

SEMINARIO GIURIDICO
DELLA UNIVERSITÀ DI BOLOGNA
CCLX

MICHELE CAIANIELLO

PREMESSE PER UNA
TEORIA DEL PREGIUDIZIO
EFFETTIVO NELLE
INVALIDITÀ PROCESSUALI
PENALI



Bononia University Press

Bononia University Press
Via Farini 37, 40124 Bologna
tel. (+39) 051 232 882
fax (+39) 051 221 019

www.buonline.com
e-mail: info@buonline.com

© 2012 Bononia University Press
Tutti i diritti riservati

ISBN 978-88-7395-763-8

Impaginazione: Lucia Bottegaro

Stampa: Editografica - Rastignano (BO)

Prima edizione: ottobre 2012

S E M I N A R I O G I U R I D I C O
D E L L A U N I V E R S I T À D I B O L O G N A

Per la presente monografia la Giunta di Dipartimento ha nominato la seguente Commissione di lettura:

Prof. Giulio Illuminati (Alma Mater Studiorum – Università di Bologna)
Prof. Francesco Caprioli (Alma Mater Studiorum – Università di Bologna)
Prof.ssa Désirée Fondaroli (Alma Mater Studiorum – Università di Bologna)

La presente monografia è stata sottoposta a una procedura di valutazione anonima.

Referees esterni per il Settore Scientifico Disciplinare IUS/16 Diritto processuale penale:

Prof. Massimo Ceresa Gastaldo (Università Bocconi, Milano)
Prof.ssa Claudia Cesari (Università di Macerata)
Prof. Glauco Giostra (Università La Sapienza, Roma)
Prof. Roberto Kostoris (Università di Padova)
Prof. Oliviero Mazza (Università di Milano Bicocca)
Prof. Giovanni Paolo Voena (Università di Torino)

alla mia splendida famiglia

Of course all life is a process of breaking down, but the blows that do the dramatic side of the work – the big sudden blows that come, or seem to come, from outside – the ones you remember and blame things on and, in moments of weakness, tell your friends about, don't show their effect all at once. There is another sort of blow that comes from within – that you don't feel until it's too late to do anything about it, until you realize with finality that in some regard you will never be as good a man again. The first sort of breakage seems to happen quick – the second kind happens almost without your knowing it but is realized suddenly indeed.

Va bene che la vita è tutta un processo di disgregamento, ma i colpi di portata micidiale – i colpacci improvvisi che arrivano, o che sembrano arrivare, dall'esterno e che confesserai agli amici nei momenti di debolezza – quelli lasciano sempre qualche strascico. C'è un altro genere di colpi che arriva dall'interno, che avverti solo quando è troppo tardi per correre ai ripari, quando prendi coscienza senza appello che per certi aspetti non sarai più quello di un tempo. Il primo tipo di incrinatura sembra prodursi in fretta; il secondo si produce quasi a tua insaputa ma, d'un tratto, ne hai piena coscienza.

(F. Scott Fitzgerald, *The Crack Up*, 1936, Esquire Inc., trad. it. a cura di O. Fatica, *Il crollo*, Adelphi, 2010).

INTRODUZIONE

Scopo di questo studio è esaminare e sottoporre a critica, possibilmente costruttiva, il metodo con cui verificare ed applicare le invalidità nel processo penale.

Il sistema delle invalidità, in qualunque meccanismo processuale, rappresenta uno snodo fondamentale, dal momento che esso segna in concreto quali siano, delle tante contenute in un codice di procedura, le disposizioni inderogabili, e dunque quelle considerate qualificanti per il legislatore. In altre parole, l'invalidità – il concetto di invalidità e il suo operare nel sistema processuale – rivela un aspetto fondante della natura stessa di quel sistema. Aspetto che, ove non si esaminassero i casi, il modo di operare, le tecniche di redazione delle fattispecie istitutive dei vizi degli atti, rimarrebbe sempre celato, non potendo essere ricavato altrimenti¹.

Basta una semplice ipotesi *a contrario* per confermare l'asserzione. Senza alcuna previsione di invalidità, si stenterebbe a cogliere la natura giuridica del sistema processuale nel suo complesso. Esso apparirebbe come un insieme di buone prassi, di suggerimenti (auspicabilmente) saggi concepiti per l'operatore chiamato a celebrare la procedura nel caso singolo. Suggerimenti e buone prassi che po-

¹ F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Del giudizio criminale*, nella edizione curata da Massimo Nobile, Bologna, Il Mulino, 2004, p. 89: «ricordando quella gran verità insegnata da Montesquieu: *le forme nei giudizi civili sono sempre troppe, nei giudizi penali sono sempre poche*» (corsivi nel testo).

trebbero, a discrezione dell'interprete, essere agevolmente ignorate, se considerato opportuno.

La riflessione tocca un aspetto più delicato di quanto non sembri: fuori dal sistema propriamente italiano – ma sempre nell'ambito di ordinamenti capaci, come si vedrà, di incidere in maniera determinante su di esso – è dato spesso di imbattersi in approcci alle norme di procedura simili a quelli evocati a mo' di paradosso. Esse, per l'appunto, sono viste alla stregua di buone prassi, consigliate ai pratici, ma non rigidamente vincolanti. Quali e quante conseguenze produrrà la loro trasgressione è questione completamente separata dall'osservanza dei precetti indicati, e verrà stabilito *a posteriori*, con percorsi e ragionamenti giuridici *ad hoc*. Per intenderci, è questo il metodo che a prima vista sembra emergere in certe decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo²; e ancora, è questo l'approccio che pare ispirare il legislatore della Unione europea nell'introdurre nuove direttive in materia di "diritti" processuali dei partecipanti (indagato/imputato; vittima; soggetti a vario titolo vulnerabili, etc.)³. In altre parole, in tali contesti si tende in via prevalente ad indicare delle linee guida, cui si consiglia – a tutti gli operatori dell'ordinamento transnazionale, UE o C.e.d.u. che sia – di attenersi.

