivente – formatosi attraverso reiterate conformi affermazioni – è nel senso che le violazioni del diritto di difesa non devono essere ipotetiche e virtuali, ma effettive e concrete».

⁸⁹ Per distinguerla dalla “piccola Europa” dell'Unione europea. Sulla distinzione cfr. G. UBERTIS, *La tutela dei diritti dell'uomo davanti alla Corte di Strasburgo*, in G. UBERTIS, F. VIGANÒ (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Torino, 2016, p. 1 ss.

⁹⁰ C. cost., sent. 24 ottobre 2007, n. 348 e 349.

⁹¹ Cfr. G. UBERTIS, *La “rivoluzione d'ottobre” della Corte costituzionale e alcune discutibili reazioni*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 19 ss. Per uno sguardo più generale sul tema, cfr. M. CARTABIA, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'ordinamento italiano*, in A. BALSAMO, R.E. KOSTORIS (a cura di), *Giurisprudenza europea e processo penale italiano. Nuovi scenari dopo il «caso Dorigo» e gli interventi della Corte costituzionale*, Torino, 2008, p. 33 ss.; G. BATTAGLIA, *L'inquadramento delle norme della CEDU tra le fonti del diritto italiano. Il sindacato della Corte costituzionale*, in G. LATTANZI, M. MAUGERI, G. GRASSO, L. CALCAGNO, A. CIRIELLO (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il ruolo del giudice nazionale*, 2023, p. 111 ss.

questione di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 117, comma I, Cost. e della disposizione convenzionale che ne costituisce il parametro "interposto"⁹².

In tale sede, tuttavia, la Corte costituzionale è tenuta preventivamente a vagliare la compatibilità delle stesse norme di diritto convenzionale non solo con il "nocciolo duro" dei principi e dei diritti costituzionali (come avviene per le norme del diritto unionale), ma con tutte le altre norme costituzionali, che non possono in alcun modo essere abrogate o derogate dal legislatore ordinario in sede di ratifica ed esecuzione di un trattato internazionale (teoria dei "controlimiti").

In altri termini, il rango delle disposizioni della Convenzione all'interno del nostro sistema delle fonti si situa "a metà strada" fra la Costituzione (a cui esse sono subordinate) e le leggi ordinarie (rispetto alle quali sono, invece, sovraordinate in forza dell'art. 117, comma 1, Cost.).

Si deve inoltre considerare che l'art. 6 del T.U.E., così come risultante dal Trattato di Lisbona, stabilisce che «i diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali», e pone, altresì, le premesse per l'adesione della stessa Unione europea al sistema della Convenzione⁹³. Quest'ultima, pertanto, possiede uno statuto di indubbio (e, in prospettiva, crescente) rilievo all'interno del nostro sistema delle fonti.

I principi di garanzia sanciti dalla Convenzione si concretizzano ed evolvono soprattutto sulla scorta dell'elaborazione giurisprudenziale della Corte europea dei diritti dell'uomo, le cui decisioni, pertanto, costituiscono un parametro ermeneutico imprescindibile nella valutazione della conformità convenzionale delle disposizioni di diritto interno⁹⁴.

⁹² Cfr. F. VIGANÒ, *L'impatto della Cedu e dei suoi protocolli sul sistema penale italiano*, in G. UBERTIS, F. VIGANÒ (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Torino, 2016, p. 26. Il mancato esperimento del tentativo di interpretazione conforme è, anzi, causa di inammissibilità della questione di costituzionalità di una disposizione di legge italiana.

⁹³ Sui possibili riflessi di tale previsione in ordine ad un controllo "diffuso" di convenzionalità delle leggi, perlomeno agli ambiti di applicazione del diritto dell'Unione europea, cfr. F. VIGANÒ, *L'impatto della Cedu e dei suoi protocolli sul sistema penale italiano*, cit., p. 31-33

⁹⁴ Cfr. l'art. 32 Conv. eur. dir. uomo., a mente del quale «la competenza della Corte si estende a tutte le questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione e dei suoi Protocolli». Sul punto, cfr. ancora F. VIGANÒ, *L'impatto della Cedu e dei suoi protocolli sul sistema penale italiano*,

In virtù della propria natura di giudice “internazionale”, avente giurisdizione su una pluralità di ordinamenti statuali (ben quarantasette), in molti casi radicalmente eterogenei fra loro, il giudizio dinanzi alla Corte europea si caratterizza per alcune peculiarità, concernenti tanto il piano dogmatico, quanto quello metodologico.

Dal primo punto di vista, la Corte europea adotta un approccio marcatamente “sostanzialistico” alle questioni ad essa sottoposte, attribuendo alle nozioni giuridiche di volta in volta in rilievo un significato “indipendente” e “autonomo” rispetto alle qualificazioni formali accolte dagli ordinamenti nazionali⁹⁵. Ciò all’evidente scopo di garantire una protezione effettiva (ed evolutiva) dei diritti convenzionali, a prescindere dalla configurazione formale di ciascun ordinamento, tesa ad evitare formalismi che potrebbero rendere inefficace e illusoria la tutela, nonché passibile di facili elusioni da parte degli Stati contraenti.

Un esempio è costituito proprio dalla nozione di “legalità”, sostanziale e processuale, la quale è intesa dalla Corte europea in chiave non formale, bensì “sostanziale”

cit., p. 17-18: «la Cedu e i suoi protocolli presentano tuttavia un’importante peculiarità, esattamente colta dalle sentenze gemelle: quella, cioè, di avere affidato a un organo giurisdizionale internazionale – la Corte europea dei diritti dell’uomo – il compito di ‘assicurare il rispetto degli impegni derivanti dalle Alte Patti contraenti’ dalla Convenzione e dai suoi protocolli (art. 19 Cedu); una Corte, in particolare, con competenza su ‘tutte le questioni concernenti l’interpretazione e l’applicazione’ (art. 32 Cedu) degli strumenti internazionali medesimi. [...] Se è vero, insomma, che le norme della Cedu ‘vivono’ nell’estensione che è loro attribuita dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, sarà a tale giurisprudenza che occorrerà fare riferimento nel determinare il preciso contenuto degli obblighi per lo Stato italiano derivanti dalla ratifica di tali strumenti». Addirittura, secondo O. MAZZA, *Cedu e diritto interno*, cit., p. 8, «il giudice di Strasburgo [...] non si limita a una mera attività ermeneutica, divenendo spesso creatore di norme che mantengono solo un collegamento formale con le disposizioni scritte della Convenzione e che sono in realtà riferibili alla fonte di produzione giurisprudenziale».

⁹⁵ Cfr. M. CAIANIELLO, *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nelle invalidità processuali penali*, cit., p. 145: «tale scelta si giustifica [...] in base al fondamento e alla natura internazionale della Corte e.d.u. La sua struttura di istituzione condivisa, creata dal fondersi delle volontà di più Stati sovrani, ne impone il dovere di trovare un metodo d’applicazione del diritto tale da includere il più possibile le diverse tradizioni culturali locali – piuttosto che da escluderne qualcuna». In argomento, cfr. G. UBERTIS, *L’autonomia linguistica della Corte di Strasburgo*, in *Arch. pen.*, 2012, p. 21 ss., per il quale «tale impostazione di consapevole distinzione dall’esito dell’esperienza giuridica dei Paesi ratificanti la Convenzione di Roma [...] ha avuto modo di estrinsecarsi attraverso quella che può denominarsi teoria della ‘nozione autonoma’. È siffatta locuzione che la Corte di Strasburgo impiega quando effettua, qualora se ne presenti la necessità, ciò che in campo semantico sarebbe propriamente riconducibile al concetto di ridefinizione linguistica»; nonché G. PULEIO, *Significato autonomo delle parole*, in G. LATTANZI, M. MAUGERI, G. GRASSO, L. CALCAGNO, A. CIRIELLO (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo e il ruolo del giudice nazionale*, 2023, p. 99 ss.

quale insieme di regole certe, prevedibili e capaci di garantire una decisione complessivamente “giusta”, indipendentemente dal fatto che esse siano poste da norme formalmente legislative o da consolidati e certi orientamenti giurisprudenziali.

Ciò ha fatto parlare una parte della dottrina dell'emergere di una nuova “legalità europea” o “dinamica”, in quanto teleologicamente orientata alla “giustizia” nel caso concreto, anche a prescindere dal riferimento alla legalità formalmente intesa (come rispetto della legge formale)⁹⁶. Non si è mancato di segnalare, tuttavia, come una tale conclusione neghi le stesse ragioni della nozione sostanziale di legalità, creata, a ben vedere, per “includere” nel sistema convenzionale tanto ordinamenti giuridici codificati (*civil law*), quanto di matrice giurisprudenziale (*common law*) e non già per “escludere” i primi a favore dei secondi⁹⁷.

Come è intuibile, tale dibattito ha riflessi importanti sul tema di cui ci si occupa e, perciò, verrà affrontato con maggiore approfondimento nel prosieguo del lavoro.

Quanto invece al piano metodologico, la Corte europea si caratterizza per essere un giudice non già delle leggi, bensì dei “casi concreti” che le vengono sottoposti da parte di individui (o, più raramente, da parte degli Stati). Il metodo decisionale adottato, in altri termini, è prettamente “casistico”, consistendo in un confronto diretto fra la fattispecie concreta e le esigenze di tutela stabilite dalla Convenzione, senza l'intermediazione o considerazione in ordine alle fattispecie normative astratte (che potrebbero rilevare eventualmente “in seconda battuta” quale condizione “di diritto” che determina la violazione concreta e strutturale che, dunque, lo Stato è obbligato a rimuovere)⁹⁸.

⁹⁶ Per questa posizione cfr. R.E. KOSTORIS, *Diritto europeo e giustizia penale*, in ID. (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, Milano, 2019, p. 71 ss. Su questi profili, cfr. altresì ID., *Processo penale, diritto europeo e nuovi paradigmi del pluralismo giuridico postmoderno*, cit., p. 1177 ss.; nonché, più recentemente, tornando diffusamente sul tema ID., *Dal penale nazionale al penale transnazionale: le dinamiche del processo nell'intreccio tra un diritto per regole e un diritto per principi*, cit., 79 ss. In senso critico, O. MAZZA, *Legge e potere, l'irruzione delle corti sovranazionali*, in *Dir. pen. contemp.*, 2017, p. 2, il quale rileva «la sostituzione di un sistema rigido di garanzie formali di matrice legislativa con una nuova cornice di flessibili previsioni normative di creazione giurisprudenziale, direttamente condizionate dal caso concreto e nemmeno vincolate dal rispetto del precedente».

⁹⁷ Cfr. O. MAZZA, *Cedu e diritto interno*, cit., p. 12 ss.

⁹⁸ Cfr. P. SPAGNOLO, *Il modello europeo delle garanzie minime e il regime delle invalidità: un binomio conciliabile?*, in A. MARANDOLA (a cura di), *Le invalidità processuali. Profili statici e dinamici*, Milano, 2015, p. 27, ove si specifica che «la Convenzione e la giurisprudenza che l'applica non hanno la “responsabilità” di costruire e disciplinare un sistema processuale, ma hanno la più limitata “missione” di assicurare le garanzie minime non derogabili in qualsiasi sistema; e poiché la Corte europea deve

Non vi è, insomma, alcuna valutazione di astratta compatibilità delle leggi nazionali con i principi e i diritti sanciti dalla Convenzione, bensì una verifica della concreta lesione di questi ultimi all'interno della "vicenda" sottoposta al giudizio della Corte. Tale verifica, in particolare, è compiuta secondo canoni di "equità" e "proporzionalità" (nella sua configurazione tripartita)⁹⁹ e avendo quale riferimento la fattispecie concreta nella sua "globalità" e "complessità", senza tuttavia operare alcun bilanciamento fra valori e interessi confliggenti. Come è stato opportunamente evidenziato, infatti, «la valutazione globale del procedimento va dogmaticamente intesa come non un bilanciamento tra opposti valori o interessi, ma una doverosa indagine sulle conseguenze del vizio riscontrato, reputando salvaguardata l'equità processuale qualora si rilevi che da questo non dipende la decisione finale [...] o che lo stesso è stato sanato in virtù di ulteriori elementi, i quali contribuiscono a integrare una vera e propria fattispecie sussidiaria»¹⁰⁰.

Il rilievo centrale riservato dal sistema convenzionale al pregiudizio concretamente subito dal ricorrente emerge, altresì, sotto un profilo più strettamente processuale: l'art. 35 Conv. eur. dir. uomo, così come modificato dal Protocollo addizionale n. 14, prevede infatti quale condizione di ricevibilità del ricorso alla Corte europea la sussistenza di un "pregiudizio importante" in capo al ricorrente. Tale requisito, espressione del brocardo *de minimis non curat praetor*, consente di accedere alla giustizia convenzionale solamente a colui che abbia subito un pregiudizio rilevante, da valutarsi in concreto e non necessariamente collegato alla lesione di un interesse di natura patrimoniale¹⁰¹.

"distillare" regole da applicarsi a 47 diverse tradizioni nazionali essa deve avere un approccio necessariamente sostanzialista. Tutto ciò comporta che si guardi pragmaticamente ai risultati dei singoli casi, piuttosto che all'interpretazione e all'applicazione delle norme proprie di ciascun sistema processuale».

⁹⁹ Il giudizio di "proporzionalità" si compone di tre parametri, costituiti dall'"idoneità" (astratta capacità dell'atto a raggiungere i legittimi obiettivi prefissati), dalla "necessità" (minimo sacrificio imposto a parità di efficacia) e "proporzionalità in senso stretto" (tollerabilità del sacrificio al diritto coinvolto).

¹⁰⁰ G. UBERTIS, *Equità e proporzionalità versus legalità processuale: eterogenesi dei fini?*, in *Arch. pen.*, 2017, p. 392. Per l'opinione opposta, che reputa compiuta «una valutazione comparativa formulata *ex post* sulla base di un bilanciamento di interessi», cfr. R.E. KOSTORIS, *Diversa qualificazione giuridica del fatto in Cassazione e obbligo di conformarsi alle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo: considerazioni sul caso Drassich*, in *Giur. it.*, 2009, p. 2517.

¹⁰¹ Cfr. C. eur. dir. uomo, sez. I, sent. 1° luglio 2010, ric. n. 25551/01, Korolev c. Russia. Sul punto, cfr. G. UBERTIS, *La tutela dei diritti dell'uomo davanti alla Corte di Strasburgo*, cit., p. 7.

Anche a tale peculiarità una parte della dottrina e della giurisprudenza hanno inteso attribuire una rilevanza evidentemente soverchia, traslando una condizione di accesso *al processo* (peraltro sovranazionale) a giustificazione di un metodo di esercizio della giustizia *all'interno del processo* (nazionale)¹⁰². Tale operazione, inaccettabile dal punto di vista metodologico prima ancora che giuridico, verrà più approfonditamente esaminata, pur non potendosene tacere fin d'ora le evidenti criticità.

Quanto precedentemente esposto, tuttavia, non deve indurre a pensare che le decisioni della Corte europea esplichino i propri effetti esclusivamente con riferimento al comportamento mantenuto dallo Stato nel singolo caso¹⁰³. Se è vero, infatti, che l'autorità soccombente deve, in primo luogo, eseguire le misure riparatorie, risarcitorie e di infrazione espressamente indicate nella sentenza relativamente al caso deciso (cosiddetto adeguamento *ex post*), lo Stato è altresì obbligato a rimuovere tutte le condizioni di fatto e di

¹⁰² Per questa posizione cfr. M. CAIANIELLO, *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nelle invalidità processuali penali*, cit., p. 149-150, secondo il quale «che criterio del pregiudizio effettivo costituisca una sorta di filo rosso capace di legare ogni questione su cui la Corte e.d.u. venga chiamata a pronunciarsi è oggi ricavabile dall'art. 35 C.e.d.u. [a mente del quale] deve essere dichiarata inammissibile la domanda di giustizia ove l'interessato *'has not suffered a significant disadvantage'* [...] È facile prevedere che, in ragione della capacità del diritto C.e.d.u. di affermarsi sopra quello del nostro ordinamento, attraverso strumenti di attuazione delle sentenze della Corte europea in ambito interno, il metodo qui tratteggiato – basato sulla verifica del pregiudizio effettivo – tenderà a diffondersi. Per meglio dire, le istanze sostanzialistiche e antiformali già da tempo emerse nell'amministrazione del diritto processuale da parte della nostra giurisdizione troveranno ulteriore conferma: in particolare, potranno avvalersi di una base teorico-ideale ricavabile dalla giurisprudenza proveniente da Strasburgo». In una prospettiva *de jure condendo*, R. APRATI, *Effettivo pregiudizio e nullità*, cit., p. 20, sostiene che, nell'«inserire l'effettivo pregiudizio quale elemento costitutivo delle nullità [...] il legislatore potrebbe per esempio ispirarsi alle previsioni che caratterizzano il processo di fronte alla Corte europea dei diritti dell'uomo e che valorizzano la non inutilità della tutela richiesta: ovverosia la ricorrenza di un danno non neutralizzato dall'attività processuale complessiva, come elemento per dichiarare inammissibile il ricorso e poi per accoglierlo».

¹⁰³ Cfr. M. CHIAVARIO, *La "lunga marcia" dei diritti dell'uomo nel processo penale*, in A. BALSAMO, R.E. KOSTORIS (a cura di), *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, cit., p. 28 ss., il quale rileva «la crescente tendenza della Corte europea a farsi (anche) 'giudice delle leggi'» (p. 31); di diverso avviso, P. FERRUA, *Il contraddittorio nella formazione della prova a dieci anni dalla sua costituzionalizzazione: il progressivo assestamento della regola e le insidie della giurisprudenza della Corte europea*, in *Arch. pen.*, 2008, p. 29, secondo il quale «la forza vincolante di quanto asserito nelle sue [della Corte di Strasburgo] sentenze non dovrebbe superare il limite segnato dalla singola controversia. A differenza della Corte costituzionale, la corte europea non è giudice delle leggi». Per una critica a quest'ultima impostazione, nell'ambito di un interessante dibattito intercorso fra gli Aa., cfr. G. UBERTIS, *Ancora sull'efficacia della giurisprudenza di Strasburgo*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, p. 863 ss.

diritto che determinano violazioni analoghe, attuali o solamente potenziali, nei confronti dei soggetti diversi dal ricorrente (cosiddetto adeguamento *ex ante*)¹⁰⁴.

Tanto vale, in particolare, con riguardo alle cosiddette violazioni sistemiche (o cosiddetti vizi normativi)¹⁰⁵, conseguenti a *deficit* di configurazione strutturale dell'ordinamento, che possono emergere tanto a seguito dell'emanazione di cosiddette "sentenze pilota" della Corte europea, le quali individuano direttamente l'insufficienza complessiva del sistema normativo interno di un dato Stato¹⁰⁶, quanto dalla considerazione di orientamenti generali e consolidati della giurisprudenza sovranazionale, che inducono lo Stato ad un adeguamento spontaneo e preventivo, pur caratterizzato da un certo "margine di apprezzamento"¹⁰⁷. Sicché, proprio in questo senso, si è affermato correttamente «che la

¹⁰⁴ In argomento, cfr. G. UBERTIS, *L'adeguamento italiano alle condanne europee per violazione dell'equità processuale*, in A. BALSAMO, R.E. KOSTORIS (a cura di), *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, cit., p. 99 ss.

¹⁰⁵ Cfr. G. UBERTIS, *La "rivoluzione d'ottobre" della Corte costituzionale e alcune discutibili reazioni*, cit., p. 21, secondo il quale le sentenze di condanna provenienti da Strasburgo «possono vertere su comportamenti non solo di per sé illegittimi, bensì pure eventualmente affetti da cosiddetti 'vizi normativi', cioè 'addebitabili ai dettami della normativa interna, e non conseguenti alla sua erronea applicazione, [per cui la Corte europea] si comporta più come un giudice delle leggi che come giudice del caso concreto'».

¹⁰⁶ A partire dalla decisione C. eur. dir. uomo, sent. 22 giugno 2004, ric. n. 31443/96, Broniowski c. Polonia, § 190-191, la Grande camera ha inaugurato un nuovo orientamento secondo il quale la Corte è tenuta a valutare anche se la violazione dipenda da un problema strutturale dell'ordinamento (legge, prassi giurisprudenziale diffusa) e non solamente dalle anomalie del singolo giudizio; con riguardo all'Italia, un'importante sentenza pilota è costituita da C. eur. dir. uomo, sez. I, sent. 10 novembre 2004, ric. n. 56581/00, Sejdic c. Italia, § 44-47, confermata poi dalla Grande camera con decisione del 1° marzo 2006, ove la Corte osserva che la violazione contestata risulta «da un problema strutturale legato alle disfunzioni della legislazione e della prassi interne». La necessità per gli Stati di adottare apposite procedure politiche per garantire un tempestivo adeguamento agli obblighi scaturenti dalle sentenze della Corte era stata già precedentemente evidenziata dalle risoluzioni dell'Assemblea del Consiglio d'Europa nn. 1516(2006) e 1764(2006) e dalla risoluzione n. 3 e alla raccomandazione n. 6 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, entrambe del maggio 2004. L'adozione del Protocollo n. 14, ratificato dall'Italia il 7 marzo 2006, ha imposto agli Stati contraenti, attraverso meccanismi di infrazione, di garantire l'esecuzione delle sentenze europee, anche attraverso il tempestivo adeguamento dell'ordinamento interno. In argomento, M. CARTABIA, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'ordinamento italiano*, cit., p. 63; R.E. KOSTORIS, *Diritto europeo e giustizia penale*, cit., p. 68; F. VIGANÒ, *L'impatto della Cedu e dei suoi protocolli sul sistema penale italiano*, cit., p. 22.

¹⁰⁷ Cfr. G. UBERTIS, *La "rivoluzione d'ottobre" della Corte costituzionale e alcune discutibili reazioni*, cit., p. 22-23: «la Corte costituzionale ha infatti avuto occasione di esplicitare la propria adesione alla dottrina del 'margine di apprezzamento' nazionale, prospettando così un temperamento all'eventuale rigidità dei canoni imposti dalla trama giuridica europea, determinato soprattutto dalla complessiva visione multilivello dei diritti fondamentali derivante dall'opera compiuta tanto dal legislatore nell'adeguamento

Corte EDU svolge anche il ruolo di giudice della conformità degli ordinamenti nazionali ai principi europei»¹⁰⁸.

Non resta, dunque, che verificare in quali termini gli orientamenti della Corte europea, in particolare in materia di “equo processo”, siano in grado di incidere effettivamente, in senso “abrogativo/restrittivo” ovvero “ampliativo” sul sistema strutturale delle nullità processuali penali nel diritto interno¹⁰⁹. Tale riflessione è ineludibile in quanto, come si è anticipato e meglio si vedrà, proprio la penetrazione delle istanze “sostanzialistiche” della giurisprudenza convenzionale nel nostro ordinamento è sovente utilizzata quale comoda giustificazione concettuale di una (supposta) necessaria rivisitazione in chiave antiformalistica della disciplina codicistica in materia di nullità¹¹⁰.

In particolare, l'attenzione sarà riservata al ruolo dei giudici comuni nell'implementazione delle garanzie della Convenzione in materia di “equo processo”, e, soprattutto, ai limiti all'interno dei quali tale ruolo può essere legittimamente svolto. Ciò al fine di verificare se davvero l'influenza della Convenzione consenta, come sempre più frequentemente si afferma, di giustificare le tendenze “creative” della giurisprudenza nazionale in materia di nullità, e ciò addirittura anche laddove non siano in questione violazioni del diritto convenzionale.

alle norme convenzionali quanto dal giudice comune nell'esegesi *secundum conventionem* delle disposizioni interne e dal giudice delle leggi nell'eliminazione di quelle violatrici di un diritto fondamentale».

¹⁰⁸ O. MAZZA, *Cedu e diritto interno*, cit., p. 5.

¹⁰⁹ Secondo R.E. KOSTORIS, *Verso un processo penale non più statocentrico*, in A. BALSAMO, R.E. KOSTORIS (a cura di), *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, cit., p. 8, «i canoni europei non si pongono sempre in sintonia con i nostri assetti interni. Infatti, se per un verso, essi potranno realizzare un innalzamento e un rafforzamento di certe garanzie del nostro processo penale, per un altro, ne potranno favorire un livellamento verso il basso».

¹¹⁰ Cfr. R. APRATI, *Il sistema delle nullità alla luce dell'art. 6 C.E.D.U.*, in *Dir. proc. pen.*, 2015, p. 235: «la tentazione è forte, fortissima: utilizzare la Convenzione europea dei diritti dell'uomo per intervenire sul sistema delle invalidità. Perché non valorizzare l'art. 6 C.E.D.U. per perfezionare, correggere, integrare la disciplina delle nullità di cui agli artt. 177-186 c.p.p.? Sembrerebbe che la “riscoperta teoria dell'effettivo pregiudizio delle nullità” non aspetti altro che essere legittimata alla luce dell'equo processo».

5. *L'art. 6 Conv. eur. dir. uomo e la sua incidenza sul sistema interno delle nullità processuali penali. Insostenibilità di un suo impatto abrogativo/restrittivo.*

Fra i principi espressi dalla Convenzione, assume senz'altro una rilevanza centrale con riferimento al processo penale l'art. 6, la cui rubrica reca il «diritto a un equo processo». Come è stato efficacemente affermato, il concetto di equità «serve ad indicare la configurazione che deve possedere ogni processo per potersi definire tale e non esserne soltanto un'apparenza»¹¹¹.

Il concetto di “equo processo” esprime, dunque, un'«idea-base»¹¹², la cui più precisa determinazione (ed evoluzione) è riservata all'attività interpretativa della Corte europea, ogniqualvolta quest'ultima sia chiamata a valutare il rispetto dei diritti umani in relazione ad una determinata vicenda processuale.

L'enumerazione dei caratteri indefettibili del giusto processo penale contenuta nell'articolo in questione, come da tempo sostenuto dalla stessa Corte europea¹¹³, assume perciò una rilevanza meramente esemplificativa e non certamente esaustiva, ben potendosi riscontrare una violazione dell'equità processuale anche qualora un processo abbia soddisfatto tutte le previsioni in essa espressamente contemplate, ma abbia cionondimeno leso talune garanzie ritenute “implicite”.

Fra queste ultime, come si è già a suo luogo anticipato, vi è ad esempio il principio di “legalità processuale”, il quale tuttavia assume una valenza del tutto peculiare nel contesto convenzionale, certamente non traslabile *sic et simpliciter* all'interno del nostro ordinamento, salvo giungere a conseguenze inaccettabili (ma, come si vedrà, comunque sostenute da una parte della dottrina).

Per quanto attiene, invece, alle previsioni “espresse”, l'art. 6 Conv. eur. dir. uomo dispone tanto una serie di principi generali valevoli per il processo civile e per il processo penale (paragrafo 1), quanto una serie di garanzie minime che devono indefettibilmente caratterizzare il secondo (paragrafi 2 e 3).

¹¹¹ G. UBERTIS, *Principi di procedura penale europea. Le regole del giusto processo*, Milano, 2009, p. 19.

¹¹² G. UBERTIS, *Principi di procedura penale europea. Le regole del giusto processo*, cit., p. 19.

¹¹³ Cfr. con riguardo all'Italia, C. eur. dir. uomo, grande camera, 13 maggio 1980, ric. n. 6694/74, Articolo c. Italia, § 32.

Fra i primi, oltre al già menzionato principio-base dell'equità processuale, l'articolo in discorso enuncia il principio di pubblicità dell'udienza e della sentenza (con taluni possibili limiti a tutela di ulteriori e confliggenti interessi rilevanti), la ragionevole durata del processo, nonché i principi di precostituzione, indipendenza e imparzialità dell'organo giudicante.

Quanto ai secondi, la disposizione sancisce, fra gli altri, la presunzione di innocenza, il principio del contraddittorio e della parità delle armi, il diritto alla conoscenza dell'accusa, il diritto dell'accusato di disporre dei tempi e delle facilitazioni necessarie a predisporre la propria difesa, una serie di diritti relativi alla difesa personale e tecnica (diritto all'assistenza del difensore di fiducia o d'ufficio), il diritto al confronto con il testimone a carico e alla convocazione del testimone a discarico, il diritto all'interprete.

La portata di ciascuna delle menzionate garanzie è stata nel tempo ulteriormente ampliata dall'elaborazione della giurisprudenza della Corte dei diritti dell'uomo, in relazione alla variegata casistica ad essa sottoposta¹¹⁴.

Pur non essendovi modo di affrontare con maggiore approfondimento ciascun profilo della disposizione in oggetto, né la ricchissima giurisprudenza della Corte europea in materia, da quanto precedentemente esposto emerge chiaramente come l'effettività di gran parte delle garanzie convenzionali riferibili all'"equo processo" sia assicurata, sul piano interno, proprio dalla disciplina codicistica delle invalidità procedurali e, in particolare, dalle nullità (nonché dall'inutilizzabilità, con riguardo agli aspetti probatori).

E non potrebbe essere altrimenti, in quanto queste rappresentano esattamente il punto di equilibrio di volta in volta individuato dal legislatore nazionale fra i diversi interessi e valori che connotano il "giusto processo regolato dalla legge" all'interno del nostro ordinamento.

Il sistema delle nullità processuali penali, pertanto, non può dirsi certamente insensibile all'affermazione di un modello processuale europeo, così come "delineato" dall'art. 6 Conv. eur. dir. uomo ed evolutivamente "interpretato" dalla giurisprudenza

¹¹⁴ Per un'esauriente e aggiornata ricognizione delle garanzie processuali ricavabili dall'art. 6 Conv. eur. dir. uomo, cfr. S. BUZZELLI, R. CASIRAGHI, F. CASSIBBA, P. CONCOLINO, L. PRESSACCO, *Diritto a un equo processo*, in G. UBERTIS, F. VIGANÒ (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, cit., p. 129 ss.

della sua Corte¹¹⁵. Ciò, del resto, è testimoniato dal sempre maggiore interesse manifestato nei confronti di tale tematica da parte della dottrina processual-penalistica¹¹⁶.

Secondo quest'ultima, in particolare, il più rilevante impatto dell'ordinamento convenzionale in materia si avrebbe non già nei confronti di singole e circoscritte ipotesi di nullità, bensì nei riguardi dell'intero sistema codicistico delle invalidità, in quanto informato ad un principio di stretta "tassatività".

A questo riguardo, si sostiene che «un fedele adeguamento al modello sovranazionale comporterebbe [...] il ripudio "bifronte" del principio di tassatività»¹¹⁷: da un lato, si dice, il giudice non sarebbe tenuto a dichiarare una nullità codificata quando la violazione risulti concretamente inoffensiva, dall'altro lato, il giudice dovrebbe dichiarare nullo un atto valido (o meramente irregolare) per il diritto interno, laddove esso comprometta una garanzia convenzionalmente protetta.

Si vede così come l'esigenza di adeguamento alle garanzie dell'"equo processo" previste dalla Convenzione rappresenti un ulteriore fattore da considerare nell'indagine delle deviazioni "antiformalistiche" della giurisprudenza interna, rappresentandone, oltre che una possibile ipotesi, anche una auspicata "giustificazione" concettuale e valoriale.

Occorre a tale riguardo verificare, in primo luogo, se l'adesione al sistema convenzionale imponga effettivamente una rivisitazione delle nullità codicistiche alla luce della loro offensività in concreto¹¹⁸. Se, in altri termini, all'art. 6 Conv. eur. dir. uomo

¹¹⁵ Sebbene, come opportunamente rileva F. CASSIBBA, *Violazione della difesa tecnica ed equità processuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 1213, «la Corte europea non risulta aver mai vagliato il sistema delle invalidità (anche probatorie) alla luce della loro astratta compatibilità con i canoni dell'art. 6 Cedu, evidenziando, anzi, come la relativa regolamentazione sia lasciata al legislatore nazionale».

¹¹⁶ Cfr. M. CAIANIELLO, *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nelle invalidità processuali penali*, cit., p. 144, il quale parla di un avvenuto «mutamento genetico» del settore delle invalidità degli atti.

¹¹⁷ F. CAPRIOLI, *Abuso del diritto di difesa e nullità inoffensive*, cit., p. 2454 (pur in chiave critica rispetto a tale prospettiva).

¹¹⁸ R.E. KOSTORIS, *Verso un processo penale non più statocentrico*, cit., p. 9: «l'adeguamento ai canoni convenzionali presenterà certamente per un sistema fortemente garantistico come il nostro – probabilmente il più garantistico tra quelli europei – dei costi, imponendo un cambio di prospettive. Dovremo ragionare di garanzie in un'ottica diversa da quella alla quale siamo abituati. Conteranno le effettive lesioni dei diritti fondamentali, mentre andrà abbandonata la selva delle tutele meramente formali. [...] Lo stesso sistema delle nullità e il principio di tassatività che lo regge ne potrebbero uscire trasformati, nella prospettiva di attribuire rilievo solo alle violazioni che abbiano portato ad un pregiudizio effettivo, da individuare oltretutto alla luce di una valutazione complessiva della vicenda processuale».

possa attribuirsi un impatto abrogativo/restrittivo sul sistema interno delle nullità processuali.

5.1. (*Segue.*) *Il preteso superamento del principio di fattispecie. Rilievi critici.*

Una parte della dottrina perviene ad una risposta affermativa valorizzando l'approccio "sostanzialistico" adottato dalla Corte europea nella valutazione del rispetto delle garanzie di cui all'art. 6 Conv. eur. dir. uomo, nell'ambito della quale la violazione della regola processuale assumerebbe un ruolo del tutto influente. Tale approccio implicherebbe il superamento, anche all'interno degli ordinamenti degli Stati contraenti (attraverso un'ermeneutica "convenzionalmente orientata"), di un «processo penale imperniato sul rigido rispetto delle forme», attraverso il «passaggio da una legalità prevalentemente "normativa" a una legalità prevalentemente "giudiziale"»¹¹⁹.

La tesi è sostenuta a partire dai profili "applicativi" del principio convenzionale di equità processuale, i quali implicherebbero una valutazione "caso per caso" del concreto rispetto dei diritti convenzionali, basata su un bilanciamento di valori che consentirebbe al giudice una ricomposizione "creativa" dei conflitti assiologici, secondo un canone di proporzionalità e ragionevolezza¹²⁰. Una valutazione, inoltre, che non avrebbe ad oggetto la singola "frazione" processuale, ma che dovrebbe considerare la vicenda procedimentale nella sua "globalità" (cosiddetto approccio olistico), potendo il giudice ritenere in ipotesi "riequilibrata" e "compensata" una determinata violazione legislativa in ragione della complessiva equità dell'esito processuale¹²¹.

La dottrina in esame sostiene, perciò, la necessità «di dare rilievo solo alle nullità che presentino in concreto carattere lesivo, sia perché ciò non parrebbe contrastare con il principio di tassatività (il perimetro delle fattispecie tipiche rimarrebbe infatti invariato, essendo richiesto solo l'ulteriore requisito della concreta lesività), sia perché sfoltirebbe

¹¹⁹ R.E. KOSTORIS, *Equità, processo penale, diritto europeo. Riflessioni di un giurista di civil law*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2016, p. 1665.

¹²⁰ Cfr. R.E. KOSTORIS, *Equità, processo penale, diritto europeo. Riflessioni di un giurista di civil law*, cit., p. 1663-1664.

¹²¹ Cfr. R.E. KOSTORIS, *Equità, processo penale, diritto europeo. Riflessioni di un giurista di civil law*, cit., p. 1664.

a tutto beneficio del principio di ragionevole durata del processo la fitta selva delle nostre garanzie formali»¹²².

La dottrina ha poi sostenuto che la necessaria prevalenza del diritto dello spazio europeo (Unione europea e Consiglio d'Europa) su quello nazionale abbia reso ormai ineludibile una necessaria integrazione – in termini dworkiani – tra «un diritto per regole» (tipico della legalità processuale di matrice statale, ove le norme sono espresse mediante il riferimento a fattispecie legislative rigide) e un «diritto per principi» (il quale, proprio dell'ordine giuridico europeo, si esprime attraverso il riferimento a canoni di azione elastici, temperabili e adattabili al caso concreto)¹²³. In particolare, una siffatta contaminazione giuridico-culturale avrebbe una diretta ricaduta proprio sul metodo di rilevazione delle nullità e, in definitiva, sull'intera sistematica dell'invalidità degli atti¹²⁴.

In particolare, il diritto europeo imporrebbe di abbandonare l'idea «illuministica» per la quale il rispetto formale e astratto delle norme processuali rappresenti un *valore in sé*, per abbracciare invece una logica in cui – all'opposto – è il valore a rappresentare la misura della violazione della norma, in relazione alla situazione processuale del caso concreto¹²⁵. In questo modo, è possibile l'«abbandono della *logica binaria* (incluso/escluso, tutto/niente, valido/invalido), tipica di un diritto formulato per fattispecie, a favore di una *logica graduata* (parzialmente incluso/parzialmente escluso), in cui assumono centrale importanza le istanze di bilanciamento, di ragionevolezza e il canone di proporzionalità»¹²⁶.

¹²² R.E. KOSTORIS, *La revisione del giudicato iniquo*, in *Leg. pen.*, 2011, p. 480.

¹²³ Ossia, secondo R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, Bologna, 2010, p. 48 s., (ed. orig. *Taking Rights Seriously*, Cambridge-Harvard, 1977), norme a struttura aperta, che si limitano a fissare obiettivi da perseguire e valori da preservare. Cfr., sul punto, M. DANIELE, *La triangolazione delle garanzie processuali fra diritto dell'Unione europea, CEDU e sistemi nazionali*, in *Dir. pen. contemp.*, 2016, 4, p. 48 ss.; R.E. KOSTORIS, *Dal penale nazionale al penale transnazionale: le dinamiche del processo nell'intreccio tra un diritto per regole e un diritto per principi*, cit., p. 79 ss.

¹²⁴ Cfr. R.E. KOSTORIS, *Dal penale nazionale al penale transnazionale: le dinamiche del processo nell'intreccio tra un diritto per regole e un diritto per principi*, cit., p. 80.

¹²⁵ *Ibidem*.

¹²⁶ R.E. KOSTORIS, *Dal penale nazionale al penale transnazionale: le dinamiche del processo nell'intreccio tra un diritto per regole e un diritto per principi*, cit., p. 83. Cfr. M. VOGLIOTTI, *Legalità (voce)*, in *Enc. dir. Ann.*, VI, 2023: «il potere non è più valutato secondo il parametro unitario, formale, indiscutibile e inflessibile, della conformità al tipo legislativo (*dura lex sed lex*), ma secondo una rete di

Non si fatica qui a riconoscere il passaggio da una concezione di validità “formale” a una concezione di validità “assiologica”, la quale – al pari della prima – possiede solide basi di teoria generale, come si è avuto già modo di anticipare¹²⁷.

Con la richiamata impostazione di teoria generale, infatti, la dottrina ora in esame condivide la necessità di una rottura del nesso eziologico necessario fra “(im)perfezione” ed “(in)efficacia”, tipico della tradizionale concezione della validità ricostruita secondo il principio di fattispecie, nell’idea cioè che l’effetto (attuativo del valore) derivi per riverbero dell’“autorità” della legge. Diversamente, in una prospettiva assiologica, l’efficacia (attuativa del valore) deriverebbe non già da un meccanismo di trasmissione proveniente dalla norma, bensì dall’“autorevolezza” e “persuasività” della decisione giudiziale, espressa nella motivazione (art. 111, comma VI, Cost. e art. 125 c.p.p.)¹²⁸, «cioè sulla base della capacità del giudice di giungere a un esito che, non insensibile alle circostanze del caso, e parametrato su valutazioni di proporzionalità, produca in concreto una decisione giusta» sicché «alla mera corrispondenza dell’azione alla legge, emblema della “vecchia” legalità, si sostituisce, anzi, si sovrappone e si intreccia, in questa prospettiva, la corrispondenza dell’azione non solo alla legge, ma anche allo scopo»¹²⁹.

In questa prospettiva, la violazione della fattispecie (l’invalidità formale) può ritenersi solo un significativo, ma non decisivo, indizio della produzione di un effetto

regole e, soprattutto, di principi, che valgono per la loro sostanza valoriale e sono flessibili, sempre oggetto di discussione e necessariamente soggetti a ponderazione e a bilanciamenti».

¹²⁷ Si veda il cap. I, al § 4. Cfr. anche A. GARGANI, *op. cit.*, p. 111, il quale prende atto di una «regressione della dimensione meramente descrittiva della fattispecie [...] con l’apertura a profili assiologici che condizionano il giudizio di tipicità, sradicandolo dalla avalutatività in cui lo aveva ristretto la prospettiva giuspositivistica».

¹²⁸ Cfr. M. VOGLIOTTI, *op. cit.*, secondo il quale la validità di una decisione deriverebbe da una «complessa e prudente attività di tessitura argomentativa di *auctoritates* e *rationes*, valutando se quel potere, in quel particolare contesto, è esercitato conformemente al diritto, ossia rispettando i parametri normativi vigenti (che saranno legislativi laddove una legge vi sia) e una rete di principi tra cui, ad esempio, quelli di ragionevolezza, proporzionalità, trasparenza, imparzialità, motivazione, sussidiarietà, leale cooperazione, cui va aggiunta la costellazione dei principi procedurali racchiusi nelle formule del giusto processo».

¹²⁹ R.E. KOSTORIS, *Dal penale nazionale al penale transnazionale: le dinamiche del processo nell’intreccio tra un diritto per regole e un diritto per principi*, cit., p. 87. V. anche M. VOGLIOTTI, *op. cit.*, il quale rileva che la «legittimità [del potere nell’ordine giuridico europeo] non viene solo dall’auctoritas (il diritto “legislativo” formalmente valido) ma anche e soprattutto dalla ratio (i diritti e i principi, sostanziali e procedurali, di giustizia)».

giuridico sconveniente (cioè non adeguato all'attuazione del valore), occorrendo poi verificare in concreto se il valore risulti effettivamente compromesso¹³⁰. Il rapporto fra invalidità ed inefficacia, dunque, non sarebbe più assimilabile a quello – deterministico – che intercorre fra una causa astratta e una conseguenza, ma a quello – situazionale – che lega un problema concreto ad una risposta¹³¹: si apre, così, la possibilità che l'ordinamento possa “graduare” le reazioni all'invalidità in relazione alla rilevanza del valore non attuato, dando altresì peso nella sua valutazione complessiva e quindi considerando anche altri eventuali interessi che si opponessero alla privazione degli effetti: «questa lettura maggiormente “valoriale” delle regole interne potrebbe così costruire un ponte, un collegamento con il mondo dei principi europei, che è profondamente radicato in un substrato valoriale»¹³².

A parere di chi scrive, tale posizione – pur, come visto, coerente con una certa concezione di teoria generale – non può essere condivisa, pur nella prospettiva di una ineludibile integrazione dell'ordinamento nello spazio giuridico europeo.

In primo luogo, come anticipato, occorre escludere in radice che la valutazione “globale” operata dalla Corte europea comporti qualsivoglia ponderazione di interessi o valori convenzionalmente tutelati, in quanto essa si limita piuttosto ad una doverosa indagine sulle conseguenze del vizio riscontrato rispetto alla complessiva vicenda procedimentale¹³³.

In ogni caso, un canone comportamentale del giudice ordinario basato sulla ponderazione di valori ed interessi del processo, o comunque legato ad una valutazione di

¹³⁰ Secondo il principio di “adattabilità dell'effetto” teorizzato da A. FALZEA, *Efficacia giuridica (voce)*, cit., p. 456, il quale pone le basi per una ricostruzione dell'efficacia giuridica come discendente non solo dalla corrispondenza del fatto alla fattispecie (nella logica della perfezione) ma anche dalla convenienza dell'effetto al fatto, in una prospettiva assiologica.

¹³¹ Cfr. R.E. KOSTORIS, *Processo penale, diritto europeo e nuovi paradigmi del pluralismo giuridico postmoderno*, cit., p. 1194, «non si può più fare ricorso alla metafora dell'orologio, che evoca l'immagine della perfezione dei congegni normativi, ma a quella più duttile della bilancia. L'obiettivo è, cioè, un esito che, non insensibile alle circostanze del caso, e, quindi, parametrato su presupposti di idoneità, adeguatezza, proporzionalità, necessità per il raggiungimento di un determinato scopo produca in concreto una decisione “giusta” più che garantire un'astratta corrispondenza a modelli normativi».

¹³² R.E. KOSTORIS, *Dal penale nazionale al penale transnazionale: le dinamiche del processo nell'intreccio tra un diritto per regole e un diritto per principi*, cit., p. 95.

¹³³ Cfr. G. UBERTIS, *Equità e proporzionalità versus legalità processuale: eterogenesi dei fini?*, cit., p. 392.

“offensività” in concreto delle violazioni normative, non è in alcun modo traslabile sul piano sistematico interno¹³⁴.

Nel nostro ordinamento, infatti, la suddetta operazione spetta esclusivamente al legislatore e, in ultima istanza, alla Corte costituzionale, attraverso il sindacato di legittimità costituzionale, e non già agli organi giurisdizionali comuni, i quali invece devono ritenersi esclusivamente assoggettati alla legge (art. 101, comma II, Cost.)¹³⁵.

A questi ultimi spetta, piuttosto, il compito di “attuare” la legge (e il correlato dovere di rispettarla), adottando i principi di “equità processuale” e di “proporzionalità” quali canoni di scelta all’interno di (eventuali) opzioni *comunque legittimate* dall’ordinamento, e non già quale giustificazione di condotte contrarie alla normativa interna¹³⁶.

L’esegesi delle norme interne sulla base della disciplina convenzionale (cosiddetta interpretazione “convenzionalmente orientata”) trova, infatti, un insuperabile limite – a differenza di quanto si è visto accadere sul versante euro-unitario – nel significato letterale della disposizione o dalla presenza di altro ostacolo normativo a livello di legge ordinaria (divieto di interpretazione *contra legem*)¹³⁷, il quale può essere rimosso

¹³⁴ Sebbene la precedentemente citata dottrina auspichi un siffatto “cambio di paradigma”. Cfr. R.E. KOSTORIS, *Equità, processo penale, diritto europeo. Riflessioni di un giurista di civil law*, cit., p. 1666: «un sistema che si apre al canone dell’equità processuale non può non presupporre che il giudice debba sottostare a un limite, sia pure di natura diversa. La sua individuazione implica perciò un cambio di paradigma, che può apparire quasi antropologico. Si deve immaginare cioè che quel limite sia costituito non più dall’esclusiva osservanza della *regola* normativa, ma da un risultato di condivisibile ragionevolezza, rappresentato da una riconduzione di quella regola alla concretezza dei fatti che caratterizzano una specifica vicenda giudiziaria, attraverso un’opera di bilanciamento condotta alla luce del principio di proporzionalità».

¹³⁵ Cfr. G. UBERTIS, *Equità e proporzionalità versus legalità processuale: eterogenesi dei fini?*, cit., p. 391-392: «nell’ordinamento italiano, i giudici ordinari sono tenuti a verificare la conformità della vicenda concreta alla norma corrispondente, ma non sono abilitati a dettare quest’ultima per risolvere un ipotetico attrito assiologico». In argomento, cfr. l’importante sentenza C. cost., 4 dicembre 2009 n. 317, in *Giur. cost.*, 2009, p. 4747, con nota di G. UBERTIS, *Sistema multilivello dei diritti fondamentali e prospettiva abolizionista del processo contumaciale*, ivi, p. 4765, la quale ha precisato, fra l’altro, che «il necessario bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti [...] trova nel legislatore il suo riferimento primario, ma spetta anche a questa Corte nella sua attività interpretativa delle norme costituzionali».

¹³⁶ Cfr. G. UBERTIS, *Equità e proporzionalità versus legalità processuale: eterogenesi dei fini?*, cit., p. 392.

¹³⁷ Cfr. E. CRIPPA, *Fondamento costituzionale delle nullità e consenso nei riti speciali*, cit., p. 8, secondo il quale «l’attività ermeneutica del giudice stante il tenore degli artt. 102, comma II, e 111 comma I, Cost. deve rimanere circoscritta alla selezione tra i soli significati ragionevolmente ascrivibili alla legge ordinaria». Anche secondo F. CAPRIOLI, *Abuso del diritto di difesa e nullità inoffensive*, cit., p. 2454 si tratterebbe di una «soluzione scarsamente auspicabile *de iure condendo* e, vigente l’art. 177 c.p.p.,

esclusivamente attraverso un intervento del legislatore o della Corte costituzionale, ove fosse investita della questione di legittimità costituzionale¹³⁸.

Neppure appare corretto sostenere che il dare rilievo alle sole nullità lesive non violi il principio di tassatività, ove si consideri che quest'ultimo implica non solo il divieto di dichiarare nullità che non sono previste dalla legge, ma anche l'obbligo di dichiararle quando siano invece previste.

Ad ogni modo, appare comunque erronea la stessa premessa del ragionamento, secondo la quale la Corte europea riterrebbe del tutto influente il rispetto della legalità formale (o normativa) all'interno del processo, in nome dell'affermazione di una nuova legalità "giurisprudenziale", basata su una valutazione "equitativa" e di "concreta offensività" da parte del giudice con riferimento alla singola vicenda procedimentale, a prescindere dal rigido rispetto delle forme¹³⁹.

Come anticipato, infatti, la Corte europea aderisce ad una nozione "sostanziale" e "autonoma" di legalità intesa come sufficiente accessibilità, precisione e prevedibilità della regola di diritto, indipendentemente dalla natura "formale" di quest'ultima, all'evidente fine di includere nella nozione in oggetto non solo sistemi ordinamentali legalistici

impraticabile sul piano interpretativo, non potendo l'esegesi convenzionalmente orientata delle norme interne (così come l'esegesi "eurounitariamente orientata") sconfinare sul terreno dell'interpretazione *contra legem*». Secondo O. MAZZA, *Cedu e diritto interno*, cit., p. 13: «ogni qual volta dalla disposizione di legge processuale possa trarsi, sul piano ermeneutico, una norma compatibile con il sistema convenzionale, tale forma di interpretazione è imposta e risulta perfettamente coerente con il principio di legalità. Il problema si pone quando l'intervento giurisprudenziale superi gli argini dell'ermeneutica e pretenda di ricostruire un sistema distonico rispetto al dato legislativo, compiendo tale operazione, schiettamente creativa del diritto, sotto l'ombrello della sola presunta interpretazione convenzionalmente orientata». Sul punto cfr., altresì, F. VIGANÒ, *L'impatto della Cedu e dei suoi protocolli sul sistema penale italiano*, cit., p. 25, nonché G.M. BERRUTI (a cura di), *Corte di Cassazione e Corti europee*, Roma, 2014, p. 453, dove si rileva l'«errore metodologico insito in un utilizzo dell'interpretazione conforme (alla norma convenzionale o a quella eurounitaria) finalizzato alla forzatura degli incoercibili significati testuali della norma interna: detta operazione violerebbe i cosiddetti *limiti logici* dell'interpretazione conforme che, in base alla stessa giurisprudenza sovranazionale, non può tradursi in interpretazione *contra legem*».

¹³⁸ Cfr. E. CRIPPA, *Fondamento costituzionale delle nullità e consenso nei riti speciali*, cit., p. 9, «nell'ipotesi in parola l'organo giurisdizionale ha, invece, il dovere di servirsi dell'unico strumento previsto dall'ordinamento e compatibile con il canone della legalità: sollevare la questione di legittimità costituzionale».

¹³⁹ Cfr. R.E. KOSTORIS, *Diritto europeo e giustizia penale*, cit., p. 71 ss.

(*civil law*), ma anche di matrice giurisprudenziale (*common law*), alla sola condizione che sia assicurata in concreto la “certezza del diritto”¹⁴⁰.

Ciò, tuttavia, non significa affatto che la configurazione in termini “legalistici” di un dato ordinamento sia ininfluyente in ordine alla verifica del rispetto del principio di legalità convenzionale. Infatti, nei sistemi in cui il principio di certezza del diritto è assicurato proprio attraverso la legge formale (come quelli di *civil law*), qualsivoglia “deviazione” giurisprudenziale rispetto a quest’ultima, soprattutto se condizionata all’*alea* di ciascuna vicenda concreta e in assenza di vincolo al rispetto del precedente, sacrificerebbe proprio quelle qualità “sostanziali” richieste dalla Corte europea per ritenersi rispettato in concreto il principio di legalità “convenzionalmente” inteso (in particolare nei termini di “prevedibilità”)¹⁴¹.

La riprova è che la Corte europea ha in più occasioni censurato “deroghe” giurisprudenziali alle disposizioni di legge formale, in quanto idonee a compromettere il supremo valore della “certezza del diritto”. La Corte, ad esempio, ha sintomaticamente affermato che «il principio della certezza del diritto può essere effettivamente compromesso se i tribunali nazionali introducono nella loro giurisprudenza eccezioni contrarie alla formulazione delle disposizioni di legge applicabili»¹⁴². Ne discende, dunque, che ammettere la possibilità per il giudice comune di “derogare” alla legge processuale “formale” in nome dell’affermarsi di una nuova legalità “sostanziale” di matrice “europeo-convenzionale” comporterebbe paradossalmente proprio una violazione di quest’ultima.

¹⁴⁰ Cfr. A. GARGANI, *op. cit.*, p. 115, il quale segnala come «nel valorizzare i contenuti basici e astorici della legalità – accessibilità e prevedibilità del comando legale in funzione dell’esigenza di certezza – il diritto EDU prescinde dall’archetipo dell’esclusività monopolistica, ma estende al contempo al diritto giurisprudenziale le predette garanzie meta-storiche della legalità».

¹⁴¹ Cfr. A. GARGANI, *op. cit.*, p. 115, «in un sistema – come quello italiano – che non riconosce carattere vincolante al precedente e in cui ricorrono mutamenti d’indirizzo giurisprudenziale e applicazioni imprevedibili, l’esigenza della prevedibilità sociale è destinata, invece, almeno per ora, a rimanere legalmente sottovalutata»; cfr., per il medesimo rilievo, V. MANES, *La lunga marcia della Convenzione europea ed i “nuovi” vincoli per l’ordinamento (e per il giudice) penale interno*, in V. MANES, V. ZAGREBELSKY, *La convenzione europea dei diritti dell’uomo nell’ordinamento penale italiano*, Milano, 2011, spec. p. 37. Secondo F. PALAZZO, *Considerazioni minime sulla prevedibilità della decisione giudiziale (tra miti, illusioni, pragmatismi)*, in *Cass. pen.*, 2022, 3, p. 941 ss., «il principio di prevedibilità costituisce l’espressione più moderna ed europea del principio di legalità, data la crisi in cui versa la riserva di legge».

¹⁴² C. eur. dir. uomo, grande camera, sent. 9 luglio 2009, ric. n. 11364/03, *Mooren c. Germania*, § 93 (traduzione nostra).

È vero che la Grande camera ha inaugurato un consolidato orientamento volto a censurare l'“eccesso di formalismo” in materia processuale¹⁴³, da ultimo esteso anche alla materia penale¹⁴⁴: si tratta, in particolare, di una serie di sentenze che sono state pronunciate in relazione all'invalidità/inammissibilità di atti processuali propedeutici all'esame della questione nel merito da parte del giudice (tipicamente legati al potere di impugnazione), quale limite al diritto all'accesso al tribunale di cui all'art. 6 Conv. eur. dir. uomo. In particolare, secondo la Corte, la previsione di prescrizioni formali a pena di inammissibilità degli atti introduttivi potrebbe rappresentare talora una vera e propria “barriera” di accesso alla giustizia, sicché essa – per ritenersi rispettosa degli standard convenzionali – non dovrebbe costituire una limitazione irragionevole e ingiustificata al diritto in questione. Questo impone al giudice un vaglio di proporzionalità in concreto della gravità del vizio in relazione all'effettivo conseguimento dello scopo normativo, al fine di verificare che la prescrizione non si riduca ad un inutile formalismo ostativo all'esame nel merito.

Tuttavia, è altrettanto vero che il richiamato orientamento – a tutto voler concedere – potrebbe attagliarsi esclusivamente alle prescrizioni di invalidità (*rectius*: inammissibilità) delle domande di parte introduttive dei giudizi di merito¹⁴⁵ (come quelle relative all'atto di impugnazione o alle richieste di procedimenti speciali¹⁴⁶) e non già alle nullità che si pongono a protezione dei diritti di difesa dell'imputato. Inoltre, nelle medesime sentenze, la Corte non ha mancato di sottolineare come «l'osservanza di norme formalizzate [...] sia preziosa e importante» in quanto «in grado di limitare la discrezionalità,

¹⁴³ C. eur. dir. uomo, grande camera, sent. 5 aprile 2018, ric. n. 40160/12, Zubac c. Croazia; il principio è stato recepito, da ultimo, anche in casi riguardanti l'ordinamento processuale del nostro Paese da Corte eur. dir. uomo, Sez. I, sent. 28 ottobre 2021, ric. n. 55064/11, Succi e al. c. Italia e 23 maggio 2024, ric. n. 37943/17, Patricolo e al. c. Italia.

¹⁴⁴ C. eur. dir. uomo, sez. V, sent. 2 febbraio 2023, n. 74530/17, Rocchia c. Francia, sulla quale v. G. CANESCHI, L'inammissibilità delle impugnazioni: dalla Corte di Strasburgo argini antiformalistici a tutela dell'equità processuale, in Riv. it. dir. proc. pen., 2023, 1, p. 799 ss.

¹⁴⁵ Sull'inammissibilità come forma di invalidità tipica delle domande di parte costitutive del potere del giudice di pronunciarsi nel merito v. G. GALLI, *L'inammissibilità dell'atto processuale penale*, Milano, 1968, p. 53 ss. e la dottrina *ivi* richiamata (nt. 1); sulla sottoposizione dell'inammissibilità al principio di tassatività cfr. R. FONTI, *L'inammissibilità degli atti processuali penali*, Padova, 2008, p. 43 ss.

¹⁴⁶ Ad esempio, tale orientamento potrebbe suffragare l'indirizzo sostanzialista accolto dalla Corte di Cassazione a Sezioni Unite (31 gennaio 2008, n. 9977) in materia di inammissibilità della richiesta di giudizio abbreviato o di patteggiamento formulata dal difensore non munito di procura speciale, non rilevabile ove l'imputato si sia comunque presentato in udienza.

di garantire la parità delle armi, di impedire l'arbitrarietà, di consentire l'effettiva definizione di una controversia e la sua decisione entro in termine ragionevole, di garantire la certezza del diritto e il rispetto nei confronti del tribunale»¹⁴⁷. Non sembra, in definitiva, che il richiamato orientamento – pur senz'altro ispirato ad una logica antiformalistica – sia in alcun modo in grado di sovvertire il sistema di invalidità interno.

5.2. (Segue.) *La tesi della integrazione delle fattispecie processuali. Rilievi critici.*

Altra dottrina sostiene che il diritto europeo-convenzionale non imponga un superamento del principio di fattispecie, bensì che l'ibridazione europea abbia comportato una necessaria integrazione delle fattispecie esistenti come tipiche e offensive, giungendo tuttavia ad esiti non differenti alla posizione appena esaminata¹⁴⁸.

Nello specifico, la richiamata dottrina attribuisce alle disposizioni convenzionali una (non meglio precisata) funzione “integratrice” delle fattispecie codicistiche. In questo senso, attraverso il combinato disposto dell'art. 6 Conv. eur. dir. uomo (che introdurrebbe un principio di lesività) e degli artt. 177 e ss. c.p.p. (che prevedono il principio di tassatività) essa sostiene che le nullità andrebbero ricostruite quali fattispecie «tipiche e lesive», con la conseguenza che esse andrebbero dichiarate dal giudice solamente allorquando si sia verificato un effettivo pregiudizio¹⁴⁹.

L'affermazione si presta a plurime obiezioni, prima ancora logiche, che giuridiche. A ben vedere, infatti, il principio di effettività non coincide affatto con il principio

¹⁴⁷ C. eur. dir. uomo, grande camera, sent. 5 aprile 2018, ric. n. 40160/12, Zubac c. Croazia, §§ 96 ss. (traduzione nostra).

¹⁴⁸ Cfr. F.M. IACOVIELLO, *La cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, cit., p. 147 s.

¹⁴⁹ Cfr. F.M. IACOVIELLO, *La cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, cit., p. 147, per il quale «l'art. 6 – nella lettura data dalla Corte di Strasburgo – stabilisce il principio di effettività del diritto di difesa. [...] Le norme CEDU non stanno in un limbo giuridico extraterritoriale, da cui irradiano luce soffusa sulle nostre norme interne. Esse fanno parte del nostro ordinamento e non solo come principi interpretativi, ma anche come regole giuridiche di condotta. La differenza tra funzione interpretativa e funzione integratrice è chiara. La seconda funzione, diversamente dalla prima, può aggiungere elementi strutturali non contenuti nella fattispecie codicistica. [...] Ora, l'art. 6 CEDU pone il principio della lesività delle nullità processuali, laddove l'art. 178 cpp. pone il principio della tipicità delle nullità processuali. [...] Non si tratta di leggere l'art. 178 cpp. alla luce dell'art. 6 CEDU. [...] Si tratta di integrare strutturalmente le due norme: l'art. 178 cpp. pone il principio di tassatività, l'art. 6 CEDU pone il principio di lesività. Integrando le due norme, abbiamo una nuova fattispecie processuale: le nullità generali tipiche e lesive».

di lesività: affermare che la “tutela” deve essere effettiva non implica in alcun modo che debba esserlo anche il “pregiudizio”. Anzi, vale il contrario: la tutela è “effettiva” (e quindi non censurabile dalla Corte europea) proprio se non comporta un “effettivo pregiudizio”, mentre è “ineffettiva” (e quindi censurabile dalla Corte europea) se si è verificata in concreto una lesione ai diritti difensivi.

Pertanto, se un qualche elemento strutturale le disposizioni convenzionali hanno introdotto nelle fattispecie delle norme processuali penali interne, questo dovrebbe consistere piuttosto nella necessaria assenza di un “pregiudizio effettivo” ai valori convenzionali in conseguenza dell’applicazione delle norme di validità (la “tutela effettiva”) e non già nella necessaria presenza di quest’ultimo per l’applicazione delle norme di invalidità (il “principio di lesività”).

In ogni caso, la summenzionata tesi si presta altresì ad insuperabili confutazioni giuridiche. Non appare, infatti, in alcun modo sostenibile la predicata funzione “integratrice” delle disposizioni della Conv. eur. dir. uomo (diversa dalla funzione “interpretativa”), in quanto esse potrebbero eventualmente trovare applicazione diretta nel nostro ordinamento solamente ove vi sia un “vuoto normativo”¹⁵⁰. A maggior ragione, una siffatta efficacia deve essere radicalmente esclusa in un sistema “chiuso” come quello delle nullità processuali penali, che, come visto, è assoggettato al principio di “tassatività”. In tale contesto, l’integrazione assumerebbe piuttosto le sembianze di una inaccettabile abrogazione implicita (o, tutt’al più, una “disapplicazione mascherata”¹⁵¹).

Ad ogni buon conto, al di là delle criticità che solleva ciascuna delle prospettive dottrinali precedentemente evidenziate, un impatto abrogativo/restrittivo sul sistema di garanzie domestiche è escluso inequivocabilmente dalla medesima Convenzione. L’art. 53 Conv. eur. dir. uomo, infatti, dispone che «nessuna delle disposizioni della presente Convenzione può essere interpretata come recante pregiudizio o limitazione ai diritti dell’uomo e alle libertà fondamentali che possano essere riconosciuti in base a leggi di qualunque Stato Contraente o da altri accordi internazionali di cui tale Stato sia parte».

¹⁵⁰ Peraltro, anche tale affermazione è controversa in dottrina.

¹⁵¹ L’espressione è di F. VIGANÒ, *L’impatto della Cedu e dei suoi protocolli sul sistema penale italiano*, cit., p. 28.

Da tale disposizione si ricava che la Convenzione europea, così come interpretata dalla giurisprudenza della sua Corte, è finalizzata ad assicurare uno *standard* minimo e inderogabile di tutela delle posizioni di libertà e dei diritti degli individui, ma non esclude in alcun modo (e non potrebbe essere altrimenti) la possibilità per il singolo Stato di assicurare garanzie maggiori all'interno del proprio ordinamento¹⁵².

Sicché l'esigenza che il processo rispetti un *minimum* di garanzie sostanziali (il cosiddetto nucleo essenziale del giusto processo) non implica che esso debba necessariamente ridursi a queste ultime, soprattutto laddove, come nel caso italiano, l'ordinamento abbia optato per un sistema di massimo garantismo formale e legalista (sancito, come si è visto, a livello costituzionale), prescindente da qualsiasi valutazione discrezionale in termini di offensività in concreto delle violazioni¹⁵³.

Per quanto argomentato, non può che escludersi qualsiasi impatto abrogativo/restrittivo sul sistema delle nullità processuali penali imposto dall'adesione al sistema europeo convenzionale. Non resta, dunque, che verificare se il doveroso rispetto degli obblighi internazionali imponga, diversamente, una rivisitazione in chiave "espansiva" delle fattispecie delle nullità processuali.

¹⁵² «In questa prospettiva, l'art. 53 Cedu opera quale clausola di garanzia che, onde evitare interpretazioni che pregiudichino livelli di tutela più elevati nell'ordinamento interno o anche internazionale, pone uno *standard* minimo e indisponibile di garanzia, derogabile dagli Stati solo "verso l'alto". In altri termini, l'apporto offerto dal sistema convenzionale si aggiunge alle garanzie domestiche elevandone il grado di protezione o amplificandone la portata, ma non può comprimerne lo spettro di tutela, limitando o pregiudicando le singole garanzie interne»; così P. SPAGNOLO, *Il modello europeo delle garanzie minime e il regime delle invalidità: un binomio conciliabile?*, cit., p. 25. Nei medesimi termini cfr. R. APRATI, *Il sistema delle nullità alla luce dell'art. 6 C.E.D.U.*, cit., p. 236, secondo la quale «giustificare la teoria del "pregiudizio effettivo" al fine di escludere la ricorrenza di alcune nullità servendosi dello scudo della C.E.D.U. appare metodologicamente scorretto: sarebbe un'operazione interpretativa volta ad "attenuare" il livello della tutela; sarebbe un errore giuridico affermare che in tal modo 'diamo attuazione' alla C.E.D.U.».

¹⁵³ Cfr. G. UBERTIS, *La Corte di Strasburgo quale garante del giusto processo*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 373, per il quale «la funzione interpretativa con effetti generali della Corte di Strasburgo non può che operare all'interno dei limiti convenzionali e pertanto (come d'altronde stabilito dall'art. 53 Conv. eur. dir. uomo) [...] contribuire all'individuazione dei *requisiti minimi* richiesti agli Stati per non incorrere nella violazione degli obblighi pattizi, "senza pregiudizio quindi delle disposizioni nazionali che prevedano una protezione più estesa delle garanzie individuali". Risulta perciò inesatto sostenere che "il nostro processo non appare in linea con gli insegnamenti della Corte europea [...] perché si colloca al di sopra dello standard di garanzie che essa accoglie"». O. MAZZA, *Legge e potere, l'irruzione delle corti sovranazionali*, cit., p. 9, rileva «il paradosso che il prezzo richiesto per l'adeguamento del sistema interno a una carta minimale dei diritti dell'accusato sia la liquefazione delle ben più alte garanzie formali del processo».

6. *La sua (predicata) attitudine “espansiva”: la validità offensiva. Rilievi critici.*

Un impatto (almeno potenzialmente) “espansivo” delle garanzie processuali interne imposto dal doveroso rispetto degli obblighi internazionali appare innegabile, in quanto connaturato alla ragione stessa di una Convenzione sovranazionale volta alla salvaguardia e allo sviluppo dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali nello spazio giuridico europeo.

Come anticipato, peraltro, appare oggi un principio assodato quello per il quale lo Stato non solo è tenuto ad adeguare la propria legislazione ai diritti e ai principi sanciti da tale trattato nell’interpretazione consolidata offerta dalla Corte europea, ma è altresì obbligato a conformarsi alle decisioni definitive di quest’ultima, impegnandosi a rimuovere tutte le condizioni di fatto e di diritto che determinano violazioni convenzionali attuali, relative al concreto caso deciso (cosiddetto adeguamento *ex post*), o anche solamente potenziali, in quanto riferibili a *deficit* strutturali dell’ordinamento (cosiddetto adeguamento *ex ante*). Tale obbligo incombe su tutti gli organi e poteri dello Stato, ciascuno nell’ambito delle rispettive competenze.

La riflessione si appunerà, quindi, sul ruolo del giudice comune nell’operazione di adeguamento “preventivo” e “successivo” dell’ordinamento interno alle esigenze di tutela discendenti dagli obblighi internazionali in materia di “equo processo”, al fine di comprendere se lo svolgimento di tale funzione possa giustificare deviazioni antiformalistiche – in chiave “espansiva” – rispetto al sistema codificato delle invalidità processuali penali.

Partendo dall’operazione di adeguamento “preventivo”, occorre verificare anzitutto se il giudice comune possa dichiarare nullo un atto meramente irregolare, che si riveli in concreto offensivo rispetto a un diritto convenzionalmente protetto (cosiddetta irregolarità offensiva). Trattasi, in altri termini, dell’ipotesi in cui una certa garanzia sancita dalla Convenzione sia integralmente recepita dal diritto interno, ma non sia resa “effettiva” dalla previsione di una reazione processuale.

A tale riguardo, la dottrina più recente si è sforzata di offrire una giustificazione teorica a percorsi interpretativi volti ad affermare la possibilità per il giudice comune di operare una siffatta estensione delle ipotesi di nullità per violazione “diretta” delle

garanzie processuali europee, al fine di assicurarne una maggiore “effettività” sul piano interno¹⁵⁴.

In particolare, tale conclusione è argomentata sulla base di una (pretesa) funzione “inclusiva” delle nullità generali di cui all’art. 178 c.p.p., alle quali il giudice comune potrebbe legittimamente ricondurre analogicamente tutte le ipotesi di irregolarità che si rivelino in concreto lesive delle garanzie dell’equo processo europeo¹⁵⁵.

Secondo tale dottrina, infatti, l’art. 178 c.p.p. costituirebbe una “clausola generale inclusiva” e, in quanto tale, non soggetta al principio di tassatività di cui all’art. 177 c.p.p., il quale, al contrario, rappresenterebbe una “clausola generale esclusiva”. Cosicché, mentre quest’ultima imporrebbe all’interprete di considerare valido tutto ciò che non è prescritto a pena di nullità, la prima lo abiliterebbe, al contrario, ad estendere analogicamente il regime delle nullità a violazioni non previste a pena di nullità speciale, ove si rivelassero lesive di valori fondamentali sottesi alle materie dell’art. 178 c.p.p.: «perde[rebbe] allora di senso l’affermazione secondo cui in tema di nullità è vietata l’analogia: il legislatore ha introdotto un meccanismo inclusivo che svuota in gran parte la portata precettiva del principio di tassatività»¹⁵⁶.

Di questa via, tale dottrina sostiene che tutte le volte in cui rispetto ad una violazione della legge processuale non sia prescritta una nullità speciale, si verificherebbe un’“antinomia” fra clausola “esclusiva” e clausola “inclusiva”, risolvibile a favore della seconda in ragione del principio di specialità. Cosicché tutte le difformità offensive rispetto a valori e principi fondamentali del processo ben potrebbero essere incluse in via analogica fra le nullità generali di cui all’art. 178 c.p.p.¹⁵⁷.

Tali premesse del ragionamento non sono condivisibili.

In disparte l’impossibilità logica e giuridica di configurare un rapporto di “specialità” fra due clausole “generali” dell’ordinamento, la dottrina esaminata sembra (forse intenzionalmente) ignorare che tanto le “nullità generali” quanto le “nullità speciali” sono nullità “testuali” e, in quanto tali, assoggettate al principio di tassatività previsto dall’art.

¹⁵⁴ R. APRATI, *Effettivo pregiudizio e nullità*, cit., p. 211 ss.

¹⁵⁵ R. APRATI, *Effettivo pregiudizio e nullità*, cit., p. 211 ss.

¹⁵⁶ R. APRATI, *Effettivo pregiudizio e nullità*, cit., p. 85.

¹⁵⁷ R. APRATI, *Effettivo pregiudizio e nullità*, cit., p. 76 ss.

177 del Codice. Come a suo luogo precisato, infatti, la previsione di ordine generale rappresenta solamente una tecnica di disciplina testuale “alternativa” a quella di ordine speciale, finalizzata ad assicurare la perfezione del sistema della tutela¹⁵⁸, prevenendo il rischio che talune violazioni della *substantia processus* rimangano prive di garanzia processuale per il fatto di difettare di una specifica previsione di nullità.

Non si nega che il carattere “generale” (sebbene non “generico”!) della disposizione di cui all’art. 178 c.p.p. possa lasciare inevitabili margini di discrezionalità (tecnica) in capo al giudice nel ricondurre una determinata violazione all’interno delle “categorie” delle nullità generali, ma, stante il principio di tassatività, tale operazione deve rimanere strettamente contenuta negli stretti argini dell’ermeneutica “testuale”, essendo inammissibili percorsi interpretativi “inclusivi” basati sul criterio di analogia o su valutazioni di ordine valoriale.

Lo stesso discorso deve essere svolto, a maggior ragione, con riferimento all’ipotesi di lesione alle garanzie convenzionali senza difformità dalla legge processuale.

A questo riguardo vengono in rilievo tanto il caso di una regola processuale posta a presidio di un diritto fondamentale che attribuisca al giudice o alle parti poteri o facoltà discrezionali, di modo che la sua concreta applicazione possa cagionare una violazione convenzionale in dipendenza della scelta effettuata, quanto l’ipotesi di una vera e propria “lacuna normativa” comportante un *deficit* strutturale di tutela di una certa garanzia sancita dalla Convenzione¹⁵⁹.

Anche con riferimento alle ipotesi appena descritte, una parte della dottrina invoca la possibilità per il giudice di dichiarare la nullità ai sensi dell’art. 178 c.p.p. di un’attività processuale che, pur legittima e conforme al diritto interno, leda direttamente un diritto convenzionalmente protetto. Si argomenta, a questo riguardo, che in tali ipotesi una “difformità” vi sarebbe e, precisamente, rispetto alle disposizioni previste dalla Convenzione, in quanto aventi efficacia diretta all’interno dell’ordinamento¹⁶⁰.

¹⁵⁸ Cfr. T. RAFARACI, *Nullità (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, II agg., Torino, 1998, p. 661.

¹⁵⁹ Le due ipotesi sono considerate da R. APRATI, *Il sistema delle nullità alla luce dell’art. 6 C.E.D.U.*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 239.

¹⁶⁰ Cfr. F.M. IACOVIELLO, *Il quarto grado di giurisdizione: la Corte europea dei diritti dell’uomo*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 814 ss.: «poiché la CEDU farebbe parte del nostro ordinamento a seguito delle leggi di ratifica ed esecuzione, occorrerebbe integrare le norme interne con i precetti europei: attraverso questa operazione si può giungere ad affermare che l’art. 178 cpp si completerebbe alla luce dell’art. 6

Come più volte ribadito, tuttavia, una forma di efficacia “diretta” delle disposizioni convenzionali è ammissibile solamente a sostegno di un’interpretazione convenzionalmente orientata *secundum legem* o, tutt'al più, *praeter legem* (alla condizione che via sia uno spazio giuridico vuoto non regolato in senso antinomico da altra disposizione di legge nazionale), ma mai *contra legem*.

A ciò si deve aggiungere che in un sistema informato al principio di tassatività come quello delle nullità processuali penali non si dà, in realtà, che un agire *secundum* o *contra legem*, in quanto non esistono “per definizione” situazioni non regolate. La mancata previsione di una nullità implica, infatti, il divieto per il giudice di dichiararla.

Sicché, l’esigenza del rispetto dei principi europei potrà senz’altro costituire un criterio orientativo del giudice nella concreta applicazione di una fattispecie “aperta”, ma la medesima esigenza non potrà mai legittimare una declaratoria di nullità di una attività processuale perfettamente valida, essendo a questo fine prima necessario rimuovere tale “ostacolo” normativo alla tutela del diritto concretamente leso, attraverso la promozione di un incidente di costituzionalità¹⁶¹.

Per quanto detto, si deve concludere che l’ordinamento non consente in alcun modo al giudice comune di estendere “creativamente” le fattispecie delle nullità codicistiche, tantomeno allo scopo di assicurare un adeguamento preventivo dell’ordinamento alle esigenze di tutela dei diritti convenzionali e scongiurare, in funzione «general preventiva»¹⁶², possibili condanne da parte della Corte europea.

Ciò, tuttavia, non significa affatto disconoscere al giudice comune la centralità del proprio ruolo di «manovrare gli scambi tra l’una e l’altra giurisdizione ai fini della

nell’interpretazione datane dalla Corte europea, con la conseguenza di ritenere nulli anche gli atti processuali tipici, ma in concreto lesivi. L’argomentazione è speculare, ma coerente, con quella richiamata nel paragrafo precedente. «La Convenzione fa parte o no del nostro diritto interno? Dovremmo ritenere di sì, non fosse altro perché c’è stata una legge nazionale che l’ha recepita. E se fa parte del diritto interno, allora non possiamo considerare Convenzione e *case law* come un corpo estraneo – a stento tollerato – nel nostro sistema di norme aborigini. [...] [Sicché] per evitare ‘difformità’ la Cassazione dovrebbe affermare il principio che sono nulli anche atti processuali tipici, ma in concreto lesivi».

¹⁶¹ Cfr. F. VIGANÒ, *L’impatto della Cedu e dei suoi protocolli sul sistema penale italiano*, cit., p. 28: «il limite oltre il quale il giudice comune non potrà spingersi nell’assicurare l’adeguamento del diritto interno agli obblighi convenzionali è dunque rappresentato soltanto dalla presenza di un *ostacolo normativo* a livello di legislazione ordinaria [...] *insuperabile in via ermeneutica*, che come tale può essere rimosso soltanto da un intervento ablativo della Corte costituzionale».

¹⁶² Così R. APRATI, *Il sistema delle nullità alla luce dell’art. 6 C.E.D.U.*, cit., p. 237.

risoluzione dell'antinomia»¹⁶³, bensì ribadire come tale ruolo debba necessariamente svolgersi nel rispetto delle norme di legge, le quali, nel delicato ambito delle nullità processuali, appaiono radicalmente ostative a qualsivoglia ermeneutica “estensiva” delle fattispecie di nullità.

6.1. (*Segue.*) *I rimedi per l'esecuzione delle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo (cenni). La problematica “traduzione” della causa di iniquità processuale in vizio procedurale interno.*

Un discorso a parte merita l'esecuzione *ex post* delle sentenze della Corte europea che abbiano accertato, con riguardo ad uno specifico caso, una violazione delle garanzie dell'“equo processo”, a prescindere dal fatto che quest'ultima sia dipesa da un'erronea applicazione della normativa nazionale da parte dei giudici, ovvero da un difetto strutturale dell'ordinamento.

Come noto, l'art. 46 Conv. eur. dir. uomo impegna gli Stati contraenti «a conformarsi alle sentenze definitive della Corte sulle controversie nelle quali sono parti», aggiungendo che «la sentenza definitiva della Corte è trasmessa al Comitato dei ministri che ne controlla l'esecuzione»¹⁶⁴. A questo riguardo, secondo la giurisprudenza convenzionale consolidata «quando la Corte constata una violazione, lo Stato convenuto ha l'obbligo giuridico, non solo di versare agli interessati le somme attribuite a titolo di equa soddisfazione, ma anche di adottare le misure generali e/o, se del caso, individuali necessarie»¹⁶⁵.

Tali misure individuali consistono, secondo la Corte europea, nella doverosa *restitutio in integrum* in favore dell'interessato, vale a dire nel porre «il ricorrente, per quanto possibile, in una situazione equivalente a quella in cui si troverebbe se non vi fosse

¹⁶³ F. VIGANÒ, *L'impatto della Cedu e dei suoi protocolli sul sistema penale italiano*, cit., p. 28.

¹⁶⁴ In argomento, cfr. M. DE SALVIA, *L'obbligo degli Stati di conformarsi alle decisioni della Corte europea e del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa*, in A. BALSAMO, R.E. KOSTORIS (a cura di) *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, cit., p. 67 ss.

¹⁶⁵ C. eur. dir. uomo, grande camera, sent. 17 settembre 2009, ric. n. 10249/03, Scoppola c. Italia, § 147; C. eur. dir. uomo, grande camera, sent. 1° marzo 2006, ric. n. 56581/00, Sejdicovic c. Italia, § 119.

stata una inosservanza [...] della Convenzione»¹⁶⁶. Muovendo da tali premesse, con specifico riguardo a violazioni dell'art. 6 Conv. eur. dir. uomo correlate allo svolgimento di un processo penale, la Corte ha identificato nella «riapertura del procedimento» il meccanismo più consono ai fini della *restitutio in integrum* del ricorrente¹⁶⁷.

Tradizionalmente, il maggiore ostacolo presente sul piano interno alla descritta esigenza era costituito dal principio di intangibilità del “giudicato” formatosi sulla vicenda giudiziaria sanzionata che, a ben vedere, impediva la riapertura del processo e la sua rinnovata celebrazione immune dai vizi accertati dalla Corte europea¹⁶⁸. Si tratta, del resto, di un ostacolo inevitabile, se si considera che l'avvenuto esaurimento dei rimedi interni rappresenta proprio la condizione di legittimazione per il ricorso alla Corte di Strasburgo¹⁶⁹.

Ciò, in passato, aveva costretto la Corte di cassazione ad adottare soluzioni alternative e pragmatiche, sebbene parziali e inidonee alla piena realizzazione dell'obiettivo, consistenti ora in un intervento in fase esecutiva mediante incidente di esecuzione (artt. 666-676 c.p.p.) ovvero dichiarazione dell'ineseguibilità della sentenza di condanna irrevocabile resa in esito ad un processo violativo delle garanzie convenzionali *ex art. 30*, comma 4, della l. 11 marzo 1953, n. 87¹⁷⁰, ora nella riapertura del giudizio in Cassazione

¹⁶⁶ Cfr. C. eur. dir. uomo, grande camera, sent. 17 settembre 2009, ric. n. 10249/03, Scoppola c. Italia, § 151, C. eur. dir. uomo, grande camera, 1° marzo 2006, ric. n. 56581/00, Sejdic c. Italia, § 55; C. eur. dir. uomo, sez. II, 18 maggio 2004, ric. n. 67972/01, Somogyi c. Italia, § 86.

¹⁶⁷ In argomento, cfr. A. SACCUCCI, *La riapertura del processo penale quale misura individuale per ottemperare alle sentenze della Corte europea*, in A. BALSAMO, R.E. KOSTORIS (a cura di), *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, cit., p. 81 ss.

¹⁶⁸ Per un'impostazione del problema, v. D. CARDAMONE, *Gli effetti delle decisioni della Corte EDU sul giudicato penale*, in G. LATTANZI, M. MAUGERI, G. GRASSO, L. CALCAGNO, A. CIRIELLO (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il ruolo del giudice nazionale*, 2023, p. 259 ss.

¹⁶⁹ Cfr. art. 35 § 1 Conv. eur. dir. uomo.

¹⁷⁰ Cfr. Cass., sez. I, 1° dicembre 2006, Dorigo, in *Cass. pen.*, 2007, p. 1441 ss. Si trattava di una forma di tutela in forma specifica che non riusciva tuttavia a conseguire l'obiettivo di riaprire il processo al fine di rivalutare la fondatezza dell'ipotesi di accusa; secondo la stessa Corte «esso “congela” il giudicato, impedendone l'esecuzione, ma non lo elimina, collocandolo a tempo indeterminato in una sorta di “limbo processuale”». In tema, cfr. B. LAVARINI, *L'incidente di esecuzione a rimedio della pena e della condanna illegale: tra riforme “pretorie” e mancate riforme legislative*, in *Arch. pen.*, 2019, 3, p. 1 ss.

attraverso l'applicazione analogica del rimedio previsto dall'art. 625-*bis* c.p.p., disciplinante il ricorso straordinario per errore materiale o di fatto¹⁷¹.

Lo stesso legislatore, successivamente, ha operato una modifica dell'art. 175 c.p.p.¹⁷², realizzando un adeguamento "parziale" dell'ordinamento interno collegato alla sola evenienza in cui la violazione dell'art. 6 Conv. eur. dir. uomo sia stata causata dalla celebrazione del processo contumaciale a carico dell'imputato che non avesse rinunciato a presenziarvi. In tema di diritto di partecipazione, inoltre, va segnalato l'ulteriore tentativo di adeguamento operato attraverso l'introduzione dell'istituto della rescissione del giudicato ai sensi dell'art. 625-*ter* c.p.p., poi abrogato e trasfuso nell'art. 629-*bis* dalla l. 23 giugno 2017, n. 103, diretto a riconoscere il diritto alla ripetizione del processo a favore dell'imputato condannato *in absentia* che dimostri di non aver avuto conoscenza del processo¹⁷³.

La carenza di un rimedio di carattere generale alla necessità di dare esecuzione alle decisioni della Corte europea è stata successivamente colmata dalla sentenza additiva n. 113 del 2011 della Corte costituzionale¹⁷⁴, con la quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 630 c.p.p. nella parte in cui non prevede un diverso caso di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna al fine di conseguire la riapertura del processo, «quando ciò sia necessario, ai sensi dell'art. 46, paragrafo 1, della Convenzione [...] per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo».

La portata di tale fondamentale decisione non può essere affrontata se non per brevi cenni, tesi ad esaminarne i profili di maggiore rilevanza e potenziale impatto con riferimento all'oggetto del presente lavoro.

¹⁷¹ Cfr. Cass., sez. VI, 12 novembre 2008, Drassich, in *Cass. pen.*, 2009, p. 1457. Secondo la Corte «a prescindere da ogni altro rilievo, non può rappresentare una risposta esaustiva al problema, risultando strutturalmente inidoneo ad assicurare la riapertura dei processi a fronte di violazioni che non si siano verificate nell'ambito del giudizio di cassazione».

¹⁷² Avvenuta con d.l. 21 febbraio 2005 n. 17 conv. in l. 22 aprile 2005 n. 60.

¹⁷³ Cfr. O. MAZZA, *Cedu e diritto interno*, cit., p. 17-18.

¹⁷⁴ C. cost., sent. 7 aprile 2011, n. 113, in *Giur. cost.*, 2011, p. 1534 ss., con nota di G. UBERTIS, *La revisione successiva a condanne della Corte di Strasburgo*, *ivi*, p. 1542, oggi anche in ID., *Argomenti di procedura penale*, Milano, 2016, p. 20.

Occorre anzitutto rilevare come tale ipotesi di revisione (cosiddetta “europea”), presentasse talune – non secondarie – peculiarità rispetto alla revisione “ordinaria” di cui all’art. 630 c.p.p. Di ciò sembra essersi reso consapevole lo stesso giudice delle leggi, quando ha affermato che «l’incidenza della declaratoria di incostituzionalità sull’art. 630 cod. proc. pen. non implica una pregiudiziale opzione di questa Corte a favore dell’istituto della revisione, essendo giustificata soltanto dall’inesistenza di altra e più idonea *sedes* dell’intervento additivo»¹⁷⁵.

Mentre, infatti, la revisione “ordinaria” costituisce il rimedio nei confronti di una sentenza viziata dal solo *error in iudicando* (in virtù di un difettoso apprezzamento del fatto storico)¹⁷⁶ e in funzione del solo proscioglimento del soggetto già condannato, la revisione “europea” postula, diversamente, l’eliminazione oltre i limiti del giudicato di un vizio interno al processo, vale a dire di un *error in procedendo*, al fine di porre l’interessato nelle medesime condizioni in cui si sarebbe trovato in assenza della lesione accertata dalla Corte europea. Da ciò consegue che il procedimento riaperto sarà suscettibile di diversi esiti, compresa la conferma della condanna, fermo il divieto della *reformatio in peius*¹⁷⁷.

Una parte della dottrina ha rilevato, a tal proposito, un radicale sovvertimento dogmatico del regime interno delle invalidità processuali, con specifico riguardo all’attitudine del giudicato a costituire causa di sanatoria generale dei vizi di procedura¹⁷⁸. È la stessa Corte costituzionale, inoltre, ad aver avvertito che «l’ipotesi di revisione in parola

¹⁷⁵ C. cost., sent. 7 aprile 2011, n. 113, cit., § 9.

¹⁷⁶ Sebbene gli sviluppi, anche giurisprudenziali, tendenti ad includere nella nozione di “prova nuova” anche la “prova acquisita ma non valutata” paiono aprire le porte ad una revisione per *error in procedendo*, sicché la differenza fra i due tipi di revisione è da ritenersi meno netta di quanto possa sembrare. Sul punto, cfr. quanto argomentato da R. CASIRAGHI, *La revisione*, in G. UBERTIS, G.P. VOENA (diretto da), *Trattato di procedura penale*, XL, Milano, 2020, spec. p. 236.

¹⁷⁷ C. cost., sent. 7 aprile 2011, n. 113, cit., § 9, «rimediare al difetto di “equità” di un processo, d’altro canto, non significa giungere necessariamente a un giudizio assolutorio: chi è stato condannato, ad esempio, da un giudice non imparziale o non indipendente – secondo la valutazione della Corte europea – deve vedersi assicurato un nuovo processo davanti a un giudice rispondente ai requisiti di cui all’art. 6, paragrafo 1, della CEDU, senza che tale diritto possa rimanere rigidamente subordinato a un determinato tipo di pronostico circa il relativo esito (il nuovo processo potrebbe bene concludersi, ad esempio, anziché con l’assoluzione, con una condanna, fermo naturalmente il divieto della *reformatio in peius*)».

¹⁷⁸ Per questa idea, cfr. O. MAZZA, *Cedu e diritto interno*, cit., 19

comporta, nella sostanza, una deroga – imposta dall’esigenza di rispetto di obblighi internazionali – al [...] principio per cui i vizi processuali restano coperti dal giudicato»¹⁷⁹.

In realtà, a dispetto di quanto affermato dal giudice delle leggi, non sembrerebbe essersi al cospetto di un reale sovvertimento dogmatico, se si consideri che già antecedentemente alla pronuncia della Corte costituzionale il giudizio convenzionalmente “iniquo” poteva ben ricostruirsi – ponendo l’attenzione tanto al piano sistematico¹⁸⁰ quanto ai concetti di teoria generale¹⁸¹ – come “inesistente”¹⁸², e, pertanto, costituire una forma di “nullità insanabile”. In ogni caso, anche a non voler accedere a tale – pur particolarmente lineare – prospettiva, appare comunque indubbio che l’intervento costituzionale si

¹⁷⁹ C. cost., sent. 7 aprile 2011, n. 113, cit., § 8.

¹⁸⁰ Cfr. G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale, I, Principi generali*, Milano, 2017, p. 132, secondo il quale ravvede un collegamento con il disposto di cui all’art. 111 Cost., a mente del quale «la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge» e la nozione di “equità processuale” convenzionale, sicché «ogni svolgimento giurisdizionale [...] per potersi effettivamente definire come tale e non esserne solo una falsa apparenza, deve rispettare quel requisito di equità (*fairness*) processuale richiamato nel testo [...] e nella rubrica dell’art. 6 Conv. eur. dir. uomo, nonché nell’art. 14 comma 1 Patto intern. dir. civ. pol.». Di questa via, l’A. sostiene che «lo svolgimento di attività incompatibili con tali prescrizioni farebbe venir ‘meno pure la giurisdizione in senso proprio e ci si troverebbe al cospetto di un suo simulacro’»; così, ID., *L’adeguamento italiano alle condanne europee per violazione dell’equità processuale*, cit., p. 114.

¹⁸¹ Cfr. G. UBERTIS, *L’adeguamento italiano alle condanne europee per violazione dell’equità processuale*, cit., p. 114, «viene qui in rilievo, magari con qualche dose di coraggio sebbene con non eccessiva fantasia, l’ormai consolidata teoria che riconosce nella ‘divergenza macroscopica tra l’atto e il suo modello’ e nella sua mancanza di ‘esplicita previsione da parte del legislatore’ i caratteri peculiari dell’inesistenza giuridica. Ambedue sono appunto integrati nell’eventualità di un processo che abbia violato i requisiti del *fair trial* posti a presidio del raggiungimento di una decisione giusta [...] quando manchi una regolamentazione in argomento».

¹⁸² Cfr. G. UBERTIS, *Corte europea dei diritti dell’uomo e «processo equo»: riflessi sul processo penale italiano*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 44, «sintetizzando al massimo, può affermarsi che l’inosservanza dei requisiti del processo equo, imposti [...] dall’art. 6 conv. eur. dir. uomo [...] generi il venir meno della giurisdizione in senso proprio, originandone unicamente un suo simulacro. Ma considerando l’assenza di una previsione legislativa di questa eventualità e di una disciplina dei suoi effetti [...], nonché la sua macroscopica difformità dal modello processuale, emergerebbe per tale ipotesi l’integrazione dei due caratteri peculiari dell’inesistenza giuridica. Non sussistendo giuridicamente un giudizio, nemmeno sorge la questione di rispettare un giudicato». Per analoghe conclusioni, cfr. già G. UBERTIS, *Conformarsi alle condanne europee per violazione dell’equità processuale: doveroso e già possibile*, in *Corr. merito*, 2017, p. 599.

sia limitato ad offrire una – seppur perfettibile – disciplina ad un fenomeno di “annullabilità insanabile”, in quanto presuppone un fatto quantomeno trascurato¹⁸³.

Da ultimo, è intervenuto in legislatore con l'obiettivo di dotare il rimedio in discorso di una più solida e completa disciplina di ordine positivo. In particolare, l'art. 1, comma 13, lett. o) della legge delega n. 134 del 2021 di riforma del processo penale ha legittimato il Governo ad «introdurre un mezzo di impugnazione straordinario davanti alla Corte di cassazione al fine di dare esecuzione alla sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo, proponibile dal soggetto che abbia presentato il ricorso, entro un termine perentorio», nonché ad «attribuire alla Corte di cassazione il potere di adottare i provvedimenti necessari e disciplinare l'eventuale procedimento successivo». Tale indicazione, a ben vedere, va nel senso di superare il precedente assetto binario – revisione europea, da un lato, ed incidente di esecuzione, dall'altro – stabilito dalla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle Sezioni unite della Cassazione, a favore di un «unico rimedio di nuovo conio»¹⁸⁴.

Sulla base di tale norma di delega e in adempimento ai relativi criteri direttivi, il Governo, con d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150 (c.d. Riforma “Cartabia”), ha predisposto un rimedio *ad hoc* per l'esecuzione delle decisioni della Corte europea, con l'auspicata intenzione di superare definitivamente le incertezze derivanti dall'impiego dei precedentemente descritti strumenti di origine pretoria. La denominazione del rimedio in parola di cui al nuovo art. 628-bis c.p.p. (“*Richiesta per l'eliminazione degli effetti pregiudizievoli delle decisioni adottate in violazione della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali o dei Protocolli addizionali*”) e la sua collocazione “topografica” (nuovo Titolo III-bis rubricato “*Rimedi per l'esecuzione delle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo*”) ne testimoniano l'autonoma e differente disciplina rispetto all'ordinaria revisione¹⁸⁵.

¹⁸³ Cfr. G. UBERTIS, *Le invalidità*, in G. UBERTIS (a cura di), *Sistema di procedura penale, II, Persone, strumenti, riti*, Milano, 2020, p. 216.

¹⁸⁴ Relazione illustrativa al d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, p. 175.

¹⁸⁵ Ibidem. Per un primo commento del rimedio di nuovo conio, v. R. CASIRAGHI, *Uno specifico rimedio per l'esecuzione delle sentenze della Corte di Strasburgo*, in *Dir. pen. proc.*, 2023, 1, p. 195 ss.; L. RAPISARDA, *Il nuovo art. 628-bis c.p.p.: l'ordinamento italiano dispone finalmente di un istituto per l'esecuzione de provvedimenti della Corte di Strasburgo*, in *www.giurisprudenzapenale.com*, 3 gennaio 2023; G. De AMICIS, *Gli approfondimenti della riforma Cartabia. Prime riflessioni sulla nuova “revisione europea”*, in *www.giustiziainsieme.it*, 20 febbraio 2023; S. LONATI, *Richiesta per l'esecuzione delle sentenze*

Le scelte caratterizzanti della nuova previsione possono essere sintetizzate come segue.

In primo luogo, ai sensi del comma 1, il soggetto legittimato ad attivare il rimedio in questione è esclusivamente il ricorrente vittorioso in sede europea, con esclusione perciò dei terzi non impugnanti, che avrebbero potuto vantare la medesima violazione. Tale scelta, a ben vedere, ripropone – senza risolvere – la questione della sorte dei c.d. “fratelli minori” del ricorrente vittorioso, ossia il problema di come garantire tutela a coloro che abbiano subito, comunque, una violazione accertata dai giudici europei e avente carattere “strutturale”. Sul punto rileva l’indicazione fornita in sede di Relazione finale alla legge delega n. 134 del 2021, ove si legge che, in ogni caso, «la Cassazione potrebbe sollevare immediatamente questione di legittimità costituzionale della norma interna interessata dalla decisione di Strasburgo nel caso in cui quest’ultima individui un problema di portata generale dell’ordinamento nazionale: in tal modo, si potrebbe risolvere a monte la delicata questione dei cc.dd. fratelli minori, i quali, non legittimati a proporre il nuovo rimedio, si potrebbero poi rivolgere al giudice dell’esecuzione, ai sensi dell’art. 673 c.p.p. e dell’art. 30, comma 4, l. 87 del 1953»¹⁸⁶: la descritta soluzione, tuttavia, non parrebbe attagliarsi alle ipotesi di accertamento di violazioni di carattere processuale, le quali – a ben vedere – potrebbero trovare rimedio esclusivamente per mezzo di una riapertura della vicenda processuale, tuttavia preclusa a chi non sia diretto destinatario del giudicato convenzionale¹⁸⁷.

Per quanto riguarda, infine, le decisioni della Corte europea dei diritti dell’uomo che legittimano l’attivazione del nuovo strumento rimediale, la nuova disposizione fa riferimento non solo alle sentenze che accertino una violazione della Convenzione, ma anche alle ipotesi in cui sia disposta la cancellazione del ricorso dal ruolo ai sensi dell’art. 37 Conv. eur. dir. uomo in conseguenza del riconoscimento della violazione da parte dello Stato.

di condanna della Corte europea dei diritti dell’uomo: il nuovo art. 628-bis c.p.p., in www.sistemapenale.it, 27 aprile 2023.

¹⁸⁶ Relazione finale alla legge delega n. 134 del 2021, p. 40 s.

¹⁸⁷ Cfr. S. LONATI, *Richiesta per l’esecuzione delle sentenze di condanna della Corte europea dei diritti dell’uomo*, cit., p. 10 e l’ampia dottrina ivi richiamata.

Dopo aver disciplinato i profili procedurali e di rito della richiesta (commi da 2 a 4), l'art. 628-*bis* si occupa della valutazione, rimessa alla Corte di cassazione, circa la fondatezza della stessa e le modalità cui farvi fronte. In particolare, ai sensi del comma 5, la Cassazione è chiamata a verificare preliminarmente l'“incidenza effettiva” – per natura e gravità – della violazione convenzionale sulla sentenza o sul decreto penale di condanna pronunciati nei confronti del richiedente, cui segue la scelta in ordine allo strumento più adatto per rimuovere gli effetti pregiudizievoli, ivi inclusa la revoca della sentenza o del decreto penale di condanna. Solo nel caso in cui la Corte di cassazione non sia in grado di provvedere direttamente, dovrà trasmettere gli atti al giudice dell'esecuzione, oppure, secondo le evenienze, disporre la riapertura del processo nel grado e nella fase in cui si procedeva al momento in cui si è verificata la violazione, stabilendo se e in quale parte gli atti compiuti nel processo in precedenza svoltosi conservino efficacia.

Si vede così come la disciplina dell'istituto miri complessivamente all'obiettivo di assicurare la rivalutazione della sentenza e la riapertura del procedimento derivante dalla decisione europea di condanna alla *restitutio in integrum*, conservando tuttavia un ragionevole margine di apprezzamento a tutela del giudicato nazionale, attraverso la sottoposizione del rimedio in parola ad un preliminare vaglio, demandato alla Corte nazionale, in ordine all'“effettiva incidenza” della violazione, per natura e gravità. Trattasi di un giudizio necessariamente diverso dalla valutazione complessiva (*as a whole*) già effettuata, con esito positivo, dalla Corte europea sulle conseguenze del vizio riscontrato rispetto alla complessiva vicenda procedimentale (e che costituisce il presupposto della condanna convenzionale) ed è volto a salvaguardare il margine di apprezzamento statale in ordine all'opportunità di superare il giudicato nazionale in relazione all'esecuzione della decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo; e ciò anche considerato che la stabilità delle situazioni giuridiche rappresenta esso stesso un valore per il diritto europeo convenzionale.

Un potenziale impatto sulla dogmatica delle invalidità processuali conseguente all'introduzione del rimedio in discorso potrebbe configurarsi relativamente alla qualificazione sul piano del diritto interno dei vizi di procedura riscontrati dalla Corte europea.

Del resto, già nella pronuncia precedentemente richiamata, la Corte costituzionale aveva avuto modo di affermare che «il giudice della revisione valuterà anche come le cause della non equità del processo rilevate dalla Corte europea si debbano tradurre [...]

in vizi degli atti processuali alla stregua del diritto interno, adottando nel nuovo giudizio tutti i conseguenti provvedimenti per eliminarli»¹⁸⁸.

Si vede così come l'esigenza di dare esecuzione alle decisioni della Corte europea tocchi un nodo nevralgico della disciplina delle nullità processuali, affidando al giudice comune la complessa funzione di "tradurre" le cause di iniquità processuale rilevate dalla Corte europea in vizi degli atti processuali alla stregua del diritto interno.

Come è stato lucidamente evidenziato, la magistratura penale «si è trovata così a confrontarsi, negli ultimi anni, con questioni di tutt'altro che agevole soluzione, a fronte – da un lato – dell'obbligo internazionale (di *risultato*) derivante dall'art. 46 di conformarsi alle sentenze della Corte europea, e – dall'altro – dei vincoli che derivano, nella scelta dei *mezzi* per adempiere a tale obbligo, dal principio di legalità processuale di cui all'art. 111 comma 1 Cost.»¹⁸⁹.

La questione più complessa riguarda, in particolare, l'ipotesi in cui le violazioni dell'equità processuale dipendano da violazioni difensive, ambito nel quale, come più volte visto, si evidenziano le più marcate differenze di "approccio" fra ordinamento interno e giurisprudenza della Corte europea e, in definitiva, tra legalità interna e legalità convenzionale¹⁹⁰.

Sulla scorta di tali considerazioni, è necessario dunque riflettere su come le violazioni dell'equità possano ridondare in vizi interni, e quali rimedi a tal fine possano essere offerti sul piano interno nel contesto della riapertura del processo.

A questo riguardo, è possibile anzitutto affermare che se la causa di non equità del processo è determinata da una violazione difensiva corrispondente inquadrabile nell'ambito delle cause di nullità, *nulla quaestio*: il giudice della riapertura sarebbe tenuto a

¹⁸⁸ C. cost., sent. 7 aprile 2011, n. 113, cit., § 8.

¹⁸⁹ F. VIGANÒ, *L'impatto della Cedu e dei suoi protocolli sul sistema penale italiano*, cit., p. 19.

¹⁹⁰ In argomento, cfr. R.E. KOSTORIS, *La revisione del giudicato iniquo*, in *Leg. pen.*, 2011, p. 478: «la Corte non ragiona sulla base di fattispecie normative, ma sulla base di violazioni di diritti; dunque pone in primo piano il problema della loro lesione in concreto. Invece nel nostro sistema, edificato sul concetto di fattispecie e sulle invalidità come mancata integrazione di quel modello, le violazioni difensive o ridondano in cause di nullità, o non presentano alcuna rilevanza invalidante. Le nullità, dal canto loro, compongono un sistema chiuso, ispirato al principio di tassatività e tradizionalmente insensibile al concetto di lesività concreta. Inoltre noi ragioniamo in termini frazionati, prendendo in considerazione la violazione rispetto ai singoli atti processuali, mentre la Corte guarda alla violazione non in sé, ma in rapporto al complesso della vicenda giudiziaria. Essa ragiona sulla base del principio di proporzionalità».

rilevarla, potenzialmente anche d'ufficio, con le conseguenze, anche in termini di invalidità derivata, previste dall'ordinamento nazionale ai sensi dell'art. 185 commi 1-3 c.p.p.¹⁹¹.

Maggiormente discussa è, invece, la sorte delle ulteriori violazioni difensive che si dovessero situare “topograficamente” nel segmento processuale rinnovato, ma che non siano state poste a fondamento della valutazione di iniquità da parte della Corte europea, in quanto, ad esempio, inoffensive rispetto alle garanzie convenzionali o comunque irrilevanti rispetto alla decisione. Secondo l'impostazione più persuasiva, maggiormente coerente con la logica delle impugnazioni straordinarie, esse dovrebbero considerarsi “coperte” dal giudicato, con la conseguenza che il giudice della riapertura non potrebbe in ogni caso rilevarle¹⁹².

Quid juris, invece, se l'iniquità processuale rilevata dalla Corte europea non trovasse alcuna rispondenza in vizi processuali secondo l'ordinamento interno?

Anche in tale contesto, parte della dottrina riproduce le medesime argomentazioni precedentemente esposte a sostegno della possibilità per il giudice comune di dichiarare la nullità dell'attività processuale svolta in violazione delle disposizioni convenzionali, facendo ora riferimento alla teoria dell'“integrazione delle fattispecie”¹⁹³, ora proponendo la possibilità di una interpretazione convenzionalmente conforme *contra legem* sulla base dell'applicazione del principio di lesività in concreto di cui all'art. 6 Conv. eur. dir. uomo: argomentazioni rispetto alle quali non sono, tuttavia, negate le evidenti frizioni con il principio di tassatività¹⁹⁴.

Non sembra vi siano ragioni per sconfessare, anche in questo pur peculiare contesto, i rilievi critici precedentemente svolti nei confronti delle menzionate impostazioni dottrinali, ai quali, dunque, integralmente si rinvia¹⁹⁵.

¹⁹¹ Cfr. G. UBERTIS, *La revisione successiva a condanne della Corte di Strasburgo*, cit., p. 20.

¹⁹² R.E. KOSTORIS, *La revisione del giudicato iniquo*, cit., p. 479.

¹⁹³ Cfr. F.M. IACOVIELLO, *La cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, cit., p. 147.

¹⁹⁴ R.E. KOSTORIS, *La revisione del giudicato iniquo*, cit., p. 480.

¹⁹⁵ Sul punto, appaiono pienamente condivisibili le considerazioni di R. CASIRAGHI, *La revisione*, cit., p. 297-298, secondo la quale «considerata la tassatività dei casi di nullità, non potrà invocarsi il concetto di lesività in concreto di cui all'art. 6 Conv. eur. dir. uomo. Analogamente, è da escludersi che il giudice della revisione applichi direttamente la norma della Convenzione europea dei diritti dell'uomo di cui fosse stata accertata la trasgressione, considerato l'attuale e costante insegnamento della Corte costituzionale che

Di talché, al giudice della riapertura, una volta constatata l'impossibilità di procedere ad una interpretazione convenzionalmente conforme delle regole di diritto interno, non resterebbe altra via che sollevare una questione di legittimità costituzionale della disposizione in rilievo, nella parte in cui impedisca, per l'assenza di una previsione di nullità, un pieno ripristino dell'equità violata (ove i parametri di costituzionalità potrebbero essere ulteriori rispetto all'art. 117 comma I Cost., come ad esempio l'art. 25 comma I o 111 commi II e III Cost.)¹⁹⁶.

Per quanto argomentato nei precedenti paragrafi, dunque, l'adesione al sistema convenzionale non sembrerebbe imporre (e tantomeno giustificare) un'estensione "creativa" ad opera del giudice comune delle fattispecie di nullità codificate, neppure per fare fronte all'esigenza di dare concreta esecuzione alle sentenze della Corte europea attraverso la riapertura del processo dichiarato iniquo.

7. Ancora sulla (pretesa) giustificazione concettuale del "pregiudizio effettivo" quale legittimo metodo di rilevazione delle nullità processuali sulla base dell'ermeneutica della Corte europea dei diritti dell'uomo. Ulteriori rilievi critici.

Nei paragrafi che precedono si è tentato di dimostrare come il principio di tassatività, nei suoi diversi corollari, osti a qualsivoglia lettura in chiave tanto "abrogativa/restrittiva" quanto "espansiva" delle fattispecie delle nullità codicistiche da parte del giudice comune imposta dal rispetto degli obblighi discendenti dal sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Il sistema "chiuso" di invalidità disegnato dal codificatore, infatti, preclude in radice qualsivoglia efficacia diretta delle disposizioni convenzionali, tanto in chiave "integrativa" delle fattispecie, quanto a supporto di un'ermeneutica *contra legem* convenzionalmente orientata, le quali si tradurrebbero altrimenti in un'inaccettabile disapplicazione del dato testuale.

assegna alle norme convenzionali il ruolo di norme interposte, negando, viceversa, la loro equiparazione al diritto dell'Unione europea».

¹⁹⁶ Cfr. G. UBERTIS, *La revisione successiva a condanne della Corte di Strasburgo*, cit., p. 21.

L'obbligo di dichiarare la nullità di un atto difforme laddove espressamente prevista e il complementare divieto di dichiararla laddove non prevista, entrambi corollari del principio di tassatività, costituiscono invero un "ostacolo" normativo insormontabile per il giudice nella propria attività interpretativa e applicativa della legge, rimuovibile esclusivamente attraverso la promozione di un giudizio di costituzionalità.

Ciò nonostante, e pur condividendo in linea di massima tali approdi, una parte della dottrina sostiene tuttavia che l'influenza della giurisprudenza "sostanzialistica" della Corte europea dei diritti dell'uomo, pur inidonea ad incidere direttamente sulle fattispecie delle nullità codificate, nondimeno costituirebbe una possibile «base teorico-ideale»¹⁹⁷ degli approcci "antiformalistici" della giurisprudenza interna, esaminati nella sezione I del presente elaborato, basati sull'accertamento del "pregiudizio effettivo" ai fini della rilevazione dei vizi processuali¹⁹⁸.

In altri termini, la penetrazione nel nostro ordinamento della logica *floue*¹⁹⁹ ed elastica della giurisprudenza europea, incentrata sulla valutazione dell'equità processuale complessiva, sebbene non in grado di modificare direttamente il sistema interno delle invalidità processuali, giustificerebbe in ogni caso un *metodo di rilevazione* delle stesse basato sul principio di "offensività", secondo un meccanismo di circolazione prasseologica e culturale²⁰⁰.

¹⁹⁷ M. CAIANIELLO, *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nelle invalidità processuali penali*, cit., p. 150.

¹⁹⁸ M. CAIANIELLO, *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nelle invalidità processuali penali*, cit., p. 150-151: «è realistico assumere che quello standard minimo che, per forza di cosa, la Corte e.d.u. si trova a dover individuare ogni volta, in ragione del proprio fondamento istitutivo, tenderà a divenire metodo ermeneutico, grazie alla forza di penetrazione del diritto europeo, così travolgendo in buona parte i più tradizionali criteri di esegesi e applicazione dei diritti nazionali: in particolare, quelli tipici degli ordinamenti di stampo continentale, improntati alla logica e alla tecnica kelseniana».

¹⁹⁹ Il termine è ripreso da M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit: du Code pénal aux droits de l'homme*, Parigi, 1986; C.E. PALIERO, *The "Fluid law": rethinking Delma's Theory on the Dialectics of Sources in Criminal Law*, in *Dir. pen. contemp.*, 2014, p. 1099 ss.

²⁰⁰ M. CAIANIELLO, *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nelle invalidità processuali penali*, cit., p. 133, «le fonti europee esercitano sui sistemi nazionali, e in particolare su quello italiano, un influsso pervasivo, che tocca non solo le singole disposizioni – per chiarire, imponendo la propria previsione su quella nazionale – ma anche il modo di ragionare dei giuristi. Modo di ragionare che si fa, rispetto al passato, molto più casistico e incentrato sull'applicazione diretta dei principi generali al problema specifico da risolvere, con ciò relegando a progressiva irrilevanza le fonti di rango legislativo, e le regole che esse recano».

Tale innesto, pur animato dall'obiettivo (invero discutibile) di razionalizzare la prassi giurisprudenziale interna²⁰¹, non appare praticabile, né auspicabile. Come è stato notato con efficace metafora «sarebbe come voler plasmare la pietra dura del codice a effigie della mutevole consistenza del diritto giurisprudenziale»²⁰².

Non appare, infatti, metodologicamente corretto “importare” un criterio di giudizio pensato per una valutazione di una vicenda processuale “complessiva” (peraltro già conclusa), in funzione della tutela “minimale” dei diritti umani, nel differente contesto della cognizione del giudice nazionale, avente ad oggetto la mera rispondenza di un singolo “atto” del processo alla propria “fattispecie legale”, siccome delineata all'interno di un sistema di nullità chiuso, informato dai principi di legalità e tassatività²⁰³.

Mentre, infatti, l'oggetto del processo penale interno è l'accertamento del merito dell'imputazione rispetto al quale l'osservanza della legalità processuale (cioè la corrispondenza al modello procedurale previsto dalla legge) è “servente” e la rilevazione dell'invalidità “incidentale”, per la Corte europea la violazione “effettiva” dei diritti processuali costituisce esattamente il merito dell'accertamento giurisdizionale, il quale giocoforza prescinde da una valutazione di corrispondenza alla fattispecie legale (essa, a ben vedere, compie un “processo al processo”)²⁰⁴.

²⁰¹ M. CAIANIELLO, *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nelle invalidità processuali penali*, cit., 179: «se non si vuole accettare d'esser relegati al solo ruolo di passiva testimonianza, occorre dunque provare a interferire con i mutamenti in atto, cercando di innestarvi razionalità: del resto, questa dovrebbe essere, da sempre, la ragione fondativa della dottrina, nell'ambito delle scienze sociali».

²⁰² O. MAZZA, *Cedu e diritto interno*, cit., p. 12. E.M. CATALANO, *Le invalidità alla deriva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 106, parla di «deriva europeistica, ovvero la tendenza ad abbracciare quella logica flessibile delle Corti europee che è una logica di giustizia del caso singolo e che rispecchia un approccio flou, olistico, profondamente estraneo al nostro sistema. Sostenere che la Corte europea dei diritti dell'uomo mostra una grande sensibilità per la teoria del pregiudizio effettivo è fuorviante».

²⁰³ O. MAZZA, *Cedu e diritto interno*, cit., p. 13. In senso analogo, E. CRIPPA, *Fondamento costituzionale delle nullità e consenso nei riti speciali*, cit., p. 9-10.

²⁰⁴ Per una simile constatazione E. AMODIO, *Il fascino ingannevole del pregiudizio effettivo (a proposito di abuso del processo)*, cit., p. 3598: «la cognizione del giudice interno ha ad oggetto il singolo atto ed è incentrata sul concetto di fattispecie, così come delineata all'interno di un sistema di nullità chiuso, cioè dominato dai principi di legalità e tassatività delle invalidità. Viceversa, la Corte di Strasburgo considera l'intero processo e si sofferma sulle lesioni concrete, indipendentemente dalla correttezza dell'iter processuale. Con il suo giudizio, la Corte mira ad accertare se nel caso di specie si sia prodotta una lesione dei diritti fondamentali dell'imputato, prescindendo del tutto dalle categorie di nullità, inutilizzabilità o sanatoria».

Si potrebbe dire, in altre parole, che mentre per il giudice interno il processo rileva come *funzione*, vale a dire quale modalità del decidere e non quale oggetto della decisione (se non nei termini di corrispondenza alla legge), per la Corte europea il processo rileva diversamente come *diritto*, mirando essa ad accertare se nel caso di specie si sia prodotta una lesione dei diritti fondamentali dell'imputato, a prescindere dal rispetto formale della procedura. Per usare un gioco di parole: il processo interno è “metodo di giudizio”, il processo europeo è “giudizio sul metodo”.

Come è stato efficacemente affermato, dunque, «l'approccio antiformalistico e pragmatico della Corte europea dei diritti dell'uomo si spiega alla luce di un dato molto semplice: il ragionamento non si fonda su fattispecie normative, ma su violazioni di diritti; di qui il rilievo assegnato al requisito della effettiva lesione degli stessi»²⁰⁵. Diversamente, in un sistema informato ad una logica formale e di stretta tassatività, la rilevazione del vizio implica la rilevazione dell'offesa, in quanto “compresa” nell'imperfezione, secondo un giudizio effettuato *ex ante* dal legislatore²⁰⁶ e ove «il bilanciamento fra interessi contrapposti [...] è compiuto una volta per tutte e in modo anelastico [da quest'ultimo]»²⁰⁷.

Date queste premesse, non sembra possibile sovrapporre *itinerari* logico-argomentativi pensati per far fronte ad esigenze così radicalmente eterogenee. Ciò, del resto, porterebbe al paradosso per il quale il giudice nazionale finirebbe per operare “senza fattispecie” e solo in base ai principi generali: «è come se chiamassimo ciascun giudice italiano, a stabilire ogni caso di rispetto o di violazione del diritto di difesa, senza dargli alcun parametro specifico, all'infuori del solo art. 24 comma 2° Cost.»²⁰⁸.

Anche sotto il profilo “metodologico”, dunque, occorre relativizzare la capacità del diritto europeo convenzionale di offrire una giustificazione concettuale alle deviazioni antiformalistiche della giurisprudenza domestica.

²⁰⁵ P.P. PAULESU, «Pregiudizio effettivo» e nullità degli atti processuali penali, cit., p. 885.

²⁰⁶ P.P. PAULESU, «Pregiudizio effettivo» e nullità degli atti processuali penali, cit., p. 883.

²⁰⁷ F. CASSIBBA, *Violazione della difesa tecnica ed equità processuale*, cit., p. 1213.

²⁰⁸ M. NOBILI, *Torbide fonti ed adorati errori*, in *Crit. dir.*, 2012, p. 164-165.

Sez. II

Argomenti dal diritto nazionale

8. *Teorie giustificative dell'approccio sostanzialistico della giurisprudenza in materia di nullità. Discussione delle tesi.*

A conclusione della sezione precedente, si è sostenuta l'improprietà nel richiamo al diritto europeo convenzionale allo scopo di offrire una giustificazione concettuale agli approcci "sostanzialistici" della giurisprudenza interna in materia di nullità processuali. Si è rilevato, in particolare, come l'approccio della Corte europea dei diritti dell'uomo mal si concili con un sistema processuale interno informato al cosiddetto "principio di fattispecie", il quale non consente al giudice di operare valutazioni ulteriori rispetto al mero raffronto geometrico dell'atto con il proprio modello legale.

Un sistema, si è poi visto, rafforzato da un regime di stretta "tassatività", nei suoi diversi corollari, i quali, a loro volta, «sono inscindibilmente avvinti a una medesima logica: sottrarre al giudice valutazioni di offensività/inoffensività diverse da quelle incorporate nei giudizi di difformità o conformità al paradigma normativo»²⁰⁹.

Sembrerebbe, pertanto, non potersi giungere ad altra conclusione che non sia quella di escludere recisamente l'ammissibilità, all'interno del nostro ordinamento processual-penalistico, dei percorsi giurisprudenziali "creativi" in materia di nullità esaminati nel precedente capitolo (ed è in effetti proprio questa – lo si anticipa – la conclusione a cui si perverrà).

Sennonché, la giurisprudenza e, soprattutto, la dottrina più recenti, si sono sforzate di «concepire una fattispecie con la quale dar veste razionale all'approccio sostanzialistico ed empirico alle invalidità»²¹⁰, e ciò secondo differenti percorsi argomentativi – tutti interni all'ordinamento nazionale – accomunati dalla conclusione secondo la quale il principio di tassatività non sarebbe affatto ostativo ad una rilettura in chiave antiformalistica dell'intero sistema delle nullità processuali penali.

²⁰⁹ F. CAPRIOLI, *Abuso del diritto di difesa e nullità inoffensive*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 2451.

²¹⁰ M. CAIANIELLO, *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nelle invalidità processuali penali*, Bologna, 2012, p. 175.

Occorre, perciò, anzitutto sgomberare il campo della riflessione da qualsivoglia teoria “elusiva” del principio di tassatività, al fine di poter in conclusione argomentare la capacità “preclusiva” di tale principio – e dei valori ordinamentali di cui esso rappresenta la fondamentale garanzia – rispetto ad ogni percorso “creativo” della giurisprudenza in materia di nullità processuali penali.

La discussione prenderà avvio da quella che in letteratura è comunemente definita “teoria del pregiudizio effettivo”, la quale, come è stato correttamente messo in luce, appare in realtà «piuttosto equivoca in quanto può essere prospettata in un duplice modo e, cioè, sia configurando l'inesistenza del pregiudizio in parola come un requisito, la cui presenza esclude *ab origine* la nullità, sia configurando il venir meno del pregiudizio effettivo come una sanatoria della nullità verificatasi»²¹¹.

Entrambe le declinazioni della teoria saranno criticamente esaminate nei paragrafi seguenti.

9. La nullità come fattispecie “offensiva” e la concezione sanzionatoria dell'invalidità. Rilievi critici.

Una prima proposta ricostruttiva emergente in dottrina suggerisce di traslare nella materia delle invalidità processuali il “principio di offensività” elaborato dalla riflessione penalistica sul piano sostanziale²¹². Si dice, in particolare, che il canone del “pregiudizio effettivo” sarebbe espressione di un “principio di offensività processuale”, il quale imporrebbe al giudice di verificare la concreta offensività di un atto non conforme al tipo per poterne rilevare l'invalidità²¹³.

²¹¹ G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, Torino, 2017, p. 187.

²¹² Cfr. G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, cit., p. 187: «ci troveremmo di fronte ad un requisito simile (ma di segno negativo) a quello costituito per le fattispecie di reato dall'evento in senso giuridico e, cioè, la lesione o la messa in pericolo dell'interesse giuridicamente protetto (inteso come requisito dell'intera fattispecie criminosa): in altri termini, un requisito, alla cui esistenza è subordinata l'integrazione della fattispecie prevista dal legislatore».

²¹³ Per la prima elaborazione di tale tesi, cfr. M. CAIANIELLO, *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nelle invalidità processuali penali*, cit., 175: «il metodo elaborato dalla dottrina penalistica in materia di principio d'offensività sembrerebbe potersi prestare ad essere usato quale punto di partenza, da approfondire e sviluppare. Si potrebbe, in pratica, provare a concepire un principio di offensività processuale, utile al fine di stabilire se [...] l'errore in procedendo si sia verificato. Detto altrimenti, per

La praticabilità di suddetta operazione – della quale la richiamata dottrina non nega le evidenti criticità²¹⁴ – è sostenuta sulla base di un percorso argomentativo non convincente.

Nello specifico, si afferma che il principio di offensività processuale, al pari di quello teorizzato sul piano sostanziale, costituirebbe un presidio del principio di legalità (inteso in senso “sostanziale”), in quanto consentirebbe al giudice di disapplicare in via ermeneutica fattispecie “puramente normative”, cioè prive di collegamento con l’offesa di un bene o un valore giuridicamente protetto, e rispetto alle quali non si colgano «le ragioni politiche della meritevolezza di pena»²¹⁵.

Sembra superfluo ribadire come non spetti certo al giudice ordinario, del tutto scollegato dal circuito politico-rappresentativo, giudicare la scelta politica di meritevolezza di un dato trattamento previsto dal legislatore. Anzi, a ben vedere, la giurisdizione penale trova proprio nel rigido rispetto della legge e delle forme del processo il proprio principale fattore di legittimazione democratica²¹⁶. Del resto, non occorre certo elaborare percorsi ermeneutici creativi per reagire nei confronti di una legislazione “irragionevole”, essendo sempre possibile sollevare una questione incidentale di costituzionalità dinanzi al giudice delle leggi.

Il descritto percorso argomentativo è proseguito da una successiva dottrina, la quale perviene alle medesime conclusioni attraverso un accostamento – come si vedrà, del tutto improprio sul piano dogmatico – della fattispecie processuale dell’“invalidità” con la fattispecie sostanziale dell’“illecito penale”²¹⁷.

decidere se siano stati compiuti atti non conformi al tipo [...] ma inoffensivi (e come tali non invalidi, cioè ‘innocui’)).».

²¹⁴ M. CAIANIELLO, *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nelle invalidità processuali penali*, cit., p. 176: «certo, simili considerazioni non sono che la mera premessa di un percorso tutto da compiere. Rimane infatti ancora da stabilire quanto una dottrina concepita in ambito punitivo – vale a dire nel settore del diritto sostanziale – sia recepibile, magari con i dovuti accorgimenti, nel diverso campo processuale, e in specifico nel settore delle invalidità».

²¹⁵ M. CAIANIELLO, *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nelle invalidità processuali penali*, cit., p. 176. Secondo P.P. PAULESU, «Pregiudizio effettivo» e nullità degli atti processuali penali, cit., p. 887, «si tratta di una soluzione interessante dal punto di vista squisitamente speculativo, ma che solleva non pochi sul piano della sua concreta realizzazione».

²¹⁶ Cfr. O. MAZZA, *Il crepuscolo della legalità processuale al tempo del giusto processo*, in *Criminalia*, 2016, p. 333.

²¹⁷ Si tratta di R. APRATI, *Effettivo pregiudizio e nullità*, Milano, 2018, p. 46 ss.

In particolare, si sostiene che la norma sostanziale che prevede un reato e la norma processuale che dispone una nullità sono accumulate dalla struttura “condizionale”, in cui è prescritto un comportamento e di cui poi si individuano le conseguenze: da una parte, si dice, vi sarebbe una fattispecie astratta condizionata (per esempio, “se non si notifica”, “se si uccide un uomo”), e dall'altra la conseguenza (“allora l'atto è inefficace e va ripetuto”, “allora è prevista una pena”)²¹⁸.

Di questa via tale dottrina sostiene, con un'affermazione che merita di essere integralmente richiamata, che «le nullità assomigliano assai agli illeciti penali, perché il comando che si può ricavare da ambedue (è vietato commettere il reato, è vietato non notificare) ha come destinatario diretto un organo. È il giudice che, se si realizzerà la fattispecie condizionata, dovrà – rispettivamente – applicare la pena o dichiarare la nullità e, nel contempo, ordinare la ripetizione dell'atto»²¹⁹.

Non è così. L'inosservanza di regole che stabiliscono le condizioni di validità di un atto giuridico non costituiscono una disobbedienza al precetto (come accade con i comandi o i divieti). La legge non vieta affatto di “non notificare”, bensì onera di notificare al fine di porre in essere un atto valido e l'unica conseguenza dell'inosservanza è che non si dà vita ad un atto valido²²⁰.

Una volta però operato questo vero e proprio “gioco di prestigio”, consistente nella trasformazione dell’“invalidità” in un “illecito”, risulta agevole per tale dottrina ricostruire le conseguenze della nullità in termini “sanzionatori” in senso stretto, con la conseguenza di importare anche nel settore delle nullità i principi elaborati dalla giurisprudenza sul piano sostanziale, fra cui emerge il principio di offensività.

In particolare, l'obbligo di ripetizione dell'atto che discende dalla rilevazione della nullità ai sensi dell'art. 185 c.p.p. è ricostruito come misura sanzionatoria di

²¹⁸ Cfr. R. APRATI, *Effettivo pregiudizio e nullità*, cit., p. 48.

²¹⁹ R. APRATI, *Effettivo pregiudizio e nullità*, cit., p. 48.

²²⁰ Sul punto cfr. l'efficace esempio proposto da A. CAPONE, *L'invalidità nel processo penale*, Padova, 2012, p. 62: «lo Stato dichiara, nella legge, che, se alcuno manifesta la sua ultima volontà scrivendola di proprio pugno, datandola e sottoscrivendola, questo atto ha certe conseguenze giuridiche (come testamento olografo). Io prendo un foglio: scrivo e, magari, sottoscrivo ma non pongo la data. Ho disobbedito ad un comando dello Stato contenuto nella legge? Nemmeno per sogno! Ho solamente posto in essere un atto che non ha le conseguenze giuridiche del testamento. Forse lo stato non vuole che io scriva senza datare? Ciò non gli interessa affatto. Lo Stato non vuole semplicemente questo: che il mio scritto senza data abbia quelle conseguenze giuridiche».

carattere “ripristinatorio”, funzionale cioè alla riparazione dell’inosservanza, la quale si sommerebbe alla conseguenza tipica dell’atto invalido consistente nell’inefficacia dell’atto. In questo senso, dal punto di vista dogmatico, le nullità processuali penali si collocherebbero “a metà strada” fra l’invalidità e l’illiceità²²¹.

Che l’obbligo di ripetere l’atto non rappresenti una conseguenza necessaria dell’inefficacia è sostenuto dalla dottrina in esame riferendosi al diritto civile, in cui si rileva che dalla stipulazione di un contratto invalido non discende alcun obbligo per i contraenti di concluderlo nuovamente²²². Non sembra, tuttavia, corretto importare in maniera così semplicistica un regime di invalidità di atti appartenenti al diritto privato, governato dal principio di autonomia dei privati, nel diverso contesto del processo penale.

Invero, la regressione del processo e l’obbligo di ripetizione dell’atto processuale appare una conseguenza necessitata dall’essere quest’ultimo inserito in una dinamica funzionale, peraltro doverosa (stante l’obbligatorietà dell’azione penale) e di carattere indisponibile. Il processo penale non ammette “stasi”, tantomeno se lasciate alla volontà delle parti nell’esercizio della loro autonomia, sicché la ripetizione dell’atto appare conseguenza necessaria della dichiarazione di inefficacia e non già una “sanzione” autonoma.

Peraltro, a stretto rigore, si potrebbe sostenere, sulla base di una più corretta impostazione di teoria generale, che la conseguenza dell’invalidità non sia affatto l’inefficacia dell’atto (la quale è una conseguenza dell’imperfezione), ma piuttosto la “salvezza” (seppur precaria) degli effetti²²³. Pertanto, anche da un punto di vista funzionale, nel regime delle invalidità non si ravvede alcuna finalità “afflittiva”, bensì, al contrario, un *favor* per la prosecuzione del processo, condizionata a regimi differenziati di rilevabilità e sanatoria, a seconda del “punto di equilibrio” di volta in volta individuato dal legislatore.

In ogni caso, la predicata equiparazione fra atto “invalido” e atto “illecito” non regge ad un esame di teoria generale, come si è già dato ampiamente conto all’interno del capitolo I²²⁴.

²²¹ Cfr. R. APRATI, *Effettivo pregiudizio e nullità*, cit., p. 48 ss.

²²² Cfr. R. APRATI, *Effettivo pregiudizio e nullità*, cit., p. 51.

²²³ Per questa idea cfr. quanto più ampiamente argomentato *supra* cap. I, § 3.2.

²²⁴ Si veda *supra* cap. I, § 3.3.

Se questo è vero, andrebbe recisamente rifiutata anche l'affermazione di un'altra dottrina secondo la quale l'introduzione di un principio di offensività nel sistema delle nullità processuali penali non solo sarebbe auspicabile, ma neppure violerebbe il principio di tassatività in quanto, come avviene per gli illeciti, esso sarebbe in grado di rafforzare la "tipicità" della fattispecie²²⁵. Infatti, se questo vale sicuramente per gli illeciti in quanto costituiscono, come detto, fattispecie "offensive" (ove cioè l'offesa al bene giuridico è componente strutturale e indefettibile della fattispecie), ciò non vale per le fattispecie di validità, in quanto l'introduzione di un principio di offensività, lungi dal "precisare" la fattispecie, la snaturerebbe, trasformando una fattispecie "anelastica" in una fattispecie "elastica", a tutto discapito del principio di tassatività.

Con ciò non si vuole dire che la violazione della legge processuale non possa costituire *anche* una fattispecie offensiva e illecita, bensì che il giudizio di offensività della condotta irrituale e giudizio di validità dell'atto appartengono a piani totalmente distinti.

Si potrebbe ritenere, infatti, che ogni atto giuridico sia suscettibile tanto di qualificazioni proprie della sua specie (atto giuridico), nei termini cioè di (im)perfezione, (in)efficacia, (in)validità (rispetto alla propria fattispecie giuridica), quanto delle qualificazioni proprie del genere di appartenenza (fatto giuridico in senso lato), e quindi nei termini di liceità-illiceità (nella misura in cui risulti violativo di obblighi primari o sia materialmente lesivo di posizioni soggettive tutelate dall'ordinamento).

Che l'atto processuale penale sia passibile di essere valutato in entrambe le (differenti) prospettive sembra potersi ricavare plasticamente dall'art. 124 c.p.p., laddove si prevede un chiarissimo obbligo di osservare *tutte* le norme processuali «anche quando l'inosservanza non comporta la nullità».

Da tale disposizione emerge chiaramente come la qualificazione nei termini di liceità-illiceità dell'atto processuale (rispetto all'*obbligo* di osservanza della norma processuale) sia del tutto distinta dalla qualificazione nei termini di validità-invalidità di quest'ultimo (rispetto all'*onere* di osservanza della norma o all'esercizio del *potere*

²²⁵ F.M. IACOVIELLO, *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, Milano, 2013, p. 151-152: «ebbene, come si fa a rendere tipiche le nullità? L'unico criterio che funziona (data la vaghezza con cui sono costruite le nullità generali non assolute) è il criterio di lesività. Nel diritto sostanziale l'offensività è un criterio di tipizzazione della condotta criminosa. Lo stesso criterio di offensività o lesività è criterio di tipizzazione delle nullità processuali».

processuale per lo stabile prodursi dell'effetto): ciò è dimostrato dal fatto che un atto meramente irregolare potrebbe ben costituire, insieme, un *atto valido* (idoneo cioè a far “progredire” il procedimento) e un *fatto illecito* (quale fonte di responsabilità civile o disciplinare degli organi della funzione giurisdizionale).

Per quanto detto, alcun “principio di offensività” di matrice sostanziale può trovare cittadinanza all'interno del sistema delle invalidità processuali penali, se non altro in virtù della loro radicale eterogeneità strutturale rispetto alle fattispecie offensive tipiche costituite dagli illeciti penali²²⁶. Mentre in questi ultimi l'offensività è un elemento della fattispecie, nella fattispecie processuale l'inoffensività rappresenterebbe, a ben vedere, solamente un requisito sostitutivo di altri previsti a pena di nullità, in palese violazione del principio di tassatività della fattispecie²²⁷.

Se, infatti, l'offensività non rientra nello schema di validità dell'atto processuale penale, la rilevazione della nullità condizionata ad una verifica dell'effettivo pregiudizio subito costituirebbe un'indebita modificazione-sostituzione della fattispecie da parte del giudice, consistente nell'introduzione in essa di un elemento di offensività, in alcun modo previsto da alcuna previsione normativa né deducibile dal sistema (in tal senso se ne conferma la natura eminentemente “creativa”)²²⁸.

²²⁶ In senso analogo, cfr. A. MARANDOLA, *La patologia dell'atto processuale: indirizzi sostanziali vs legalità formale*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, p. 1055, per la quale «nessuna osmosi è ammissibile, dunque, con la concettualistica o le categorie di rango sostanziale quali la tenuità o l'inoffensività del vizio. Non è possibile sottoporre l'illecito processuale agli stessi principi che operano del diritto penale, a cui pur si richiama parte della dottrina, stante l'evidente diversità [...] tra la sanzione penale e quella processuale. Premesso, peraltro, che anche nel diritto penale, è tutt'altro che pacifico che il principio di esiguità rappresenti una regola di carattere generale, l'imperfezione dell'atto integra un difetto solo quando ciò risulti espressamente stabilito *ex lege*, posta l'“autosufficienza” del sistema delle patologie dell'atto».

²²⁷ Cfr. G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, cit., p. 187.

²²⁸ Coglie nel segno la critica di G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, cit., p. 187, per il quale «mentre detto evento [l'offesa] è un requisito che si somma agli altri elementi e requisiti necessari per l'integrazione della fattispecie criminosa, l'inesistenza del pregiudizio effettivo comporterebbe l'integrazione dell'atto processuale penale (o più genericamente della fattispecie processualpenalistica) nonostante l'assenza di elementi e requisiti previsti dal legislatore a pena di nullità e, quindi, normalmente necessari per l'integrazione della fattispecie: il che sembrerebbe contrastare con il significato attribuibile all'art. 177 c.p.p.».

Ciò, peraltro, darebbe luogo altresì ad un'insuperabile contraddizione nella ricostruzione dogmatica della fattispecie²²⁹, e cioè quella di ammettere che l'atto divergente dal modello legale e quello perfetto producano le medesime conseguenze, al di fuori dell'integrazione di una fattispecie sussidiaria²³⁰.

Ma l'impossibilità di estendere alla rilevazione dei vizi procedurali i caratteri propri dell'attività di giudizio connessa all'accertamento degli illeciti sostanziali si impone anche sulla base di un'ulteriore, decisiva, considerazione. Infatti, anche a voler considerare le norme che disciplinano il processo quali norme di condotta, queste avrebbero ad oggetto la funzione giurisdizionale, ossia costituirebbero norme regolatrici del comportamento dello stesso soggetto (il giudice) che è tenuto ad accertarne l'osservanza. A questo riguardo, è stato lucidamente osservato che «allorché il giudice si occupa delle norme che disciplinano il proprio comportamento, il giudice non decide, ma opera la ricognizione dei propri comportamenti leciti e doverosi come qualunque altro destinatario di una qualunque norma» sicché «la profonda, intrinseca differenza fra vizi di attività [...] e vizi di giudizio [...] impedisce di affermare che il giudice possa e debba godere, rispetto alle norme processuali, delle stesse garanzie e della stessa posizione che ha nei confronti delle norme sostanziali. Ché anzi, proprio affermare una diversa posizione del giudice significherebbe farne un *monstrum*: egli sarebbe l'unico soggetto dell'ordinamento, che potrebbe liberamente ed insindacabilmente interpretare ed applicare le norme che disciplinano i propri comportamenti»²³¹.

²²⁹ Salvo, ovviamente, accedere ad una concezione prettamente "assiologica" dell'invalidità, sulla quale v. *supra* cap. I, § 5, secondo la quale – come più volte detto – sono ammissibili diverse "gradazioni" nel giudizio di divergenza rispetto alla fattispecie in considerazione del valore (non) attuato.

²³⁰ Cfr. ancora G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, cit., p. 187, per il quale «né si supera la validità di questa obiezione ove si precisi che la presenza di tutti i requisiti prescritti dimostrerebbe l'assenza del pregiudizio effettivo, mentre l'assenza di uno dei requisiti predetti determinerebbe la nullità solo se in concreto, oltre all'assenza predetta, si accerti il pregiudizio effettivo. Invero, ciò equivarrebbe ad ammettere che la presenza del requisito mancante non è indispensabile per la produzione degli effetti».

²³¹ F.P. LUISO, *L'attività interpretativa del magistrato e la c.d. clausola di salvaguardia*, in *Corr. giur.*, 2008, p. 732.

10. *L'assenza di "pregiudizio effettivo" come causa di sanatoria atipica o come difetto di interesse all'eccezione (o deduzione) della nullità. Rilevi critici.*

Secondo un differente indirizzo giurisprudenziale (avallato anche da una parte della dottrina)²³², l'insussistenza di un concreto pregiudizio conseguente alla violazione della legge processuale, pur non incidendo sulla configurabilità di un'ipotesi di nullità, costituirebbe, in ogni caso, una causa atipica di sanatoria di quest'ultima, ovvero rappresenterebbe un insuperabile sintomo del difetto di interesse all'eccezione (o alla deduzione) della stessa²³³.

Nel capitolo precedente si è visto, infatti, come sia ricorrente la massima giurisprudenziale per la quale «lo stesso sistema legittima una lettura non rigorosamente formalistica degli effetti connessi ad un atto processuale nullo, che in concreto non ha dato luogo ad un 'danno' misurabile e non ha aggredito il nucleo della garanzia oggetto di tutela, ove si considerino la prevista categoria concettuale della sanatoria per "conseguimento dello scopo" e il richiesto interesse – concreto ed attuale – a fare valere la nullità e gli effetti diffusivi o no di questa»²³⁴.

L'approccio sostanzialistico di cui è espressione il richiamato indirizzo giurisprudenziale ha origini lontane e trova le proprie radici nella giurisprudenza sviluppatasi nella

²³² Ad esempio, ancora, R. APRATI, *Effettivo pregiudizio e nullità*, cit., p. 171 ss.; F.M. IACOVIELLO, *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, cit., p. 141 ss.

²³³ Rispetto alla ricostruzione precedentemente esaminata, dunque, l'offensività non atterrebbe alla fattispecie della nullità: l'atto non nasce "valido" bensì "invalido" e l'inoffensività costituirebbe *a)* un elemento che – integrandosi con la fattispecie imperfetta – realizza una fattispecie sussidiaria produttiva di effetti pieni e stabili (sanatoria), ovvero *b)* un limite all'eccepibilità (o deducibilità) per carenza di interesse, sicché la parte non la potrebbe comunque rilevare utilmente. Per un inquadramento di teoria generale della sanatoria quale fattispecie "sussidiaria", cfr. quanto più ampiamente sostenuto nel cap. I § 6. Si segnala che, proprio in ragione della diversità strutturale fra le due situazioni – nel primo caso un atto "invalido" diviene "valido" per mezzo dell'integrazione successiva di una fattispecie sussidiaria, nel secondo caso l'atto rimane "invalido" ma non può essere utilmente rilevato da un determinato soggetto processuale – molto correttamente il nuovo codice ha dettato una disciplina "autonoma" dei requisiti di legittimazione, in precedenza impropriamente collocati nell'alveo delle sanatorie generali di cui all'art. 187 c.p.p. 1930. Corretto il rilievo di G. DI PAOLO, *Nullità processuali e sanatorie tra tassatività e tendenze antiformalistiche*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 282, secondo la quale «in breve, l'obiettivo di scongiurare gli effetti demolitori della nullità è stato perseguito dalla giurisprudenza con diversi espedienti ermeneutici, che incidono rispettivamente a "monte" e a "valle" dell'indagine sul trattamento da riservare al vizio invalidante».

²³⁴ Cfr., *ex plurimis*, Cass., sez. VI, 4 maggio 2006, Battistella, in *Cass. pen.*, 2006, p. 3578, m. 1452, in motivazione.

vigenza del precedente codice il quale, all'art. 187 comma 3 c.p.p. 1930, disponeva che «la nullità di un atto è sanata se nonostante l'irregolarità l'atto ha egualmente conseguito il suo scopo rispetto a tutti gli interessati». Tale disposizione aveva costituito, come è stato efficacemente detto, un «viatico esegetico per dischiudere gli argini alla discrezionalità del potere giurisdizionale»²³⁵.

Da allora, appare ricorrente in giurisprudenza l'affermazione secondo la quale dallo stesso sistema processuale sarebbe evincibile un *favor* dell'ordinamento nei confronti di un approccio sostanzialistico in materia di nullità, dal quale sarebbe possibile ricavare, a propria volta, un principio generale di sanatoria o ineccepibilità (indeducibilità) delle invalidità concretamente inoffensive. Secondo tale indirizzo teorico, proprio alcune disposizioni del codice di impronta "sostanzialistica", asseritamente sottratte al principio di tassatività, legittimerebbero letture analogiche e percorsi interpretativi volti a temperare il rigido formalismo di cui è informato il sistema delle nullità processuali penali.

Si fa riferimento, in particolare, alle sanatorie generali per "conseguimento dello scopo" o per rinuncia e acquiescenza dell'interessato (art. 183 c.p.p.), nonché agli oneri di eccezione e deducibilità delle nullità dal punto di vista temporale (al fine di evitare regressioni antieconomiche) e soggettivo, quali il rilievo della carenza di interesse all'osservanza della disposizione violata e il divieto di eccezione della nullità da parte di chi vi abbia dato causa di cui all'art. 182 c.p.p. (al fine di evitare possibili abusi processuali).

Sicuramente tali disposizioni rivelano un'attenzione del legislatore al dato "sostanziale" (in funzione di "riequilibrio" delle conseguenze potenzialmente sproporzionate o abusive discendenti dalla rigorosa applicazione del principio di fattispecie), ma da ciò non sembra potersi in alcun modo dedurre la necessità di operare una rilettura in chiave sostanziale dell'intero sistema delle nullità processuali e dei rispettivi regimi. Laddove, infatti, il codificatore ha voluto introdurre valvole "antiformalistiche" all'interno del sistema processuale lo ha fatto sempre espressamente e in termini circoscritti ai casi e ai modi previsti tassativamente dalla legge²³⁶. Sicché, se certamente non può dirsi che la

²³⁵ C. IASEVOLI, *La nullità nel sistema processuale penale*, Padova, 2008, p. 246.

²³⁶ Cfr. sul punto, molto persuasivamente, A. MARANDOLA, *La patologia dell'atto processuale: indirizzi sostanziali vs legalità formale*, cit., p. 1054-1055: «l'articolato normativo appare rispettoso del principio della gradualità e le ipotesi di decongestionamento operano sul versante degli oneri di deducibilità

manca di pregiudizio effettivo sia totalmente estranea alla logica delle sanatorie, essa rileva quale *ratio* ispiratrice e non già come *metodo* di rilevazione.

Ad una medesima conclusione conduce anche l'analisi della nuova fattispecie prevista dall'art. 489, comma 2, c.p.p. che oggi preclude la rilevazione e l'eccezione della nullità all'imputato assente, ma che era comunque nelle condizioni di comparire nell'udienza preliminare²³⁷. Ciò appare un dato significativo in quanto, in base al principio logico-giuridico di esclusione, qualsivoglia torsione sostanzialistica delle previsioni codicistiche non può essere accettata al di fuori dei casi in cui tale scopo è espressamente perseguito dalla legge (*ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*).

Insomma, l'espressa considerazione legislativa dei richiamati dispositivi ispirati ad una logica "sostanziale", lungi dal poter legittimare l'affermazione di un generale principio di sanatoria per "inoffensività" delle violazioni o di carenza di interesse alla rilevazione delle nullità per "innocuità", sembrerebbe piuttosto dimostrarne l'inesistenza e, conseguentemente, rafforzare la natura "tassativa" dei diversi trattamenti delle nullità, peraltro già ricavabile implicitamente dall'art. 177 c.p.p.: come è stato efficacemente rilevato, «la presenza nell'ordinamento di parametri antiformalistici inibisce, innanzitutto, la loro applicazione in frangenti processuali diversi; in secondo luogo, una tale interdizione muove dall'esistenza di un espresso regime dedicato ai vizi dell'atto processuale: salve eccezioni, l'intero sistema delle sanzioni processuali è gestito dal principio della tassatività, all'interno di un sistema legale chiuso»²³⁸.

A questo si aggiunga che, come rilevato a suo luogo²³⁹, la volontà del legislatore in materia si è mossa nella direzione di un inequivocabile rafforzamento della

– dal punto di vista soggettivo e temporale, stabilendo, peraltro, la legge la tutela conseguibile –, della mancanza d'interesse, delle sanatorie. [...] Ciò premesso, se le diverse speculazioni teoriche [...] consentono il superamento dello sbarramento che erige la tassatività, del pari, introducono, surrettiziamente, forme di equipollenza o forme "omologhe" dei meccanismi indicati, capaci di tradursi in "giustizia concreta", ma contrarie al sillogismo tradizionale sotteso al fenomeno processuale in discorso. I criteri evocati [di ordine sostanzialistico] si rivelano, infatti, indici che l'ordinamento già appezza in termini, tuttavia, circoscritti, ai casi e modi previsti dalla legge: anche quest'ultimi risultano, quindi, sorretti dalla tassatività che ne interdice letture estensive o analogiche».

²³⁷ Cfr. *supra* cap. II, § 5.

²³⁸ A. MARANDOLA, *La patologia dell'atto processuale: indirizzi sostanziali vs legalità formale*, cit., p. 1055.

²³⁹ V. *supra* cap. II § 5.

“tipizzazione” delle fattispecie, al fine di precluderne in radice qualsivoglia interpretazione “espansiva” e sterilizzare ogni margine di discrezionalità del giudice in fase applicativa.

Ciò è evidente con riferimento all'evoluzione della sanatoria per “conseguimento dello scopo”, la quale, come anticipato, è stata dal nuovo codice più precisamente tipizzata nei termini di esercizio della “facoltà” cui l'atto nullo è preordinato (art. 183 c.p.p. comma 1 lett. b). Si vede così come lo “scopo” dell'atto sia divenuto, in tal modo, una nozione legislativa “tipica”, consistente nel concreto esercizio della situazione soggettiva processuale alla quale l'atto irritualmente compiuto era preordinato, e dal cui accertamento discende – quale conseguenza automatica, oggettiva e vincolata – la declaratoria di sanatoria, senza alcun ulteriore margine di discrezionalità in capo all'organo giudicante²⁴⁰.

In modo analogo alla verifica della sussistenza di una nullità, anche le cause di sanatoria operano, dunque, secondo criteri tipici e predeterminati, senza alcuna valutazione in ordine all'offensività concreta dell'atto che non sia quella già svolta *in astratto* dal legislatore allorquando ha disciplinato la relativa causa di sanatoria, che in quanto tale rimane per intero iscritta entro il principio di tassatività della rispettiva fattispecie. Come è stato detto efficacemente, «l'art. 177 c.p.p. impedisce in entrata la valenza del criterio di offensività, laddove l'art. 183 lett. b) c.p.p. lo espunge in uscita dalla verifica giudiziale delle cause di sanatoria»²⁴¹.

L'“innocuità” dell'atto è, dunque, ritenuta implicita dal legislatore nella capacità di quest'ultimo di inserirsi comunque nella concatenazione strutturale della fattispecie

²⁴⁰ F. CAPRIOLI, *Abuso del diritto di difesa e nullità inoffensiva*, cit., p. 2455, il quale prosegue: «solo entro questi limiti, oggi puntualmente segnati dall'art. 183, comma 1, lett. b), c.p.p., che l'ordinamento attribuisce rilievo al soddisfacimento dell'interesse protetto dalla norma processuale violata. Fuori dai casi di esercizio della facoltà cui l'atto omesso o nullo era preordinato, lo scopo dell'atto rimane incardinato in un modello legale di costruzione della fattispecie rigorosamente ispirato al principio di tassatività».

²⁴¹ C. IASEVOLI, *La nullità nel processo partecipativo: ovvero legalità e garanzie nell'etica della responsabilità*, cit., p. 671, la quale parla, con riguardo al potere del giudice di dichiarare la sanatoria, di «discrezionalità normativamente orientata».

complessa del processo, nonostante la sua imperfezione, allorquando la parte si è comunque avvalsa della situazione giuridica soggettiva alla quale l'attività era prodromica²⁴².

Le valutazioni di offensività operate dalla giurisprudenza nei casi esaminati nel precedente capitolo, invece, risultano del tutto estranee rispetto allo "scopo normativo" dell'atto. Come correttamente affermato dalla dottrina, infatti, «l'atto può non aver raggiunto lo scopo: e tuttavia la nullità non essere lesiva»²⁴³. Si pensi all'ipotesi, già esaminata, dell'omesso rinvio dell'udienza in caso di legittimo impedimento del difensore: l'udienza viene celebrata in assenza del difensore (l'atto non ha raggiunto il suo scopo) ma quest'ultima si è comunque esaurita in un mero rinvio (la nullità è concretamente inoffensiva).

Inoltre, è stato evidenziato come anche dal punto di vista dell'onere probatorio il criterio del pregiudizio effettivo si riveli del tutto estraneo alla logica delle sanatorie. In queste ultime, infatti, l'elemento sussidiario opera "in positivo" (l'atto è nullo salvo che si dimostri che l'elemento si è verificato), mentre il criterio del pregiudizio effettivo opera "in negativo" (l'atto è valido salvo che l'interessato dimostri di avere subito un concreto pregiudizio)²⁴⁴.

Il criterio del pregiudizio effettivo costituisce, in conclusione, «una sorta di sanatoria 'non codificata', dai connotati incerti e dai confini opachi, perché legata non già ad un preciso comportamento delle parti (oggetto di una puntuale previsione legislativa [...]), bensì ad una autonoma valutazione del giudice»²⁴⁵. alcuna cittadinanza può essere attribuita nel nostro ordinamento ad una siffatta fattispecie "elastica", ostandovi i principi di "tassatività" e "tipicità" che connotano, come visto, l'intero sistema delle nullità processuali penali, comprese le cause di sanatoria di queste ultime²⁴⁶.

²⁴² Cfr. P. MOSCARINI, *Esigenze antiformalistiche e conseguimento dello scopo nel processo penale italiano*, cit., p. 95; nonché, ancora, C. IASEVOLI, *La nullità nel processo partecipativo: ovvero legalità e garanzie nell'etica della responsabilità*, cit., p. 670, per la quale «l'attività conforme al paradigma giuridico realizza lo scopo, poiché la valutazione della sua adeguatezza (ovvero della sua corrispondenza) alla proiezione teleologica è considerata a monte nella esplicita predisposizione dello schema legale».

²⁴³ F.M. IACOVIELLO, *La cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, cit., p. 141.

²⁴⁴ A. DIDI, *Davvero sanabile per "raggiungimento dello scopo" la nullità per irregolare notificazione della citazione?*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 1153.

²⁴⁵ P.P. PAULESU, *Pregiudizio effettivo e nullità degli atti processuali penali*, cit., p. 888.

²⁴⁶ Cfr. G. DI PAOLO, *Nullità processuali e sanatorie tra tassatività e tendenze antiformalistiche*, cit., p. 249 ss. Per questo motivo, non sembra potersi prendersi in seria considerazione un'ulteriore

Alla stessa conclusione deve pervenirsi anche con riferimento al diverso rilievo della concreta offensività della violazione ai fini della configurazione di un interesse a far valere le nullità a regime intermedio e relativo, secondo quanto disposto dall'art. 182 del codice²⁴⁷. Come ha rilevato la migliore dottrina, infatti, «la legge non richiede qui l'esistenza di un 'interesse a dedurre la nullità', bensì di un 'interesse all'osservanza della disposizione violata'; dizione, questa, che esclude la necessità di indagini sulle ripercussioni concrete della trasgressione e rende il nocumento insito nella deviazione dallo schema legale»²⁴⁸.

In altri termini, l'art. 182 c.p.p. istituisce, da un lato, un criterio di individuazione del soggetto legittimato a far valere il vizio, individuato in colui nell'interesse del quale è posta la regola violata (l'interesse è "personale"), dall'altro lato, caratterizza la natura di tale interesse come volto al mero ripristino della legalità violata (l'interesse è dunque "astratto")²⁴⁹.

La disposizione in discorso rappresenta, così, un'ulteriore conferma della natura puramente formale del sistema delle nullità processuali penali: «si tratta di un sistema composito e coerente, in cui trovano spazio un rigido criterio di tassatività (artt. 177-179), precisi limiti di rilevabilità (artt. 179-181), la dettagliata descrizione delle cause di

prospettazione la quale suggerisce di "trasporre" anche in ambito processual penalistico la sanatoria per conseguimento dello scopo di cui all'art. 156 del codice di procedura civile. Ciò, infatti, significherebbe configurare una fattispecie sussidiaria alternativa a forma "libera", trasformando, di fatto, il rito penale in una sorta di "manuale di istruzioni" o insieme di "linee guida" in cui gli atti possono presentare qualsivoglia contenuto purché risultino idonei al raggiungimento del proprio scopo. La teoria è esaminata nelle sue implicazioni e criticata da G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, cit., p. 188.

²⁴⁷ Tale prospettiva è sostenuta da R. APRATI, *Effettivo pregiudizio e nullità*, cit., p. 198, e da F.M. IACOVIELLO, *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, cit., p. 148. Per la giurisprudenza, cfr. Cass., sez. I, 19 novembre 1998, Senneca in *C.E.D.* n. 211870.

²⁴⁸ S. CARNEVALE, *L'interesse ad impugnare nel processo penale*, Torino, 2013, p. 261-262; E.M. CATALANO, *L'abuso del processo*, Milano, 2004, p. 328 ss. Questa è anche la posizione della giurisprudenza prevalente, per la quale, *ex plurimis*, cfr. Cass., sez. un., 25 marzo 1998, D'Abramo, in *C.E.D.* n. 210802; Cass., sez. III, 11 giugno 2004, Mainiero e altri, in *C.E.D.* n. 229615.

²⁴⁹ S. CARNEVALE, *L'interesse ad impugnare nel processo penale*, cit., p. 261-262. Non sembra, invece, persuasiva l'argomentazione di F.M. IACOVIELLO, *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, 2013, p. 148, per il quale «se per interesse si intendesse il semplice interesse alla norma violata, la disposizione non avrebbe senso: la nullità sarebbe sempre lesiva e la causa di ineducibilità non sarebbe mai configurabile. Questo appare chiaro dalla formula dell'art. 182: 'interesse all'osservanza della norma violata'. Non si dice: interesse alla norma violata. [...] Il termine 'osservanza' evoca un richiamo al caso concreto».

sanatoria (artt. 183) e degli effetti necessariamente conseguenti alla rilevata patologia (art. 185)»²⁵⁰.

È di tutta evidenza come la coerenza di un siffatto sistema non ammetta in alcun modo lo svolgimento da parte del giudice di un'autonoma valutazione discrezionale di concreta "meritevolezza" della tutela, in qualsiasi fase della rilevazione essa si ponga – interesse all'eccezione, genesi della nullità, o sanatoria di quest'ultima – dovendosi essa arrestare di fronte alla rigorosa predeterminazione normativa degli *standards* di salvaguardia dell'interesse protetto²⁵¹.

11. *Estraneità delle nullità generali al principio di tassatività e loro conseguente attitudine "inclusiva". Rilevi critici.*

Un ulteriore percorso interpretativo "elusivo" del principio di tassatività avanzato dalla dottrina attiene all'utilizzo giurisprudenziale della già esaminata teoria del "pregiudizio effettivo" al fine di ampliare il novero delle nullità processuali penali.

Invero, si è già evidenziato come il canone del pregiudizio effettivo sia frequentemente utilizzato dalla giurisprudenza anche allo scopo di dichiarare la nullità di un atto meramente irregolare, in quanto non presidiato da alcuna nullità codicistica, laddove esso sia in astratto o in concreto lesivo di valori e interessi "analogicamente" riconducibili all'ambito applicativo dell'art. 178 c.p.p. (cosiddette "validità offensive").

Come da più parti rilevato, non può dubitarsi che tale operazione contrasti frontalmente con il principio di tassatività delle nullità processuali penali, il quale, come più volte ribadito, implica, fra i suoi corollari, non solo il divieto di dichiarare la nullità di un atto in assenza di una apposita previsione normativa, ma anche il divieto di estensione "analogica" delle fattispecie di nullità sulla base dell'identificazione di una *eadem ratio* fra i vizi o in applicazione dei principi generali dell'ordinamento²⁵².

²⁵⁰ S. CARNEVALE, *L'interesse ad impugnare nel processo penale*, cit., p. 263.

²⁵¹ F. CAPRIOLI, *Abuso del diritto di difesa e nullità inoffensive*, cit., p. 2457.

²⁵² Cfr. G. DI PAOLO, *La sanatoria delle nullità nel processo penale*, Padova, 2012, p. 254, la quale rimarca che «l'art. 177 implica *a fortiori* che al giudice penale sia fatto divieto di invalidare un atto processuale rispettoso del modello legale. E ciò anche quando risulti che, nel caso concreto, gli interessi protetti dalla norma correttamente applicata abbiano sofferto un indimostrabile pregiudizio». Sul principio di tassatività e i suoi corollari v. quanto più ampiamente sostenuto nel cap. II § 2.

Ciò nonostante, una parte della dottrina ha tentato di offrire una razionalità giuridica a tale prassi giurisprudenziale, attraverso una proposta ricostruttiva in grado di “eludere” i vincoli derivanti dal principio di tassatività in materia, aprendo così le porte alla possibilità di estendere in via analogica la disciplina di cui all'art. 178 c.p.p. a mere irregolarità che si rivelino in astratto o in concreto offensive del diritto di difesa²⁵³.

In particolare, la dottrina considerata perviene a tale conclusione applicando alla materia delle nullità processuali penali le riflessioni di teoria generale concernenti le “lacune” normative, considerando tali le disposizioni di rito non espressamente presidiate dalla previsione di nullità nel caso di loro violazione²⁵⁴.

Ebbene, in ambito di teoria generale si sostiene che, non essendo ammissibili “vuoti” normativi all'interno dell'ordinamento, le “lacune” debbano essere risolte in concreto dall'interprete sulla base di due “clausole generali” concorrenti: una norma generale “esclusiva”, secondo la quale tutto ciò che non è espressamente disciplinato dal legislatore (cioè da norme speciali “inclusive”) deve ritenersi escluso da detta disciplina²⁵⁵, e una norma generale “inclusiva”, secondo cui in caso di lacuna il giudice deve ricorrere alle norme che regolano casi simili o materie analoghe²⁵⁶.

Adottando tale prospettiva di indagine, la dottrina qui criticata sostiene che, nella materia delle nullità processuali penali, vi sarebbe tanto una clausola generale “esclusiva”, rappresentata dal principio di tassatività (art. 177 c.p.p.), quanto una clausola

²⁵³ Il riferimento è ancora a R. APRATI, *Effettivo pregiudizio e nullità*, cit., p. 73 ss.

²⁵⁴ Cfr. R. APRATI, *Effettivo pregiudizio e nullità*, cit., p. 80 ss., la quale richiama ampiamente a sostegno della propria tesi la ricostruzione di teoria generale offerta da N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, 1960.

²⁵⁵ Cfr. N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, cit., p. 149, il quale definisce la norma generale esclusiva come la «regola che esclude (e per questo è esclusiva) tutti i comportamenti (per questo è generale) che non rientrano in quello previsto dalla norma particolare. Si potrebbe dire anche, con un altro giro di frase, che le norme non nascono mai da sole ma a coppie: ogni norma particolare, che potremmo chiamare inclusiva, è accompagnata, come se fosse la propria ombra, dalla norma generale esclusiva». La teoria della “clausola generale esclusiva” è stata formulata per la prima volta da D. DONATI, *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, Milano, 1910, pp. 36-37, ampiamente richiamato dall'A.

²⁵⁶ Cfr. N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, cit., p. 152, secondo il quale «mentre norma generale esclusiva è quella norma che regola tutti i casi non compresi nella norma particolare, ma li regola in modo opposto; la caratteristica della norma generale inclusiva è di regolare i casi non compresi nella norma particolare, ma simili a questi, in modo identico. Di fronte ad una lacuna, se applichiamo la norma generale esclusiva, il caso non regolato sarà risolto in modo opposto a quello regolato; se applichiamo la norma generale inclusiva, il caso non regolato sarà risolto in modo identico a quello regolato».

generale “inclusiva”, rappresentata dalle nullità generali (art. 178 c.p.p.): di talché, mentre la prima clausola “escluderebbe” la ricorrenza di una nullità al di fuori di quelle espressamente previste dal legislatore come speciali (le quali rimangono insuscettibili di interpretazione estensivo-analogica), la seconda clausola sarebbe idonea ad “includere” nel novero delle nullità (secondo, invece, un’ermeneutica estensivo-analogica) violazioni lesive di “valori” sottesi agli ambiti di materie previsti dall’art 178 del codice²⁵⁷.

E ciò in quanto, per risolvere l’antinomia fra la norma generale “esclusiva” e la norma generale “inclusiva”, occorrerebbe fare riferimento al principio di specialità: «la norma relativamente più specifica (in questo caso le nullità virtuali) fa eccezione a quella più generale (in questo caso il principio di tassatività); entrambe sono valide e vigenti, ma la norma generale non trova applicazione (è derogata) là dove applicabile quella particolare. In questo senso le nullità generali prevalgono sul principio di tassatività»²⁵⁸.

In tal modo, si dice, il giudice potrebbe ricondurre legittimamente al novero delle nullità generali, sulla base di un’ermeneutica estensivo-analogica basata su un ragionamento *a similia*, qualsivoglia violazione in astratto o in concreto pregiudizievole di interessi anche indirettamente ricollegabili alle materie di cui all’art. 178 c.p.p.²⁵⁹.

Tale conclusione è già stata criticata in altro luogo, ma essa appare altresì suscettibile di un’ulteriore insuperabile confutazione alla luce della stessa impostazione di teoria generale richiamata dalla dottrina in esame.

Invero, l’errore di fondo di tale impostazione sembrerebbe risiedere nel considerare il principio di tassatività come una clausola generale “esclusiva” *in concorrenza* con una clausola generale “inclusiva”, laddove invece tale principio, nell’escludere qualsivoglia interpretazione analogica delle fattispecie, impedisce proprio l’esistenza di una clausola generale “inclusiva”. Si potrebbe dire, con un gioco di parole, che il principio di tassatività costituisce una norma generale “esclusiva” di norme generali “inclusive”.

Esso, in altri termini, da un lato rafforza la natura “inclusiva” delle norme speciali²⁶⁰ (vietando la disapplicazione di una disciplina prevista dalla legge) e, dall’altro

²⁵⁷ Cfr. R. APRATI, *Effettivo pregiudizio e nullità*, cit., p. 81 ss.

²⁵⁸ R. APRATI, *Effettivo pregiudizio e nullità*, cit., p. 87.

²⁵⁹ Cfr. ancora R. APRATI, *Effettivo pregiudizio e nullità*, cit., p. 88.

²⁶⁰ Fra le quali rientrano a tutti gli effetti le nullità generali di cui all’art. 178 c.p.p., le quali vanno più propriamente qualificate come nullità *speciali* “inclusive”, differendo dalle nullità speciali (in senso

lato, costituisce l'unico canone di valutazione delle lacune normative in chiave "esclusiva" (vietando l'applicazione analogica di una disciplina a casi per cui essa non è prevista).

Ciò, del resto, è espresso molto chiaramente in sede di teoria generale, ove si afferma, con riferimento esemplificativo al diritto penale sostanziale ma pervenendo a una conclusione senz'altro estendibile all'ambito delle nullità processuali, che «se vi fosse, in caso di comportamento non regolato, una sola soluzione, quella della norma generale esclusiva, come avviene, ad esempio, di solito, nel diritto penale dove l'estensione analogica non è ammessa, potremmo anche dire che non esistono lacune: tutti i comportamenti che non sono espressamente proibiti dalle leggi penali, sono leciti»²⁶¹.

Insomma, una volta di più non può non evidenziarsi la fallacia argomentativa insita nella tendenza della dottrina, soprattutto più recente, ad adottare un atteggiamento di vero e proprio *cherry picking* (o di *suppressing evidence*) – soprattutto con riferimento ai presupposti di teoria generale –, consistente nella "selezione" dei soli argomenti a pretesa dimostrazione di una certa conclusione e nella correlata "negazione" di ogni connesso elemento confutatorio²⁶².

12. *Abuso del processo e abnormità. Ulteriori rilievi critici.*

Un ultimo percorso "elusivo" del principio di tassatività – intrapreso dalla giurisprudenza e avallato da una parte (per la verità, minoritaria)²⁶³ della dottrina – consiste

proprio) esclusivamente in virtù della differente tecnica di previsione normativa. Sul punto si rinvia a quanto più ampiamente argomentato nel cap. II, § 3.1. Del resto, la circostanza per la quale la dottrina qui criticata ravveda un rapporto di "specialità" fra clausola generale esclusiva (art. 177 c.p.p.) e clausola generale inclusiva (art. 178 c.p.p.) è la più limpida dimostrazione che quest'ultima possiede, in realtà, un carattere indubbiamente speciale.

²⁶¹ N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, cit., p. 154.

²⁶² Il descritto atteggiamento è evidenziato criticamente da G. DI PAOLO, *Nullità processuali e sanatorie tra tassatività e tendenze antiformalistiche*, cit., p. 264, con riferimento al richiamo della giurisprudenza convenzionale, ma risulta certamente estendibile anche con riguardo all'atteggiamento dimostrato dalla dottrina nei confronti delle riflessioni di teoria generale.

²⁶³ Risulta, anzi, unanime la critica mossa nei confronti della figura in discorso dagli Autori coinvolti nella "tavola rotonda" ospitata in *Cass. pen.*, 2012, quali E. AMODIO, *Il fascino ingannevole del pregiudizio effettivo (a proposito di abuso del processo)*, *ivi*, p. 3596 ss.; R. ORLANDI, *Abuso del diritto o diritto all'abuso*, *ivi*, p. 3599 ss.; T. PADOVANI, *A.D.R. sul c.d. abuso del processo*, *ivi*, p. 3605 ss., e F.

nella teorizzazione di forme di invalidità *extra ordinem*, quali il cosiddetto “abuso del processo” e l’“abnormità”: esse, si dice, non contrasterebbero con tale principio per il fatto di situarsi “al di là” dello stesso sistema delle invalidità processuali²⁶⁴.

Sulla genesi e i caratteri salienti di tali istituti di creazione giurisprudenziale si è già avuto modo di riflettere nel capitolo II e, in quella sede, se ne era rilevato l’impatto “bidirezionale” sul sistema delle invalidità²⁶⁵: da un lato, infatti, esse rappresentano forme di invalidità “atipiche” (e quindi ne ampliano il novero), dall’altro lato, esse sono sovente utilizzate al fine di privare di effetti invalidanti le declaratorie nullità ritenute abusive o abnormi (e pertanto ne riducono l’area di rilevanza).

Appare, dunque, opportuno in questa sede verificare se esse possano rappresentare ammissibili fattispecie di “chiusura” del sistema, in grado di privare di effetti legittime declaratorie di nullità che si rivelino concretamente “offensive” dei valori processuali, altrimenti insanabili in virtù delle preclusioni discendenti dal principio di tassatività. Si tratta, in altri termini, di comprendere se davvero esse si situino “al di là” del sistema delle invalidità processuali, oppure se ne rappresentino piuttosto inaccettabili ipotesi “de-rogatorie”.

Prendendo le mosse dalla figura dell’“abuso del processo”, si è visto come esso sia qualificato dalla giurisprudenza alla stregua di uno “sviamento dalla funzione”, se non nei termini di una vera e propria “frode alla funzione” dell’atto. Tale forma di invalidità, in particolare, colpisce l’attività processuale di parte che, pur conforme al paradigma legale, persegua uno “scopo” alieno (e abusivo) rispetto a quello che l’ordinamento gli riconosce e non corrispondente alle esigenze difensive cui essa è strumentale (se non in contrasto con esse).

Si vede, così, come anche tale impostazione sottenda una concezione teleologica dello “scopo” dell’atto, come rivolto cioè non solo ad inserirsi validamente nella

PALAZZO, *L’abuso del processo e i suoi rimedi tra legalità processuale e legalità sostanziale*, ivi, p. 3609 ss.

²⁶⁴ Cfr. E. AMODIO, *Il fascino ingannevole del pregiudizio effettivo (a proposito di abuso del processo)*, cit., § 2, il quale rileva come: «si può capire [...] che in un contesto in cui è difficile incrinare il principio di legalità, si faccia strada un orientamento che fa uso della non offensività in relazione all’abuso dell’atto processuale. Si tratta infatti di un vizio extralegislativo, come l’inesistenza e l’abnormità, creato dal diritto giurisprudenziale e quindi destinato a far pensare a sanzioni che scavalcano i limiti normativi».

²⁶⁵ Cfr. *supra*, cap. II, § 9.2. e 10.

concatenazione strutturale della fattispecie complessa del processo, ma come funzionalmente indirizzato al perseguimento di interessi e valori “eteronomi” che ne costituiscono non soltanto una condizione di validità, ma anche un limite di esercizio²⁶⁶. In altri termini, il giudice sarebbe abilitato a sindacare non soltanto la lesività degli atti nulli, ma anche lo scopo per il quale sono compiuti atti validi, potendone disporre la privazione degli effetti ove tale scopo fosse ritenuto illegittimo o non meritevole di tutela.

Coglie, perciò, nel segno chi ravvede il minimo comun denominatore delle nuove teorie dell'invalidità nel «sinistro fascino del processo penale del risultato nel quale il raggiungimento dello scopo domina su tutto il resto»²⁶⁷. In tal modo, per richiamare una celebre metafora, la preda diviene più importante della caccia²⁶⁸ e, pur di catturare la preda, si giustifica il bracconaggio, cioè una caccia senza regole²⁶⁹.

Rispetto a tale presupposto teorico, non possono che replicarsi obiezioni analoghe a quelle precedentemente espresse con riguardo alla sanatoria per inoffensività.

Le posizioni giuridiche processuali, infatti, non sono “funzionalizzate” dalla legge al raggiungimento di specifici obiettivi o scopi, ma la “funzione” è compenetrata alla “struttura”: «ogni istituto od atto raggiunge la sua funzione in quanto conforme alla disciplina e, per contro, se conforme alla disciplina esplica per ciò solo la sua funzione»²⁷⁰. Alcuna “deviazione” dell'atto valido rispetto alla propria funzione è, dunque, configurabile all'interno della concatenazione strutturale del processo, in ragione del fatto che l'osservanza della disciplina coincide con il perseguimento della funzione tipica²⁷¹.

²⁶⁶ Rileva, invece, O. MAZZA, *Il crepuscolo della legalità processuale al tempo del giusto processo*, cit., p. 331, come «a dispetto delle teorizzazioni giurisprudenziali, il processo penale è e rimane assiologicamente più che teleologicamente orientato. L'obiettivo, in termini cognitivi, non è altro che la naturale risultante del percorso seguito, ossia del rispetto delle regole di procedura scandite da una scala di valori da rispettare, in cima alla quale vi sono le garanzie dell'imputato».

²⁶⁷ O. MAZZA, *Il crepuscolo della legalità processuale al tempo del giusto processo*, cit., p. 331.

²⁶⁸ La metafora è di F. CORDERO, *Diatriba sul processo accusatorio*, in ID., *Ideologie del processo penale*, Milano, 1966, p. 220, il quale, al contrario, sostiene che «la caccia vale più della preda e cioè il modo in cui si agisce conta più del risultato».

²⁶⁹ Per questa constatazione cfr. ancora O. MAZZA, *Il crepuscolo della legalità processuale al tempo del giusto processo*, cit., p. 331.

²⁷⁰ F. PALAZZO, *L'abuso del processo e i suoi rimedi tra legalità processuale e legalità sostanziale*, cit., p. 3610.

²⁷¹ Cfr. R. ORLANDI, *Abuso del diritto o diritto all'abuso*, cit., § 1, secondo il quale «eventuali usi 'obliqui' o esercizi pretestuosi delle facoltà attribuite alle parti o ai difensori non possono essere vietati».

Non si nega che in taluni casi – del tutto eccezionali – possa verificarsi una rilevante “sfasatura” tra l’osservanza della disciplina e la funzione concretamente svolta da quest’ultima²⁷². Non pare, tuttavia, ammissibile (né opportuno) attribuire al giudice, in via sistematica (attraverso l’introduzione di una apposita figura dogmatica), il potere di stabilire discrezionalmente quando la finalità perseguita sia lecita, ovvero abusiva, in quanto contrastante con i fini dell’ordinamento e delle situazioni soggettive di cui si compone. Così facendo, al fine di rimediare ad un preteso *vulnus* alla legalità “sostanziale” si introdurrebbe un – ben più pericoloso – *vulnus* al sistema di legalità “formale”²⁷³.

All’interno di un sistema retto dal principio di tassatività, diversamente, il limite della condotta abusiva non può che coincidere con la predeterminazione normativa delle cause di invalidità, a fronte delle quali il diritto violato non può essere disconosciuto, in quanto la sua tutela è imposta una volta per tutte dal legislatore. Ravvisata, pertanto, la potenziale “disfunzionalità” degli istituti processuali, non rimarrebbe che sollevare la questione di legittimità costituzionale della relativa disposizione²⁷⁴.

Parimenti censurabile appare l’utilizzo della figura dell’“abnormità” al fine di sterilizzare gli effetti invalidanti di legittime dichiarazioni di nullità da parte del giudice, in quanto comportanti regressioni, che, pur legittime, sono ritenute dalla Corte di cassazione “eccessive” e “antieconomiche” rispetto alla concreta inoffensività della violazione. Tale prospettiva sembra, infatti, contraddire la stessa *ratio* della figura dogmatica in discorso.

Possono, semmai, essere circoscritti o prevenuti con un’apposita disciplina dei presupposti, delle modalità, dei termini per l’esercizio del diritto».

²⁷² Cfr. F. PALAZZO, *L’abuso del processo e i suoi rimedi tra legalità processuale e legalità sostanziale*, cit., p. 3611.

²⁷³ Per un rilievo analogo cfr. G. DI PAOLO, *La sanatoria delle nullità nel processo penale*, cit., p. 265: «del resto, una cosa è tollerare l’esistenza di ampi margini di discrezionalità in via d’eccezione, nella logica di assicurare tutela a situazioni che altrimenti ne sarebbero totalmente sprovviste [...] ; altra cosa è elevare l’eccezione a regola generale, richiedendo valutazioni in termini di offensività ogni volta che si discuta dell’esistenza o meno di una nullità, rimettendo così in discussione le scelte di valore compiute *ex ante* dal legislatore».

²⁷⁴ Cfr. R. ORLANDI, *Abuso del diritto o diritto all’abuso*, cit., § 3. Ciò, del resto, è già avvenuto con riferimento all’art. 47 c.p.p. in tema di rimessione del processo e all’art. 37 c.p.p., in tema di ricusazione del giudice, ove la legge non poneva limiti alla reiterazione delle richieste con effetto inibitorio dell’attività decisoria del giudice, da cui l’emanazione di due declaratorie di illegittimità da parte della Corte costituzionale con le sentenze 14 ottobre 1996 n. 353 e 9 gennaio 1997 n. 10.

Non si comprende, anzitutto, come un istituto funzionale alla privazione degli effetti conseguenti all'emanazione di atti "esorbitanti" dal sistema – e rispetto ai quali, dunque, non si può porre *per definizione* una valutazione di corrispondenza "a fattispecie" – possa qualificare lo svolgimento di attività giurisdizionale espressamente disciplinata dal legislatore (il potere di dichiarare una nullità compete pacificamente al giudice) e, pertanto, suscettibile di una valutazione in termini di validità (il che rende superfluo il ricorso alla fattispecie "residuale" dell'abnormità): la dichiarazione di una nullità non prevista dalla legge è invalida, non abnorme.

In secondo luogo, si comprende ancora meno come l'"abnormità" possa colpire atti perfettamente validi, quali le dichiarazioni di nullità previste dal legislatore, solamente perché, ad avviso del giudice, sarebbero idonee a comportare regressioni processuali (si ribadisce: legittime) non giustificate dalla gravità del vizio.

Insomma, non si può non concordare con chi rileva come «nonostante il legislatore si sia dimostrato contrario alla codificazione di discrezionalità eccessive e non abbia offerto al giudice nessuno strumento specifico per assicurargli l'assolvimento dell'obbligo di garantire la durata ragionevole del processo [...] 'il giudice se lo è preso'»²⁷⁵

²⁷⁵ A. MARANDOLA, *La patologia dell'atto processuale: indirizzi sostanziali vs legalità formale*, cit., p. 1057.

CONCLUSIONI GENERALI E CONSIDERAZIONI ULTERIORI

Dalle riflessioni precedentemente compiute è emerso come il principio di tassatività delle nullità processuali penali appaia oggi “minacciato” da due distinti fronti. Infatti, al progressivo indebolimento del principio di fattispecie sulla spinta delle pressioni “sostanzialistiche” delle fonti europeo-internazionali e “creative” della giurisprudenza interna si affianca oggi l’inedito fenomeno della etero-integrazione ad opera di fonti sub-legislative della disciplina tecnica del documento informatico, che concorre ulteriormente ad indebolire l’assolutezza della riserva di legge in ordine alle condizioni di validità degli atti del processo.

Questa constatazione, inserita nel contesto di una più ampia crisi della legge nel nostro ordinamento, anche costituzionale, ha richiesto un “ritorno” alle fondamenta della teoria generale e alla disciplina positiva della tematica insieme “classica” e “attuale” dell’invalidità degli atti processuali, per affrontare con consapevolezza le problematiche emergenti connesse ai sempre più incisivi processi di globalizzazione e digitalizzazione del processo penale.

Avvicinandoci alla conclusione del presente elaborato appare dunque utile, a beneficio del lettore, ripercorrere sinteticamente il percorso argomentativo svolto, al fine di evidenziare i risultati guadagnati e trarre da essi alcune ulteriori riflessioni di carattere finale.

*

Il primo capitolo dell’elaborato ha inteso inquadrare lo studio delle nullità processuali penali all’interno delle riflessioni di teoria generale riguardanti l’atto giuridico e le sue qualificazioni.

Premesse alcune precisazioni terminologiche concernenti la nozione di “atto processuale penale”¹, anche nella sua attuale dimensione informatica², al fine di definire il termine referente della disciplina stabilita dal libro II del c.p.p., il capitolo si è concentrato sulle componenti strutturali della “norma giuridica” rappresentate dalla “fattispecie” e

¹ Cap. I, §§ 1 e 1.2.

² Cap. I, § 1.3.

dagli “effetti giuridici”³ e, in relazione a queste, sono state definite le possibili (e distinte) qualificazioni dell’atto giuridico nei termini di (im)perfezione, (ir)rilevanza, (in)efficacia, (il)liceità e (in)validità⁴.

In particolare, in adesione alla teoria tradizionale, sono state ricostruite le nozioni di “validità” e di “invalidità” in termini non oppositivi, bensì alternativi, quali differenti forme di “perfezione” (e, quindi, di “efficacia”) rispetto a distinte “fattispecie”⁵. Di questa via, l’indagine è stata rivolta all’approfondimento della fattispecie “sussidiaria” della sanatoria⁶ e della fattispecie “minore” dell’invalidità, dalla cui reciproca interrelazione sono ricavate le diverse “specie” di invalidità, corrispondenti ai possibili “trattamenti” degli atti imperfetti (atti annullabili o atti nulli, rispettivamente sanabili o insanabili)⁷.

Al contempo, si è rilevato il problematico inquadramento dell’atto “irregolare” all’interno della teoria classica dell’invalidità⁸. La tradizionale “logica della fattispecie”, infatti, non è stata ritenuta in grado di spiegare l’esistenza di un atto “pienamente efficace” nonostante la sua “imperfezione”. Per questo motivo si è reso necessario affiancare alla concezione “logico-formale” della (in)validità una concezione “assiologico-sostanziale”, in grado di dare adeguatamente conto delle ipotesi nelle quali la deviazione dal paradigma legale non ha, invece, conseguenze sul piano della (piena) efficacia dell’atto, in base ad una valutazione di (effettiva) compromissione del valore in concreto. Si è parimenti sostenuto che la teoria “assiologica” non possa, invece, giustificare deviazioni “sostanzialistiche” nella rilevazione giudiziale delle ipotesi di nullità così come normativamente disciplinate, a maggior ragione in un sistema dominato dal principio di tassatività delle fattispecie, il quale si è ritenuto avere esattamente la funzione di riservare la determinazione del “valore” (e quindi il confine fra invalidità e irregolarità, nonché le condizioni di sanabilità degli atti) al solo legislatore⁹.

³ Cap. I, § 2.

⁴ Cap. I, §§ 3 ss.

⁵ Cap. I, § 4.

⁶ Cap. I, § 6.

⁷ Cap. I, § 7.

⁸ Cap. I, § 5.

⁹ *Ibidem*.

L'inquadramento di teoria generale così delineato è stato, nel secondo capitolo, "calato" nel contesto costituzionale del processo penale e nel relativo sistema positivo delle nullità processuali, con opportuno adeguamento della terminologia dogmatica alla nomenclatura codicistica¹⁰. Sono state approfondite, in particolare, le implicazioni derivanti dalla sottoposizione delle fattispecie processuali di invalidità al "principio di tassatività" (nei suoi diversi corollari), come idoneo a creare un sistema "chiuso" e "formale" di nullità, frutto di un bilanciamento di interessi compiuto *ex ante* e in modo "anelastico" dal legislatore, e, come tale, preclusivo di qualsivoglia valutazione in termini di concreta offensività del vizio da parte del giudice, in chiave tanto "espansivo-analogica" quanto "riduttivo-abrogativa" delle fattispecie normativamente previste¹¹.

In questa operazione non si è trascurato di affrontare la disciplina delle nullità degli atti (pressoché intoccata sul punto dalla Riforma "Cartabia") alla luce nella nuova disciplina del processo penale telematico, rispetto alla quale si è tra l'altro rilevata la potenziale "tensione" fra il principio di riserva di legge in materia processuale (e ulteriormente rafforzato, in materia penale, dal canone di tassatività) e la disciplina sostanziale dell'atto informatico, come noto demandata a fonti secondarie di carattere tecnico ed evolutivo (a tutto discapito della certezza e della prevedibilità)¹².

Nella seconda sezione del secondo capitolo si è invece compiuta una ricognizione dei più significativi episodi di "deviazione" giurisprudenziale rispetto al modello dogmatico e sistematico delle nullità codicistiche, discendenti da un approccio ermeneutico di impronta marcatamente "sostanzialistica" al sistema delle nullità, rispetto al quale si è visto assumere un ruolo preminente la valutazione in termini di "effettivo pregiudizio" della violazione processuale¹³.

Nello specifico, la ricognizione è stata effettuata "accorpando" le pronunce più significative secondo comuni linee tendenziali. Si è distinta così, da un lato, una (quantitativamente più significativa) tendenza "abrogativo-restrittiva" dell'area delle nullità processuali, nella quale il rilievo della concreta inoffensività del vizio è utilizzato *a)* per

¹⁰ Cap. II, § 1.

¹¹ Cap. II, § 2 ss.

¹² Cap. II, § 6.

¹³ Cap. II, §§ 7 ss.

attrarre nullità assolute nel meno gravoso regime intermedio¹⁴; b) per escludere la propagazione dell'invalidità derivata¹⁵; c) per escludere la dichiarazione di una nullità, in quanto ritenuta insussistente, sanata, ovvero non eccepibile (o deducibile) per carenza di interesse¹⁶. Dall'altro lato, si è rilevata una (più circoscritta) tendenza “espansiva” dell'area delle nullità, realizzata attraverso la riconduzione “analogica” di mere irregolarità concretamente offensive nell'alveo delle nullità generali *ex art. 178 comma 1 c.p.p.*¹⁷.

Si è riservata, poi, una trattazione a parte per le figure di creazione pretoria dell’“abnormità”¹⁸ e dell’“abuso del processo”¹⁹ delle quali è rilevata l'attitudine non solo “espansiva” del novero delle nullità processuali (trattandosi di invalidità *extra ordinem*), ma anche “riduttiva” delle stesse ove siano rivolte a privare di effetti “invalidanti” dichiarazioni o eccezioni di nullità che, pur legittime, siano idonee a comportare regressioni processuali antieconomiche (in ragione dell'inoffensività concreta del vizio) o costituiscano episodi di sviamento della funzione degli istituti processuali.

Il terzo capitolo dell'elaborato ha inteso analizzare, e sottoporre a vaglio critico alla luce delle premesse generali stabilite nei capitoli precedenti, i principali argomenti giustificativi avanzati dalla dottrina contemporanea a preteso sostegno dell'approccio giudiziario di indirizzo sostanzialistico di cui si è dato conto nel secondo capitolo.

In particolare, la prima sezione del capitolo è stata dedicata ad un tentativo di confutazione degli argomenti giustificativi che traggono ispirazione dai principi e dai metodi elaborati dalle Corti europee (Corte di giustizia dell'Unione europea e Corte europea dei diritti dell'uomo) in materia processuale²⁰.

In primo luogo, si è rifiutata la possibilità di giustificare l'approccio “creativo” della giurisprudenza nazionale alla stregua di una manifestazione della nuova legalità giudiziale europea, asseritamente affermatasi a seguito del processo di

¹⁴ Cap. II, §§ 8 e 8.1.

¹⁵ Cap. II, § 8.2.

¹⁶ Cap. II, § 6.

¹⁷ Cap. II, §§ 9 e 9.1.

¹⁸ Cap. II, § 9.2.

¹⁹ Cap. II, § 10.

²⁰ Cap. III, § 1.

comunitarizzazione che ha progressivamente investito la disciplina processo penale²¹. Si è infatti argomentato che, nel contesto dell'ordinamento "multilivello", se da una parte è senz'altro vero che il ruolo del giudice nazionale appare mutato da quello illuministico della "bocca della legge" a quello di "selettore della regola di diritto" (mediante gli strumenti della disapplicazione legislativa e dell'interpretazione europeisticamente conforme)²², dall'altra parte è altrettanto vero che le esigenze di certezza e prevedibilità insite nella concezione interna di legalità non possano essere in alcun modo sacrificate alla luce dei meccanismi di integrazione fra ordinamenti, costituendo il principio di legalità processuale un insuperabile controlimite costituzionale in questo senso²³.

Quanto invece al sistema convenzionale, effettuata una premessa sulle peculiarità del giudizio svolto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo e sullo statuto europeo dell'"equo processo"²⁴, si è inteso dimostrarne l'improprietà del richiamo (ricorrente in giurisprudenza e in dottrina) a pretesa giustificazione "giuridico-concettuale" delle deviazioni antiformalistiche precedentemente esaminate. Tanto è stato sostenuto, in primo luogo, in ragione dei caratteri propri del giudizio convenzionale, in alcun modo comportante una ponderazione di interessi e, tantomeno, un giudizio di corrispondenza a fattispecie declinato in chiave sostanzialistica (assumendo, al contrario, un rilievo centrale la "prevedibilità" della legge processuale); in secondo luogo, negando in ogni caso al giudice ordinario la possibilità di operare una disapplicazione in concreto (in senso espansivo o riduttivo) delle fattispecie di nullità sulla base di una interpretazione "convenzionalmente" orientata delle stesse²⁵.

Sono state successivamente affrontate, a fini confutatori, le principali teorie emergenti in giurisprudenza e, soprattutto, in dottrina tese ad "eludere" la portata ostativa del principio di tassatività all'affermazione, in via pretoria, di un metodo di rilevazione (in

²¹ Cap. III, §§ 2 e 2.3.

²² Cap. III, § 2.1.

²³ Cap. III, § 3.

²⁴ Cap. III, §§ 4 e 5.

²⁵ Cap. III, §§ 5.1 ss.

senso estensivo o riduttivo) delle nullità processuali penali basato su un criterio di concreta offensività delle violazioni²⁶.

In primo luogo, si è criticata la ricostruzione delle nullità quali fattispecie “offensive” – sulla falsa riga degli illeciti penali – e la connessa concezione “sanzionatoria” della reazione invalidante, la cui “tipicità” sarebbe asseritamente rafforzata da una valutazione di concreto pregiudizio. La tesi è stata criticata sulla base di una più corretta distinzione dogmatica tra “illiceità” e “invalidità”, ove la seconda, rispetto alla prima, non solo non ha una funzione “afflittiva” (bensì “conservativa” degli effetti), ma neppure contempla nella propria fattispecie alcun giudizio di “offensività”, il quale è assorbito nella valutazione *ex ante* effettuata dal legislatore²⁷.

In secondo luogo, è stato indagato l’orientamento che, pur non negando il sorgere “a monte” di una nullità inoffensiva, ne esclude “a valle” la rilevabilità sulla base di un principio generale di sanatoria “per conseguimento dello scopo”, ovvero l’eccezionalità (o la deducibilità) per difetto di interesse. La tesi è stata confutata sulla base del carattere pur sempre “tassativo” e strettamente “tipizzato” dei diversi trattamenti delle nullità, i quali, anche laddove introdotti in funzione di “contemperamento” dell’applicazione eccessivamente rigorosa del “principio di fattispecie” secondo un’ispirazione sostanzialistica, sono insuscettibili di interpretazione estensiva e non ammettono valutazioni discrezionali da parte del giudice²⁸.

In terzo luogo, si è rifiutata l’attitudine asseritamente “inclusiva” delle nullità generali, ostandovi lo stesso principio di “tassatività”, il quale preclude qualsivoglia estensione analogica delle nullità testuali (alle quali devono ricondursi le stesse nullità generali)²⁹. A questo riguardo, si è sostenuta l’assoluta arbitrarietà del ricorso alle figure *extra ordinem* dell’“abnormità” e dell’“abuso del processo” al fine di sterilizzare gli effetti invalidanti di dichiarazioni o eccezioni di nullità legittime ma antieconomiche, in elusione del principio di tassatività: ciò in quanto esse non sono né “abnormi” (appartenendo le dichiarazioni di nullità – tanto più se legittime – ai poteri del giudice), né “abusive” (non

²⁶ Cap. III, § 8.

²⁷ Cap. III, § 9.

²⁸ Cap. III, § 10.

²⁹ Cap. III, § 11.

essendo le posizioni soggettive processuali in alcun modo “funzionalizzate” ad uno scopo)³⁰.

*

Così sgomberato auspicabilmente il campo da ricostruzioni teoriche volte a dimostrare la compatibilità dell’approccio “creativo” del giudice in materia di nullità con il principio di tassatività, quest’ultimo si rivela dunque un parametro normativo imprescindibile, in uno con i valori costituzionali e processuali di cui esso è irrinunciabile garanzia e rispetto ai quali è ora possibile, in conclusione, valutare l’ammissibilità delle deviazioni “sostanzialistiche” emergenti nella giurisprudenza nazionale.

Che il criterio dell’“effettivo pregiudizio” non appartenga allo *jus conditum* del sistema delle nullità processuali penali lo dimostra, anzitutto, l’esplicita volontà manifestata *de jure condendo* dal legislatore, ricavabile dai lavori preparatori al codice del 1988. Da questi, infatti, non solo emerge come il legislatore avesse ben “contezza” dell’alternativa fra un sistema elastico e un sistema tassativo di rilevazione delle nullità, ma anche l’indubbia preferenza accordata a quest’ultimo, in quanto altrimenti «sarebbe stato rimesso al giudizio discrezionale del giudice lo stabilire, in concreto, se un atto dovesse o no considerarsi valido»³¹.

La scelta di stabilire i mezzi di tutela dei diversi interessi coinvolti nell’esercizio della giurisdizione penale spetta, infatti, al legislatore, il quale è certamente libero di ricorrere ad un sistema di fattispecie aperte (come avviene nel modello francese), ovvero ad un sistema “chiuso” e “anelastico” (presidiato dal principio di tassatività)³². Il legislatore italiano – anche nelle esperienze codicistiche precedenti alla vigente – ha dimostrato di preferire sempre il secondo sistema³³, in quanto ritenuto (a torto o a ragione) in grado

³⁰ Cap. III, § 12.

³¹ Relazione della Commissione redigente, in G. CONSO, V. GREVI, G. NEPPI MODONA, *Il nuovo codice di procedura penale dalle leggi delega ai progetti delegati*, vol. I, Padova, 1990, p. 476.

³² F. CAPRIOLI, *Abuso del diritto di difesa e nullità inoffensive*, cit., p. 2451.

³³ Per un’indagine storica, cfr. P. MOSCARINI, *Esigenze antiformalistiche e conseguimento dello scopo nel processo penale italiano*, cit., p. 93 ss.; nonché G. DI PAOLO, *La sanatoria delle nullità nel processo penale*, cit., p. 250, la quale rileva come «i legislatori delle varie epoche storiche hanno optato per un criterio formale nella convinzione (a torto o a ragione) che questo tipo di approccio alle nullità degli atti processuali penali meglio garantisca la certezza del diritto, la prevedibilità e l’uguaglianza – valori indubbiamente di massima importanza quando si abbia a che fare con l’esercizio del potere punitivo da parte dello Stato».

di meglio assicurare valori di massima importanza nell'esercizio della potestà punitiva, quali la certezza del diritto, la prevedibilità e l'uguaglianza.

Di fronte a tale scelta, prima ancora ideologica che tecnico-normativa, emerge plasticamente come la sovrapposizione, in via prasseologica, di giudizi di meritevolezza di tutela e di concreta offensività dei vizi processuali da parte del giudice a quelli operati in astratto dal legislatore si scontri frontalmente con lo stesso assetto democratico-costituzionale dei poteri sovrani sottostante ai principi di legalità e tassatività³⁴, quali la separazione dei poteri, la sottoposizione del giudice alla legge (art. 101 comma 2 Cost.), l'autonomia e l'indipendenza della magistratura (art. 104 comma 1 Cost.). Come è stato detto «non c'è spazio per 'giudici legislatori' nel nostro ordinamento. Spesso [...] la manovra assume le finte sembianze dell'esegesi costituzionalmente orientata: 'operazioni sublimi' forse, ma un soggetto politicamente irresponsabile come il giudice non se lo può permettere»³⁵.

Si è parlato, a tal proposito, di una vera e propria «autonomia 'politica' della invalidità»³⁶, da intendersi come “riserva” legislativa nella ponderazione di valori e interessi sottesi alla disciplina della nullità, ovverossia nell'individuazione del “punto di equilibrio” fra le garanzie del giusto processo e la sua ragionevole durata³⁷. Si è visto, del resto, come non manchino all'interno del sistema processuale istituti – quali gli stessi regimi delle nullità, le sanatorie, i limiti temporali e soggettivi di eccezione-deducibilità di rilevazione – i quali rappresentano forme di “riequilibrio” della rigidità di un sistema

³⁴ Cfr. F.R. DINACCI, *Il contraddittorio per la prova nel processo penale*, Padova, 2012, p. 22, il quale rileva come «evidentemente, al di là della 'fatale attrazione' verso forme di potere arbitrario giustificata da orientamenti efficientisti o pragmatistici, non si è compreso che il rispetto della forma dell'accertamento costituisce un pilastro della forma democratica di Stato».

³⁵ Cfr. CAPRIOLI, *Il giudice e la legge processuale: il paradigma rovesciato*, cit., p. 975. Robespierre definiva “operazioni sublimi” i processi condotti “fuori dalle regole” ma nel rispetto dei sacri principi della Rivoluzione; celebre la sua invettiva: «voi invocate le forme perché non avete i principi!».

³⁶ C. IASEVOLI, *La nullità nel processo partecipato: ovvero legalità e garanzie nell'etica della responsabilità*, cit., p. 669.

³⁷ Cfr. O. MAZZA, *Il crepuscolo della legalità processuale al tempo del giusto processo*, cit., p. 329: «le forme sono legislative e che in un sistema costituzionale, democratico e razionale le forme non sono contrapposte ai valori, ma sottendono proprio scelte politiche di valore».

strettamente legalistico: esse operano, nondimeno, in modo vincolato e automatico, senza spazi per ulteriori ponderazioni in concreto effettuate dal giudice³⁸.

Il *modus procedendi* dei soggetti del processo è perciò stabilito una volta per tutte in modo “anelastico” dal legislatore sulla base di una valutazione aprioristica, eventualmente censurabile dinanzi alla Corte costituzionale, qualora venga ritenuto non adeguato alle garanzie e all’economia del giusto processo³⁹. Lo stesso parametro di costituzionalità (art. 111 Cost.), del resto, nel prevedere che la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge (comma 1), afferma, allo stesso tempo, che proprio la legge (e non il giudice!) ne assicura la ragionevole durata (comma 2).

Al giudice, invece, è preclusa qualsivoglia ponderazione in concreto fra i due valori⁴⁰: diritti e garanzie dell’imputato, da un lato, e ragionevole durata del processo, dall’altra, rappresentano, infatti, unità non commensurabili, né bilanciabili. A ciò si aggiunga che, secondo il nostro sistema istituzionale, alle scelte democratiche e alle valutazioni assiologiche svolte dal legislatore non può sostituirsi in alcun modo la magistratura, neppure nelle sue più alte sedi.

A tale riguardo, non può non richiamarsi quanto limpidamente affermato dalla sentenza della Corte costituzionale n. 317 del 2009, ove si legge che «diritto di difesa ed il principio di ragionevole durata del processo non possono entrare in comparazione, ai fini del bilanciamento, indipendentemente dalla completezza del sistema delle garanzie. Ciò che rileva è esclusivamente la durata del ‘giusto’ processo [...] . Un processo non

³⁸ Secondo G. DI PAOLO, *La sanatoria delle nullità nel processo penale*, cit., p. 253, dal principio di tassatività «discende l’allocazione nel momento legislativo di ogni scelta discrezionale in ordine all’individuazione dei vizi invalidanti e del relativo regime. [...] Viceversa, va escluso che all’interprete competano giudizi di valore come quelli operanti in astratto dal legislatore per decidere se l’osservanza di una certa norma processuale meriti di essere presidiata da nullità».

³⁹ Giustamente rileva O. MAZZA, *Il crepuscolo della legalità processuale al tempo del giusto processo*, cit., p. 330, che «se ci trovassimo di fronte a vuote previsioni di legge, per di più lesive dell’efficienza processuale, la magistratura avrebbe il preciso dovere di sottoporre le irrazionali scelte politiche allo scrutinio di legittimità costituzionale».

⁴⁰ Cfr. P.P. PAULESU, «*Pregiudizio effettivo*» e nullità degli atti processuali penali, cit., p. 883-884: «che una fortissima istanza di semplificazione delle nullità risulti sottesa al principio della durata ragionevole del processo è indubbio; che quell’obiettivo debba realizzarsi attraverso l’introduzione di un parametro elastico come quello del pregiudizio effettivo è una soluzione tutt’altro che scontata».

‘giusto’, perché carente sotto il profilo delle garanzie, non è conforme al modello costituzionale, quale che sia la sua durata»⁴¹.

Di tale importante insegnamento non sembrano, invero, tenere conto talune teorizzazioni dottrinarie che vorrebbero ridurre l’ambito di applicazione del principio di legalità processuale a un non meglio definito “nucleo minimo” del giusto processo – i cui confini sono conseguentemente lasciati alla discrezionalità del giudice – con la conseguenza di ritenere il riconoscimento di garanzie e forme ulteriori rispetto a quest’ultimo come “bilanciabili” con la ragionevole durata del processo⁴². A questo riguardo, occorre ribadire, una volta di più, che ogni forma normativa è garanzia del giusto processo e che quest’ultimo può dirsi tale solamente se è integralmente depurato dagli atti nulli, senza che questi ultimi possano essere “salvati” al fine di evitare regressioni processuali antieconomiche.

Inoltre, come è stato opportunamente segnalato, diversamente opinando il giudice rischierebbe di divenire «un pericoloso moltiplicatore di iniquità»⁴³, a tutto discapito dello stesso principio di ragionevole durata del processo che egli intendeva tutelare attraverso la mancata rilevazione della nullità inoffensiva. Si potrebbe, infatti, ipotizzare un significativo aumento del numero di ricorsi in Cassazione ai sensi dell’art. 606 lett. c) c.p.p. (inosservanza delle norme processuali stabilite a pena di nullità) da parte di chi intendesse far valere la nullità dell’atto, a dispetto della valutazione del giudice⁴⁴.

Più in generale, il riconoscimento (o sarebbe meglio parlare di un “auto-riconoscimento”) in capo al giudice del potere discrezionale di escludere la rilevanza di una nullità nonostante la violazione non permetterebbe alle parti di pretendere la piena osservanza delle norme (componente indefettibile di un giusto processo), essendo quest’ultima sempre sottoposta ad un imponderabile (e insindacabile) filtro giurisdizionale⁴⁵. È di tutta

⁴¹ C. cost., sent. 4 dicembre 2009 n. 317, in *Cass. pen.*, 2009, p. 1734.

⁴² Sulla teoria del “nucleo minimo del giusto processo”, cfr. più ampiamente G. SANTALUCIA, *Riflessioni sistematiche*, in A. MARANDOLA (a cura di), *Le invalidità processuali. Profili statici e dinamici*, Torino, 2015, p. 701 ss.

⁴³ P.P. PAULESU, «*Pregiudizio effettivo*» e nullità degli atti processuali penali, cit., p. 890.

⁴⁴ Per questa constatazione P.P. PAULESU, «*Pregiudizio effettivo*» e nullità degli atti processuali penali, cit., p. 890.

⁴⁵ Cfr. E. AMODIO, *Il fascino ingannevole del pregiudizio effettivo (a proposito di abuso del processo)*, cit., p. 237.

evidenza, infatti, che subordinare la rilevanza di una nullità, che è prevista a tutela dei diritti dell'imputato, ad un apprezzamento discrezionale del giudice in ordine alla sua concreta offensività significa rendere la tutela stessa "discrezionale": «ma una tutela a discrezione non è una tutela; e un diritto a discrezione non è un diritto: tutt'al più un interesse legittimo»⁴⁶.

Diversamente, in un sistema di invalidità retto da un rigido canone di tassatività è assicurata la predeterminazione, la certezza e la prevedibilità dei vizi, in modo tale da ingenerare in capo agli attori del processo «una sorta di *principio di affidamento*, che si sostanzia, anzitutto, nel rispetto delle *forme*»⁴⁷, alla luce delle quali essi sono in grado di orientare con consapevolezza le proprie iniziative processuali⁴⁸.

Si vede, così, come gli evidenziati episodi di giurisprudenza "creativa" si pongano non solo in contrasto con il ruolo "costituzionale" della giurisdizione, ma anche con la posizione di terzietà e imparzialità del giudice *all'interno* della giurisdizione (art. 111 Cost.), a tutto discapito della *par condicio* delle parti processuali⁴⁹. L'inevitabile discrezionalità insita in siffatte diagnosi potrebbe, infatti, degradare nel più estremo soggettivismo⁵⁰, se non in un vero e proprio arbitrio del giudice⁵¹. Il pericolo, insomma, è che «il giudice, da 'garante del rispetto delle forme', si trasformi surrettiziamente in un 'garante

⁴⁶ T. PADOVANI, *A.D.R. sul c.d. abuso del processo*, cit., p. 3607.

⁴⁷ P.P. PAULESU, «*Pregiudizio effettivo*» e nullità degli atti processuali penali, cit., p. 887.

⁴⁸ Cfr. G. DI PAOLO, *La sanatoria delle nullità nel processo penale*, cit., p. 264: «se l'*ubi consistam* della procedura penale sta nel suo essere regola e limita del potere, e se il tema delle forme procedurali (e delle invalidità) è strettamente legato a quello del controllo sull'esercizio di tale potere, i soggetti che si muovono nel processo devono poter sapere quali siano queste regole, e quali le conseguenze in caso di loro inosservanza»; nonché A. MARANDOLA, *La patologia dell'atto processuale: indirizzi sostanziali vs legalità formale*, cit., p. 1056, secondo la quale, «tassatività e tipicità chiudono, infatti, lo spazio di gestione della materia, vincolando la discrezionalità del legislatore ed annullando – in parte qua – ogni scelta del giudice, che non si diriga verso la difformità o conformità della fattispecie alla disposizione di legge, onde prevenire abusi o errori interpretativi».

⁴⁹ Cfr. P.P. PAULESU, «*Pregiudizio effettivo*» e nullità degli atti processuali penali, cit., p. 888, secondo il quale «il prezzo da pagare sarebbe troppo alto, perché sarebbe a rischio la stessa imparzialità del giudice».

⁵⁰ Cfr. F. CAPRIOLI, *Abuso del diritto di difesa e nullità inoffensive*, cit., p. 2451.

⁵¹ R.E. KOSTORIS, *La revisione del giudicato iniquo*, in *Leg. pen.*, 2011, p. 480. A tal proposito, rileva O. MAZZA, *Il crepuscolo della legalità processuale al tempo del giusto processo*, cit., p. 331, che «senza le forme del processo penale l'amministrazione della giustizia diventa puro atto politico».

dell'interesse di una parte': quella che ricava un concreto vantaggio dalla mancata declaratoria di una nullità»⁵².

Insomma, conclusivamente non ci si può non domandare, con un illustre Autore, «quando, come e chi (fuori dai meccanismi parlamentari) stabilisce [...] che la legge è “alla rovescia”, sbagliata, “negativa”? Chi sceglie, e con quale discrimine, se l'ordine merita servizio? E se il magistrato della porta accanto la pensa diversamente?»⁵³.

*

La materia di cui ci si è occupati nel presente elaborato rappresenta, con ogni probabilità, uno dei settori del diritto in cui si registra il maggiore divario fra i tre tradizionali “formanti” ordinamentali rappresentati dalla legislazione, dalla giurisprudenza e dalla dottrina.

A fronte delle “deviazioni” giurisprudenziali rispetto al sistema codicistico e dogmatico delle nullità processuali, di cui si è dato ampiamente conto nel corso della trattazione, è opportuno interrogarsi, in conclusione, sul ruolo che, in tale contesto, debba essere assunto da legislatore, da una parte, e dalla dottrina, dall'altro.

La prima questione pertiene evidentemente ad una riflessione *de jure condendo*, rispetto alla quale il presente elaborato non intende prendere posizione.

Ci si limita a constatare, in relazione alla ricognizione giurisprudenziale effettuata nel secondo capitolo, la netta prevalenza quantitativa di pronunce tendenti a restringere l'area delle nullità. Da ciò sembra potersi dedurre che una riforma in senso “elastico” del regime delle invalidità degli atti processuali potrebbe comportare un significativo abbassamento del livello di tutela dell'imputato.

Di ciò dovrebbe tenere in adeguato conto il legislatore, prima di procedere ad una improvvida “giuridificazione” degli approcci sostanzialistici emergenti in giurisprudenza.

Ad ogni buon conto, un ben più rilevante atteggiamento di ossequiosa adesione nei confronti degli odierni percorsi giurisprudenziali sta emergendo nella dottrina più

⁵² P.P. PAULESU, «Pregiudizio effettivo» e nullità degli atti processuali penali, cit., p. 888.

⁵³ M. NOBILI, *L'immoralità necessaria. Citazioni e percorsi nei mondi della giustizia*, Bologna, 2009, p. 277.

recente (ancorché ancora non maggioritaria)⁵⁴, la quale, come visto, si sta sforzando di offrire una veste “razionale” ad approcci pretori che si ritiene di aver dimostrato come privi di coerenza tanto con il sistema normativo, quanto con la dogmatica giuridica.

Le legittime ispirazioni “metodologiche” di tale impegno sono ben espresse da un autorevole esponente del descritto orientamento dottrinale: «si potrebbe sostenere [...] che compito della dottrina sia riaffermare i principi tradizionali [...] senza accettare compromessi con le evoluzioni proposte dalla casistica. [...] Il rischio, tuttavia, è quello di finire per subire una trasformazione epocale invece di provare a governarla. Se non si vuole accettare d’esser relegati al solo ruolo di passiva testimonianza, occorre dunque provare a interferire con i mutamenti in atto, cercando di innestarvi razionalità»⁵⁵.

Ci si permette di dissentire.

La dottrina non dovrebbe considerare una battaglia di retroguardia quella di farsi “custode” del sistema e della sua razionalità, senza cedere ad alcun compromesso con le evoluzioni emergenti nella casistica. Anzi, proprio in questo dovrebbe consistere il *proprium* della riflessione dottrinale, nell’essere cioè garanzia nel tempo di coerenza dell’ordinamento, al di là di ogni pratica contingenza.

Governare i mutamenti, del resto, non significa lastricare i sentieri battuti, bensì disegnare la “mappa” con percorsi coerenti. E finché di “deviazioni” si potrà parlare, non tutto è perduto, perché significa che una “strada maestra” è ancora tracciata.

⁵⁴ Sebbene non si segnalino particolari sforzi di altrettanto peso dogmatico in direzione opposta, al di là sparuti richiami all’ordine, come quello manifestato da O. MAZZA, *Il crepuscolo della legalità processuale al tempo del giusto processo*, cit., p. 332, nel «sollecitare con forza il risveglio delle coscienze ormai intorpidite e rassegnate, a partire da quelle dei giuristi di estrazione accademica che finora hanno serbato un assordante silenzio sul tema della legalità processuale, meritevole di ben altri studi e approfondimenti».

⁵⁵ M. CAIANIELLO, *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nelle invalidità processuali penali*, cit., p. 179.

BIBLIOGRAFIA

- AMALFITANO C., ARANCI M., *La cooperazione giudiziaria penale nei rapporti tra stati membri dell'Unione europea*, in G. LATTANZI, M. MAUGERI, G. GRASSO, L. CALCAGNO, A. CIRIELLO (a cura di), *Il diritto dell'unione europea e il ruolo del giudice nazionale*, 2023, p. 387 ss.
- ANRÒ I., ALBERTI J., *Riflessioni sull'effetto diretto, sul primato e sulla disapplicazione del diritto nazionale*, in G. LATTANZI, M. MAUGERI, G. GRASSO, L. CALCAGNO, A. CIRIELLO (a cura di), *Il diritto dell'unione europea e il ruolo del giudice nazionale*, 2023, p. 51 ss
- AMODIO E., *Il processo penale tra disgregazione e recupero del sistema*, in *Ind. pen.*, 2003, p. 7 ss.
- AMODIO E., *Crisi della legalità processuale, filosofia della rassegnazione e autorevolezza dei giuristi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 432 ss.
- AMODIO E., *Il fascino ingannevole del pregiudizio effettivo (a proposito di abuso del processo)*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 3596 ss.
- AMODIO E., *L'abuso delle forme degli atti processuali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 559 ss.
- APRATI R., *Nullità*, in *D. disc. pen.*, VII agg., Torino, 2013, p. 386 ss.
- APRATI R., *Il sistema delle nullità alla luce dell'art. 6 C.E.D.U.*, in *Dir. proc. pen.*, 2015, p. 235 ss.
- APRATI R., *Effettivo pregiudizio e nullità*, Milano, 2018.
- BALDUZZI R., SORRENTINO F., *Riserva di legge (voce)*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, p. 1215 ss.

- BATTAGLIA G., *L'inquadramento delle norme della CEDU tra le fonti del diritto italiano. Il sindacato della Corte costituzionale*, in G. LATTANZI, M. MAUGERI, G. GRASSO, L. CALCAGNO, A. CIRIELLO (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il ruolo del giudice nazionale*, 2023, p. 111 ss.
- BATTISTA M., *Nullità degli atti di procedura*, in *D.I.*, XVI, Torino, 1905, p. 528 ss.
- BELLAVISTA G., TRANCHINA G., *Lezioni di diritto processuale penale*, Milano, 1987.
- BERRUTI G.M. (a cura di), *Corte di Cassazione e Corti europee*, Roma, 2014.
- BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1950.
- BIFULCO D., *Il giudice è soggetto soltanto al "diritto". Contributo allo studio dell'art. 101, comma 2 della Costituzione italiana*, Napoli, 2008.
- BIN R., *L'unione europea rispetta i principi del "rule of law"?*, in *Consulta online*, 2021, 1, pp. 152 ss.
- BIRAL M., NERONI REZENDE I., SANTANGELO A., *Italy. Minimalistic transposition and substantial protection in the implementation of the EU defence rights directives*, in G. CONTISSA, G. LASAGNI, M. CAIANIELLO, G. SARTOR (edited by), *Effective protection of the rights of the accused in the EU directives. A computable approach to criminal procedure law*, Boston, 2022, p. 133 ss.
- BOSCHI M., *Prospettive della riforma del processo penale sulle nullità*, in *Foro it.*, 1976, V, p. 241 ss.
- BOSE M., *The principle of proportionality and the protection of legal interests*, in *European criminal law review*, 2011, p. 35 ss.
- BRADFORD A., *The Brussels Effect. How the European Union rules the world*, Oxford, 2020.

- BRICCHETTI R., *Nullità degli atti: il principio di tassatività all'esame dell'interpretazione giurisprudenziale*, in *Criminalia*, 2010, p. 439 ss.
- BUZZELLI S., CASIRAGHI R., CASSIBBA F., CONCOLINO P., PRESSACCO L., *Diritto a un equo processo*, in G. UBERTIS, F. VIGANÒ (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Torino, 2016, p. 129 ss.
- CABIALE A., *I rimedi nelle direttive di Stoccolma: poche parole e molti silenzi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 4, p. 2138 ss.
- CABIALE A., QUATTROCCOLO S., *Un filtro più potente precede un bivio più netto: nuove possibili prospettive di equilibrio tra udienza preliminare, riti speciali e giudizio nel quadro della riforma Cartabia*, in *Giustiziainsieme.it*, 9 gennaio 2023.
- CAIANIELLO M., *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nelle invalidità processuali penali*, Bologna, 2012.
- CAIANIELLO M., *Il principio di proporzionalità nel procedimento penale*, in *Dir. pen. contemp.*, 2014, 3/4, p. 143 ss.
- CAIANIELLO M., *Dal Terzo pilastro ai nuovi strumenti: diritti fondamentali, "Road map" e l'impatto delle nuove direttive*, in *Dir. pen. contemp.*, 2015, 4, p. 70 ss.
- CAIANIELLO M., *Procedural sanctions in the EU framework: toward a harmless error doctrine and practice?*, in M. CAIANIELLO, J.S. HODGSON (edited by), *Discretionary criminal justice in a comparative context*, Durham, 2015, p. 207 ss.
- CANDIAN A., *Documento e documentazione (Teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, 579 ss.
- CANESCHI G., *L'inammissibilità delle impugnazioni: dalla Corte di Strasburgo argini antiformalistici a tutela dell'equità processuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2023, 1, p. 799 ss.

- CAPASSO V., *Nullità degli atti e offensività necessaria. Contributo alla difesa della legalità del processo civile*, Roma, 2022.
- CAPONE A., *L'invalidità nel processo penale*, Padova, 2012.
- CAPRIOLI F., *Abuso del diritto di difesa e nullità inoffensive*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 2444 ss.
- CAPRIOLI F., *Il giudice e la legge processuale: il paradigma rovesciato*, in *Ind. pen.*, 2017, p. 967 ss.
- CARDAMONE D., *Gli effetti delle decisioni della Corte EDU sul giudicato penale*, in G. LATTANZI, M. MAUGERI, G. GRASSO, L. CALCAGNO, A. CIRIELLO (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il ruolo del giudice nazionale*, 2023, p. 259 ss.
- CARLASSARE L., *Legge (riserva di) (voce)*, in *Enc. giur.*, XVIII, Roma, 1990, p. 5 ss.
- CARNELUTTI F., *Sistema del diritto processuale civile*, II, Padova, 1938.
- CARNELUTTI F., *Lezioni sul processo penale*, III, Roma, 1947.
- CARNELUTTI F., *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951.
- CARTABIA M., *La convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'ordinamento italiano*, in A. BALSAMO, R.E. KOSTORIS (a cura di), *Giurisprudenza europea e processo penale italiano. Nuovi scenari dopo il «caso Dorigo» e gli interventi della Corte costituzionale*, Torino, 2008, p. 32 ss.
- CASIRAGHI R., *La revisione*, in G. UBERTIS, G.P. VOENA (diretto da), *Trattato di procedura penale*, XL, Milano, 2020.
- CASIRAGHI R., *Uno specifico rimedio per l'esecuzione delle sentenze della Corte di Strasburgo*, in *Dir. pen. proc.*, 2023, 1, p. 195 ss.

- CASSESE S., *Eclissi o rinascita del diritto?*, in P. ROSSI (a cura di), *Fine del diritto?*, Bologna, 2010, p. 29 ss.
- CASSIBBA F., *Nullità della richiesta di rinvio a giudizio per genericità dell'imputazione*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 1178 ss.
- CASSIBBA F., *L'imputazione e le sue vicende*, in G. UBERTIS, G.P. VOENA (diretto da), *Trattato di procedura penale*, XXI, Milano, 2016.
- CASSIBBA F., *Violazione della difesa tecnica ed equità processuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 1211 ss.
- CASTELLUCCI L., *L'atto processuale penale: profili strutturali e modalità realizzative*, in DEAN G. (a cura di), *Gli atti*, in G. SPANGHER (diretto da), *Trattato di procedura penale*, Torino, 2008, p. 1 ss.
- CATALANO E.M., *Giurisprudenza creativa nel processo penale italiano e nella common law: abnormità, inesistenza e plain error rule*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, p. 299 ss.
- CATALANO E.M., *L'abuso del processo*, Milano, 2004.
- CATALANO E.M., *Le invalidità alla deriva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 104 ss.
- CATALANO E.M., *Il concetto di abnormità fra problemi definitori ed applicazione giurisprudenziale*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, p. 1240 ss.
- CATUADELLA A., *Fattispecie*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, p. 926 ss.
- CAVALLARI V., *Commento all'art. 177 c.p.p.*, in M. CHIAVARIO (a cura di), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, II, Milano, 1989, p. 279.
- CECCHI M., FAILLI E., *L'art. 421 c.p.p. post Cartabia osta all'operatività del 'meccanismo Battistella' in dibattito*, in *Il Quotidiano Giuridico*, 12 luglio 2023.

CHIARLONI S., *Il nuovo art. 111 Cost. e il processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, p. 1016 ss.

CHIAVARIO M., *La “lunga marcia” dei diritti dell’uomo nel processo penale*, in A. BALSAMO, R.E. KOSTORIS (a cura di), *Giurisprudenza europea e processo penale italiano. Nuovi scenari dopo il «caso Dorigo» e gli interventi della Corte costituzionale*, Torino, 2008, p. 11 ss.

CHITI E., FAVILLA M.E., LIMBERTI L., *Il terzo pilastro: una rassegna*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1997, p. 799 ss.

CIRCOLO A., *Il giudice nazionale e l’obbligo di interpretare il proprio diritto in maniera conforme al diritto dell’Unione*, in G. LATTANZI, M. MAUGERI, G. GRASSO, L. CALCAGNO, A. CIRIELLO (a cura di), *Il diritto dell’unione europea e il ruolo del giudice nazionale*, 2023, p. 51 ss.

CONSO G., *I fatti giuridici processuali penali. Perfezione ed efficacia*, Milano, 1955.

CONSO G., *Il concetto e le specie d’invalidità. Introduzione alla teoria dei vizi degli atti processuali penali*, Milano, 1955.

CONSO G., *Atti processuali. b) Diritto processuale penale*, in *Enc. dir.*, Milano, 1959, p. 145 ss.

CONSO G., *Questioni nuove di procedura penale (1955-58)*, I, Milano, 1959.

CONSO G., V. GREVI, G. NEPPI MODONA, *Il nuovo codice di procedura penale dalle leggi delega ai progetti delegati*, vol. I, Padova, 1990.

CONTE A.G., *Validità*, in *Filosofia del linguaggio normativo*, I, Studi 1965- 1981, Torino, 1995, p. 131 ss.

CONTI A., *L’imputato assente alla luce della riforma Cartabia. Note a prima lettura del d.lgs. 10 ottobre 2022*, n. 150, in *Arch. pen.*, 2023, 1, p. 42.

- CONTI C., *Nullità e inutilizzabilità: problemi attuali e prospettive di riforma*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 1651 ss.
- CONTURSI LISI G., *Le nullità nel codice di procedura penale*, Milano, 1937.
- CORDERO F., *Le situazioni giuridiche soggettive nel processo penale*, Torino, 1956.
- CORDERO F., L'“inesistenza della decisione giudiziaria (rilievi in merito ad un recente contributo giurisprudenziale all'inquadramento del problema)”, in *Riv. it. dir. pen.*, 1957, p. 602 ss.
- CORDERO F., *Nullità, sanatorie, vizi innocui*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1961, p. 680 ss.
- CORDERO F., *Ideologie del processo penale*, Milano, 1966.
- CORDERO F., *Procedura penale*, Milano, 1983.
- CORDERO F., *Procedura penale*, Milano, 1993.
- CRIPPA E., *Fondamento costituzionale delle nullità e consenso nei riti speciali*, in *Arch. pen.*, 2018, p. 1 ss.
- DANIELE M., *La triangolazione delle garanzie processuali fra diritto dell'Unione europea, CEDU e sistemi nazionali*, in *Dir. pen. contemp.*, 2016, 4, p. 48 ss.
- DE AMICIS G., KOSTORIS R.E., *La cooperazione verticale*, in R.E. KOSTORIS (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, Torino, 2019, p. 235 ss.
- DE AMICIS G., *Gli approfondimenti della riforma Cartabia. Prime riflessioni sulla nuova “revisione europea”*, in www.giustiziainsieme.it, 20 febbraio 2023.
- DE GIOVANNI B., *La nullità nella logica del diritto*, Napoli, 1964.

- DE SALVIA M., *L'obbligo degli Stati di conformarsi alle decisioni della Corte europea e del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa*, in A. BALSAMO, R.E. KOSTORIS (a cura di), *Giurisprudenza europea e processo penale italiano. Nuovi scenari dopo il «caso Dorigo» e gli interventi della Corte costituzionale*, p. 67 ss.
- DEL COCO R., *La regressione degli atti nel processo penale*, Torino, 2020.
- DELMAS-MARTY M., *Le flou du droit: du Code pénal aux droits de l'homme*, Parigi, 1986.
- DI CHIARA G., *Le nullità*, in E. MARZADURI (coordinato da), *Atti del procedimento penale. Forma e struttura*, in M. CHIAVARIO, E. MARZADURI (diretto da), *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale*, 1996, p. 191 ss.
- DI GIOVINE O., *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell'interpretazione*, in *Dir. pen. cont.*, 2013, p. 179 ss.
- DI PALMA E.M.T., *Inesistenza giuridica: categoria estrema ma irrinunciabile*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 2424 ss.
- DI PAOLO G., *La sanatoria delle nullità nel processo penale*, Padova, 2012.
- DI PAOLO G., *Nullità processuali e sanatoria tra tassatività e tendenze antiformalistiche*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 246 ss.
- DI PAOLO G., *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia dell'UE: recenti novità sul fronte domestico e a livello europeo*, in *Cass. pen.*, 2016, 7/8, p. 3018 ss.
- DI PAOLO G., *“Riforma Cartabia” e digitalizzazione del processo penale. Verso una non più rinviabile opera di ammodernamento della giustizia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2022, p. 87 ss.
- DI PAOLO G., *Verso un processo penale telematico?*, in ID. (a cura di), *Trasformazioni della giustizia. Norme, organizzazione, tecnologie*, Trento, 2024.

- DIDDI A., *Davvero sanabile per “raggiungimento dello scopo” la nullità per irregolare notificazione della citazione?*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 1150 ss.
- DIDDI A., *Rapporto tra dichiarazione ed elezione di domicilio e sanatoria della nullità di notificazione*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 2545 ss.
- DINACCI F.R., *Il contraddittorio per la prova nel processo penale*, Padova, 2012.
- DOMINIONI O., *Nullità*, in E. AMODIO, O. DOMINIONI (diretto da), *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, II, Milano, 1989, p. 257 ss.
- DONINI M., *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, 2011.
- DONZELLI R., *Pregiudizio effettivo e nullità degli atti processuali*, Napoli, 2020.
- DWORKIN R., *I diritti presi sul serio*, Bologna, 2010.
- ESPOSITO C., *La validità delle leggi*, 1934, rist. 1964.
- FALZEA A., *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, Milano, 1965, p. 468 ss.
- FALZEA A., *Efficacia giuridica*, in *Ricerche di teoria generale e di dogmatica giuridica*, II, Milano, 1997, p. 34 ss.
- FERRAJOLI L., *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia, I. Teoria del diritto*, Roma-Bari, 2007.
- FERRUA P., *Il contraddittorio nella formazione della prova a dieci anni dalla sua costituzionalizzazione: il progressivo assestamento della regola e le insidie della giurisprudenza della Corte europea*, in *Arch. pen.*, 2008, p. 9 ss.
- FOIS S., *Legalità (principio di) (voce)*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1975, p. 684 ss.

- FONTI R., *L'inammissibilità degli atti processuali penali*, Padova, 2008.
- GALANTINI N., *Vizi degli atti processuali penali*, in *D. disc. pen.*, XV, Torino, 1999, p. 340 ss.
- GALANTINI N., *Considerazioni sul principio di legalità processuale*, in *Cass. pen.*, 1999, p. 1989 ss.
- GALANTINI N., *Nullità degli atti*, in *Dig. proc. pen. (online)*, Torino, 2013.
- GALATI A., *Il comportamento delle parti nel regime delle nullità processuali penali*, Milano, 1970.
- GALATI A., *Nullità (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, XXCIII, 1978, p. 909 ss.
- GALATI A., *Atti processuali penali*, in *D. disc. pen.*, Torino, 1987, p. 355 ss.
- GALGANI B., *Forme e garanzie nel prisma dell'innovazione tecnologica. Alla ricerca di un processo penale "virtuoso"*, Milano, 2022.
- GALGANI B., *Il processo penale telematico*, in *Dir. pen. e proc.*, 2023, p. 115 ss.
- GALLI G., *L'inammissibilità dell'atto processuale penale*, Milano, 1968.
- GARGANI A., *Verso una 'democrazia giudiziaria'? I poteri normativi del giudice tra principio di legalità e diritto europeo*, in *Criminalia*, 2011, p. 99 ss.
- GASPARE A., *Notifica atto di citazione: regime della deducibilità legato al concreto pregiudizio del diritto di difesa*, in *Dir. giust.*, 2016, p. 34 ss.
- GIALUZ M., DELLA TORRE J., *Giustizia per nessuno. L'inefficienza del sistema penale italiano tra crisi cronica e riforma Cartabia*, Torino, 2022.

- GIORDANO L., *Le conseguenze della mancata attivazione della videoconferenza con il detenuto*, in *IUS Processo telematico (online)*, 5 marzo 2012.
- GIOSTRA G., *Sul vizio di motivazione dell'ordinanza cautelare ovvero sul degrado della tecnica legislativa*, in *Cass. pen.*, 1995, 9, p. 2430 ss.
- GRASSETTI C., *Conservazione (principio di)*, in *Enc. dir.*, IX, 1961, p. 176 ss.
- GROSSI P., *La invenzione del diritto: a proposito della funzione dei giudici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, p. 842 ss.
- HELENIUS D., *Mutual recognition in criminal matters and the principle of proportionality: effective proportionality or proportionate effectiveness?*, in *New journal of European criminal law*, 2014, 5, p. 3.
- HIRSCH G., *Verso uno stato dei giudici? A proposito del rapporto tra giudice e legislatore nell'attuale momento storico*, in *Criminalia*, 2007, p. 107 ss.
- IACOVIELLO F.M., *Il quarto grado di giurisdizione: la Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 794 ss.
- IACOVIELLO F.M., *La cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, Milano, 2013.
- IANNONE C., *L'autonomia procedurale dei giudici nazionali nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in M. G. LATTANZI, M. MAUGERI, G. GRASSO, L. CALCAGNO, A. CIRIELLO, *Il diritto europeo e il giudice nazionale*, 2023, p. 25 ss.
- IASEVOLI C., *La nullità nel sistema processuale penale*, Padova, 2008.
- IRTI N., *Rilevanza giuridica*, in *Nss.D.I.*, Torino, 1968, p. 1094 ss.
- JAZZETTI A., PACINI M., *La disciplina degli atti nel nuovo processo penale*, Milano, 1993.

KELSEN H., *Teoria generale del diritto e dello stato*, Milano, 1963.

KLIP A., *Contra legem*, in *European journal of crime, criminal law and criminal justice*, 2014, p. 105 ss.

KLIP A., *European criminal law: an integrative approach*, Antwerp-Oxford-Portland, 2021, p. 67-68.

KOSTORIS R.E., *Verso un processo penale non più statocentrico*, in A. BALSAMO, R.E. KOSTORIS (a cura di), *Giurisprudenza europea e processo penale italiano. Nuovi scenari dopo il «caso Dorigo» e gli interventi della Corte costituzionale*, Torino, 2008, p. 3 ss.

KOSTORIS R.E., *Diversa qualificazione giuridica del fatto in Cassazione e obbligo di conformarsi alle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo: considerazioni sul caso Drassich*, in *Giur. it.*, 2009, p. 2514 ss.

KOSTORIS R.E., *La revisione del giudicato iniquo*, in *Leg. pen.*, 2011, p. 473 ss.

KOSTORIS R.E., *Processo penale, diritto europeo e nuovi paradigmi del pluralismo giuridico postmoderno*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1177 ss.

KOSTORIS R.E., *Equità, processo penale, diritto europeo. Riflessioni di un giurista di civil law*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 1653 ss.

KOSTORIS R.E., *La Corte costituzionale e il caso Taricco, tra tutela dei "controlimiti" e scontro tra paradigmi*, in *Dir. pen. contemp.*, 2017, 3, p. 207 ss.

KOSTORIS R.E., *Diritto europeo e giustizia penale*, in ID. (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, Milano, 2019.

KOSTORIS R.E., *Dal penale nazionale al penale transnazionale: le dinamiche del processo nell'intreccio tra un diritto per regole e un diritto per principi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2024, 1, p. 14 ss.

- LA ROCCA E.N., *La tassatività delle nullità negli itinerari mutevoli della giurisprudenza*, in *Arch. pen.*, 2017, p. 276 ss.
- LAVARINI B., *L'incidente di esecuzione a rimedio della pena e della condanna illegale: tra riforme "pretorie" e mancate riforme legislative*, in *Arch. pen.*, 2019, 3, p. 1 ss.
- LEO G., *L'abuso del processo nella giurisprudenza di legittimità (seconda parte)*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, p. 627 ss.
- LEONE G., *Trattato di diritto processuale penale*, Napoli, 1961.
- LEVI A., *Fatti e rapporti giuridici*, in *Saggi di teoria del diritto*, Bologna, 1924, p. 107 ss.
- LOMBARDI F., *L'udienza predibattimentale nella Riforma "Cartabia": uno schema operativo con alcuni spunti di riflessione*, in *Giur. pen.*, 2022, 12, p. 5 ss.
- LOMBARDO L., *Restituzione degli atti al p.m. disposta dal g.u.p. per indeterminatezza dell'imputazione*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 632 ss.
- LONATI S., *Richiesta per l'esecuzione delle sentenze di condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo: il nuovo art. 628-bis c.p.p.*, in www.sistemapenale.it, 27 aprile 2023.
- LONATI V.S., MELZI D'ERIL C., *Svolta on-line. Atti del processo da conservare come documento informatico*, in *I focus del Sole 24-Ore*, 12 ottobre 2022, 25, p. 14 ss.
- LOZZI G., *Sui tentativi di ampliare la possibilità di sanatoria delle nullità assolute*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1961, p. 897 ss.
- LOZZI G., *Atti processuali. II) Diritto processuale penale*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1995, p. 1 ss.
- LOZZI G., *Lezioni di procedura penale*, Torino, 2017.

- MACRILLÒ A., *Nullità derivante dalla mancata citazione all'imputato presso il domicilio eletto*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 715 ss.
- MAFFEO V., *Le contestazioni tardive e il giudizio abbreviato*, in *Giur. cost.*, 2010, p. 3597 ss.
- MANCINELLI R., *Inesistenza degli atti processuali penali*, in *Nss.D.I.*, VIII, Torino, 1957, p. 638 ss.
- MANCINELLI R., *Nullità degli atti processuali penali*, in *Nss.D.I.*, XI, Torino, 1965, p. 486 ss.
- MANES V., *La lunga marcia della Convenzione europea ed i "nuovi" vincoli per l'ordinamento (e per il giudice) penale interno*, in V. MANES, V. ZAGREBELSKY, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011.
- MANES V., *Prometeo alla Consulta: una lettura dei limiti costituzionali all'equiparazione tra "diritto giurisprudenziale" e "legge"*, in *Giur. cost.*, 2012, p. 3474 ss.
- MANES V., CAIANIELLO M., *Introduzione al diritto penale europeo*, Torino, 2020.
- MANGIARACINA A., *Alla ricerca di un nuovo statuto per l'imputato assente*, in *Sistema penale*, 1° dicembre 2022, p. 9 ss.
- MARABOTTO G., *Nullità nel processo penale*, in *D. disc. pen.*, VIII, Torino, 1994, p. 268 ss.
- MARAFIOTI L., *Riforme-zibaldone, legislazione "giurisprudenziale" e gestione della prassi processuale*, in *Proc. pen. giust.*, 2017, p. 553 ss.
- MARCOLINI S., *La prescrizione del reato tra diritto e processo: dal principio di legalità sostanziale a quello di legalità processuale*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 362 s.

- MARINELLI C., *La genericità o indeterminatezza dell'imputazione nella fase dell'udienza preliminare*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 2327 ss.
- MASSA C., *Atti processuali penali*, in *Enc. forense*, Milano, 1958, p. 571 ss.
- MATTEOTTI G., *Nullità assoluta della sentenza penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1917, p. 315 ss.
- MAZZA O., *Ordine europeo di indagine: la forma soccombe davanti alla sostanziale assenza di pregiudizio*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, 10, p. 1343 ss.
- MAZZA O., *La norma processuale penale nel tempo*, Milano, 1999.
- MAZZA O., *Il garantismo al tempo del giusto processo*, Milano, 2011.
- MAZZA O., *Il principio di legalità nel nuovo sistema penale liquido*, in *Giur. cost.*, 2012, p. 3464 ss.
- MAZZA O., *Il pregiudizio effettivo fra legalità processuale e discrezionalità del giudice*, in *Giust. pen.*, 2015, p. 698 ss.
- MAZZA O., *Scelte politiche "europee" e limiti costituzionali in tema di prescrizione del reato*, in *Arch. pen.*, 2015, p. 775 s.
- MAZZA O., *Cedu e diritto interno*, in A. GAITO (a cura di), *I principi europei del processo penale*, Roma, 2016, p. 3 ss.
- MAZZA O., *Legge e potere, l'irruzione delle corti sovranazionali*, in *Dir. pen. contemp.*, 2017, p. 1 ss.
- MAZZA O., *Le garanzie deboli nel relativismo della Corte di Strasburgo*, in ID., *Tradimenti di un Codice. La procedura penale a trent'anni dalla grande riforma*, Torino, 2020, p. 110.

- MELE V., *Nullità utili, nullità inutili*, in *Arch. pen.*, 1972, p. 320 ss.
- MERCONE M., *Sulla «avocazione per analogia» delle pseudo notizie di reato*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 933 ss.
- MESSINA S., *Sull'utilità della nozione di «fattispecie» nel diritto processuale penale*, in *Scritti giuridici in onore di Vincenzo Manzini*, Padova, 1954, p. 593 ss.
- MINELLA C., *Atto nativo digitale, primo step del fascicolo penale informatico*, in *Guida dir.*, 10 marzo 2023, p. 236 ss.
- MINELLA C., *Riesame scannerizzato e firmato digitalmente: nessuna inammissibilità*, in *IUS Processo telematico (online)*, 4 luglio 2023.
- MODUGNO F., *Validità (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993.
- MOSCARINI P., *Esigenze antiformalistiche e conseguimento dello scopo nel processo penale italiano*, Milano, 1988.
- NAPPI A., *Documentazione degli atti processuali*, in *D. disc. pen.*, IV, Torino, 1990, p. 163 ss.
- NASCIMBENE B., DE PASQUALE P., *Il diritto dell'unione. Il sistema giurisdizionale. La Corte di giustizia e il giudice nazionale*, in G. LATTANZI, M. MAUGERI, G. GRASSO, L. CALCAGNO, A. CIRIELLO (a cura di), *Il diritto dell'unione europea e il ruolo del giudice nazionale*, 2023, p. 3 ss.
- NAVONE G., *Instrumentum digitale. Teoria e disciplina del documento informatico*, Milano, 2012.
- NEGRI D., *Splendori e miserie della legalità processuale. Genealogie culturali, ethos delle fonti, dialettica tra le Corti*, in *Arch. pen.*, 2017, p. 421 ss.

NOBILI M., *Forme e valori duecento anni dopo*, in ID., *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova, 1998.

NOBILI M., *Principio di legalità, processo, diritto sostanziale*, in ID., *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova, 1998, p. 181 ss.

NOBILI M., *L'immoralità necessaria. Citazioni e percorsi nei modi della giustizia*, Bologna, 2009.

NOBILI M., *Torbide fonti e adorati errori*, in *Crit. dir.*, 2012, p. 151 ss.

NUZZO F., *I limiti oggettivi dell'appello incidentale*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 2313 ss.

OPOCHER E., *Valore (filosofia)*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, p. 111 ss.

ORLANDI R., *Abuso del diritto o diritto all'abuso?*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 3599 ss.

PADOVANI T., *A.D.R. sul c.d. abuso del processo*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 3605 ss.

PAGANI P., *Nullità (materia penale)*, in *D.I.*, XVI, Torino, 1905, p. 512 ss.

PALAZZO F., *L'abuso del processo e i suoi rimedi tra legalità processuale e legalità sostanziale*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 3609 ss.

PALAZZO F., *Considerazioni minime sulla prevedibilità della decisione giudiziale (tra miti, illusioni, pragmatismi)*, in *Cass. pen.*, 2022, 3, p. 941 ss.

PALIERO C.E., *The "Fluid law": rethinking Delma's Theory on the Dialectics of Sources in Criminal Law*, in *Dir. pen. contemp.*, 2014, p. 1099 ss.

PANNAIN R., *Le sanzioni degli atti processuali penali*, Napoli, 1933.

- PANZAVOLTA M., *Nullità degli atti processuali. II) Diritto processuale penale*, in *Enc. giur. Treccani*, XXI, Roma, 2005, p. 1 ss., consultato in estratto dal vol. XIV agg., Roma, 2006, p. 1 ss.
- PANZAVOLTA M., *Contributo allo studio dell'invalidità derivata nel processo penale*, Fano, 2012.
- PASCUCCI N., *Procedura passiva di consegna del mandato d'arresto europeo e traduzione degli atti: i chiarimenti della cassazione non fugano tutti i dubbi interpretativi*, in *Cass. pen.*, 2024, 4, p. 1250 ss.
- PAULESU P.P., «*Pregiudizio effettivo*» e nullità degli atti processuali penali, in *Riv. it. dir. proc.*, 2014, p. 882 ss.
- PELLINGRA B., *Le nullità nel processo penale. Teoria generale*, Milano, 1957.
- PETROCELLI B., *I vizi della volontà nel processo penale*, in ID., *Saggi di diritto penale*, Padova, 1952, p. 537 ss.
- PEYRON C., *Invalidità (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, XXII, 1972, p. 612 ss.
- PINO G., *L'abuso del diritto tra teoria e dogmatica (precauzioni per l'uso)*, in G. MANIACI (a cura di), *Eguaglianza, ragionevolezza e logica giuridica*, Milano 2006, p. 170 ss.
- PINO G., *Creatività dell'interpretazione giuridica?*, in *Lo Stato*, 2022, 18, p. 163 ss.
- PISTORELLI L., *Imputazione generica o indeterminata e poteri del giudice dell'udienza preliminare nell'interpretazione delle Sezioni Unite della Cassazione*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 2318 ss.
- POLI R., *Invalidità ed equipollenza degli atti processuali*, Torino, 2012.
- PRESSUTTI A., *Legalità e discrezionalità nella disciplina delle nullità processuali penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, p. 1178 ss.

- PULEIO G., *Significato autonomo delle parole*, in G. LATTANZI, M. MAUGERI, G. GRASSO, L. CALCAGNO, A. CIRIELLO (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il ruolo del giudice nazionale*, 2023, p. 99 ss.
- RAFARACI T., *Nullità (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, II agg., Torino, 1998, p. 597 ss.
- RAFARACI T. (a cura di), *La cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale nell'Unione europea dopo il trattato di Lisbona*, Milano, 2011.
- RAFARACI T., *Archiviazione e udienza preliminare nella riforma Cartabia*, in *Dir. pen. e proc.*, 2023, 1, p. 163 ss.
- RAPISARDA L., *Il nuovo art. 628-bis c.p.p.: l'ordinamento italiano dispone finalmente di un istituto per l'esecuzione de provvedimenti della Corte di Strasburgo*, in *www.giurisprudenzapenale.com*, 3 gennaio 2023.
- REPETTO G., *Vincolo al rispetto del diritto CEDU "consolidato": una proposta di adeguamento interpretativo*, in *Giur. cost.*, 2015, p. 411 ss.
- RIVELLO P.P., *La struttura, la documentazione e la traduzione degli atti*, in G. UBERTIS, G. P. VOENA (diretto da), *Trattato di procedura penale*, X.1, Milano, 1999.
- ROMANO TASSONE, A., *Contributo sul tema dell'irregolarità degli atti amministrativi*, Torino, 1993.
- ROSSI P., (a cura di), *Fine del diritto?*, Bologna, 2010.
- RUFFINI G., *Il processo telematico nel sistema del diritto processuale civile*, Milano, 2019.
- RUGGERI A., *Ultimatum della Consulta alla Corte di giustizia su Taricco, in una pronunzia che espone, ma non ancora oppone, i controlimiti (a margine di Corte cost. n. 24 del 2017)*, in A. BERNARDI, C. CUPELLI, *Il caso Taricco e il dialogo fra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, Napoli, 2017, p. 393 ss.

- RUGGIERO R.A., *Le conseguenze della indecifrabilità grafica della sentenza*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 2935 ss.
- RÜTHERS B., *Vincolo della legge o libera scelta del metodo? Ipotesi per una discussione*, in *Criminalia*, 2007, p. 121 ss.
- SACCUCCI A., *La riapertura del processo penale quale misura individuale per ottemperare alle sentenze della Corte Europea*, in A. BALSAMO, R.E. KOSTORIS (a cura di), *Giurisprudenza europea e processo penale italiano. Nuovi scenari dopo il «caso Dorigo» e gli interventi della Corte costituzionale*, Torino, 2008, p. 81 ss.
- SANTALUCIA G., *L'abnormità dell'atto processuale penale*, Padova, 2003.
- SANTALUCIA G., *La notificazione per mezzo del difensore di fiducia: ragioni ed ambito applicativo del nuovo strumento di semplificazione processuale*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 4014 ss.
- SANTALUCIA G., *Riflessioni sistematiche*, in A. MARANDOLA (a cura di), *Le invalidità processuali. Profili statici e dinamici*, Torino, 2015, p. 701 ss.
- SANTORIELLO C., *L'abuso del processo*, Pisa, 2018.
- SATTA S., *Recensione a G. Conso, Il concetto e le specie di invalidità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1956, p. 256 ss.
- SATTA S., *Sull'inesistenza degli atti processuali*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 1956, p. 337 ss.
- SCALISI V., *Inefficacia*, in *Enc. Dir.*, XXI, Milano, 1971, p. 322 ss.
- SCOCA F.G., *Contributo sul tema della fattispecie precettiva*, Perugia, 1979.
- SCOGNAMIGLIO R., *Fatto giuridico e fattispecie complessa*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1954, p. 333 ss.

- SICURELLA R., *Il Titolo VI del Trattato di Maastricht e il diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 1317 ss.
- SIGNORATO S., *Gestione dell'atto processuale nel dedalo del processo penale telematico*, in *Riv. dir. proc.*, 4, 2023, p. 1391 ss.
- SIRACUSANO D., GALATI A., TRANCHINA G., ZAPPALÀ E., *Diritto processuale penale*, Milano, 2018.
- SPAGNOLO P., *Il modello europeo delle garanzie minime e il regime delle invalidità: un binomio conciliabile?*, in A. MARANDOLA (a cura di), *Le invalidità processuali. Profili stativi e dinamici*, Milano, 2015, p. 25 ss.
- SPENCER J.R., *Il principio del mutuo riconoscimento*, in R.E. Kostoris (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, Torino, 2019, p. 341 ss.
- TANCREDI A., *Of direct effect, primacy and constitutional identities: Rome and Luxembourg enmeshed in the Taricco case*, in *Questions of International Law*, 31 marzo 2017.
- TODARO G., *Nuove contestazioni dibattimentali e giudizio abbreviato: una incostituzionalità attesa tra spinte antitetiche e dubbi persistenti*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 2527 ss.
- TOMMASINI R., *Invalidità (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, p. 583 ss.
- TONINI P., *Lineamenti di diritto processuale penale*, Milano, 2018.
- TONINI P., *Le nuove tecnologie e la riforma Cartabia*, in *Dir. pen. e proc.*, 2022, p. 295 ss.
- TRAPELLA F., *La rivoluzione digitale alla prova della riforma*, in *Arch. pen.*, 2022, p. 11 ss.

- UBERTIS G., *Titolo I. Disposizioni generali*, in E. AMODIO, O. DOMINIONI (diretto da), *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, II, Milano, 1989, p. 1 ss.
- UBERTIS G., *Documenti e oralità nel nuovo processo penale*, in M.C. BASSIOUNI, A.R. LATAGLIATA, A.M. STILE (a cura di), *Studi in onore di Giuliano Vassalli. Evoluzione e riforma del diritto e della procedura penale*, II, Milano, 1991, p. 297 ss.
- UBERTIS G., *L'adeguamento italiano alle condanne europee per violazione dell'equità processuale*, in A. BALSAMO, R.E. KOSTORIS (a cura di), in *Giurisprudenza europea e processo penale italiano. Nuovi scenari dopo il «caso Dorigo» e gli interventi della Corte costituzionale*, Torino, 2008, p. 99 ss.
- UBERTIS G., *Corte europea dei diritti dell'uomo e «processo equo»: riflessi sul processo penale italiano*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 33 ss.
- UBERTIS G., *Principi di procedura penale europea. Le regole del giusto processo*, Milano, 2009.
- UBERTIS G., *Sistema multilivello dei diritti fondamentali e prospettiva abolizionista del processo contumaciale*, in *Giur. cost.*, 2009, p. 4747 ss.
- UBERTIS G., *La Corte di Strasburgo quale garante del giusto processo*, in *Dir. pen. proc. pen.*, 2010, p. 371 ss.
- UBERTIS G., *Ancora sull'efficacia della giurisprudenza di Strasburgo*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, p. 863 ss.
- UBERTIS G., *L'autonomia linguistica della Corte di Strasburgo*, in *Arch. pen.*, 2012, p. 21 ss.
- UBERTIS G., *La “rivoluzione d'ottobre” della Corte costituzionale e alcune discutibili reazioni*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 19 ss.

- UBERTIS G., *La revisione successiva a condanne della Corte di Strasburgo*, in *Giur. cost.*, 2011, p. 1542, oggi anche in ID., *Argomenti di procedura penale*, Milano, 2016, p. 20 ss.
- UBERTIS G., *La tutela dei diritti dell'uomo davanti alla Corte di Strasburgo*, in G. UBERTIS, F. VIGANÒ (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Torino, 2016, p. 1 ss.
- UBERTIS G., *Conformarsi alle condanne europee per violazione dell'equità processuale: doveroso e già possibile*, in *Corr. merito*, 2017, p. 595 ss.
- UBERTIS G., *Equità e proporzionalità versus legalità processuale: eterogenesi dei fini?*, in *Arch. pen.*, 2017, p. 389 ss.
- UBERTIS G., *Sistema di procedura penale, I, Principi generali*, Milano, 2017.
- UBERTIS G., *Atti*, in UBERTIS G. (a cura di), *Sistema di procedura penale, II, Persone, strumenti, riti*, Milano, 2020, p. 151 ss.
- UBERTIS G., *Invalidità*, in UBERTIS G. (a cura di), *Sistema di procedura penale. II. Persone, strumenti, riti*, Milano, 2020, p. 211 ss.
- VALENTINI C., *Imputazione e giudice dell'udienza preliminare*, in *Giur. it.*, 2002, p. 440 ss.
- VALENTINI C., *Contro l'invenzione del diritto: piccolo elogio della legalità processuale, ricordando Pietro Calamandrei*, in *Arch. pen.*, 2018, 2, p. 28 ss.
- VANNINI O., *Nullità degli atti di procedura (Diritto processuale penale)*, in *N.D.I.*, VII, Torino, 1939, p. 1170 ss.
- VARRASO G., *Omessa o insufficiente descrizione dell'imputazione, nullità della vocatio in iudicium e autorità competente alla rinnovazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 333 ss.

- VARRASO G., *Gli atti*, in A.A V.V., *Procedura penale*, Torino, 2019, p. 187 ss.
- VERGINE F., *La conservazione dell'atto processuale penale*, Milano, 2017.
- VESSICHELLI M., *Sul regime delle nullità della notificazione all'imputato dell'atto di citazione*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 1157 ss.
- VIGANÒ F., *L'impatto della Cedu e dei suoi protocolli sul sistema penale italiano*, in G. UBERTIS, F. VIGANÒ (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Torino, 2016, p. 13 ss.
- VIGNERA G., *Le garanzie costituzionali del processo civile alla luce del "nuovo" art. 111 cost.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, p. 1188.
- VILLECCO A., *Il processo civile telematico*, Milano, 2011.
- VIOLA F., ZACCARIA G., *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Bari-Roma, 1999.
- VOENA G.P., *Commento agli articoli 109-186 c.p.p. (Atti)*, in G. CONSO, V. GREVI, *Profili del nuovo codice di procedura penale*, Padova, 1996, p. 171 ss.
- VOENA G.P., *Atti*, in M. BARGIS (a cura di), *Compendio di procedura penale*, Milano, 2020, p. 145 ss.
- WEYEMBERGH A., *Storia della cooperazione*, in R.E. Kostoris (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, Torino, 2019, p. 207 ss.
- ZITELMANN E., *Irrtum und Rechtsgeschäft*, Leipzig, 1897.