Se prendiamo in particolare in considerazione le nuove fonti dell'Unione europea nel diritto processuale penale⁴, è facile notare come esse siano *ab origine* state concepite proprio a partire dalle buone prassi. Prima di presentare una proposta normativa (dopo Lisbona, di direttiva), infatti, la Commissione europea, in maniera costante, ha provveduto a finanziare studi comparatistici sulla pratica seguita dai rispettivi ordinamenti nel campo oggetto di attenzione (diritto all'interprete e alla traduzione; avvertimenti al sottoposto ad indagini prima di procedere, etc.). È bene notare come in tali ricerche, promosse dalle istituzioni europee, l'attenzione sia sempre stata chiaramente e volutamente sbilanciata sul dato prasseologico piuttosto che su quello normativo⁵. In altre parole, si è partiti da una

² Per un esame più a fondo del tema, si rinvia al Capitolo IV, § 2.

³ Sul tema cfr. *infra*, Cap. IV, § 3 *d.*

⁴ Sul tema di tornerà approfonditamente *infra*, Cap. IV.

⁵ Esempi di tale modo di procedere sono le seguenti ricerche, che si pongono alla base di alcune iniziative normative adottate, o in via di adozione, da parte

domanda molto semplice – che cosa fanno in concreto i Paesi membri dell’Unione, in un determinato settore della procedura: da simile indagine empirica si è arrivati a elaborare una proposta di direttiva, anch’essa caratterizzata da un approccio pragmatico – come si consiglia di agire agli operatori del processo in un determinato settore del sistema. Ma qual è l’aspetto propriamente giuridico? Quali, cioè, le conseguenze, ove il “consiglio” non sia seguito? Le fonti quasi sempre tacciono sul punto, probabilmente cogliendo che proprio la conseguenza in caso di trasgressione rappresenta il tratto qualificante, e per questo più delicato, dell’intera normativa introdotta.

La digressione nel campo sopranazionale, campo che affiancherà costantemente il presente studio, serve a chiarire come l’affermazione della natura fondante delle invalidità, benché ovvia per lo studioso italiano, sia scelta non neutrale, e non scontata, se vista da un punto d’osservazione esterno. Occorre ricordare come la procedura rappresenti quell’insieme di regole che limitano il potere dell’autorità nel rapporto con l’individuo: e come la materia delle invalidità costituisca, di tale rapporto tra autorità e libertà, uno dei punti centrali (e forse il più importante). L’invalidità segna il limite, oltrepassato il quale il sistema rinuncia all’esercizio del proprio potere di accertamento e, ove necessario, punitivo, in vista di valori più alti, che debbono essere rispettati. In definitiva, la caratterizzazione dei vizi degli atti a rendere la procedura materia giuridica, in senso stretto⁶.

delle istituzioni UE: T. SPRONKEN, G. VERMEULEN, D. DE VOCHT, L. VAN PUYENBROECH, *EU Procedural Rights in Criminal Proceedings*, Maklu, Antwerp-Apeldoorn-Portland, 2009, p. 22-24 (ove si specifica la metodologia seguita); T. SPRONKEN, *An EU-Wide Letter of Rights. Towards Best Practice*, Intersentia, Antwerp-Cambridge-Portland, 2010, p. 7-9; E. CAPE, Z. NAMORAZDE, R. SMITH, T. SPRONKEN, *Effective Criminal Defence in Europe*, Intersentia, Antwerp-Cambridge-Portland, 2010, p. 17-19.

⁶ Per citare solo alcuni dei contributi più rilevanti in tal senso, cfr. G. CONSO, *Il concetto e le specie di invalidità. Introduzione alla teoria dei vizi degli atti processuali penali*, Milano, Giuffrè, 1955, p. 5-10. Giova in particolare riportare il seguente passaggio: «A questo punto si può genericamente osservare che in ogni ordinamento vi sono regole che danno luogo ad una qualificazione in termini di validità o invalidità, ma, poiché non tutte le regole dell’ordinamento statutale e non tutte le regole degli ordinamenti non statuali danno luogo a tali qualifiche, la parte più delicata dell’indagine sta proprio nell’identificarle». Ancora, ID., *I fatti giuridici processuali penali. Perfezione ed efficacia*, Milano, Giuffrè, 1955, p. 111: «[...]dato il disposto dell’art. 184 c.p.p., secondo cui la nullità si verifica soltanto se espressa-

Nell'ambito delle invalidità, il presente lavoro si concentrerà sul tema del pregiudizio effettivo, ovvero – se lo si vuole definire specularmente – del vizio innocuo, per verificare se e come sia possibile adottare, nel sistema italiano, un simile parametro quando occorra stabilire se un atto processuale sia invalido. L'obiettivo che ci si propone di perseguire, vale la pena di sottolinearlo, non è quello di esaminare le forme di invalidità degli atti processuali penali: non si intende svolgere una analisi approfondita ed esaustiva della nullità, della inammissibilità, della inutilizzabilità o delle ipotesi non scritte ma ricavate in via interpretativa dal sistema (inesistenza e abnormità⁷). Le nozioni specifiche afferenti a ciascuno degli istituti menzionati verranno date per scontate (salvo, ovviamente, richiamarle in tutto o in parte ove necessario per la trattazione). Quel che ci si propone, in sostanza, è di appurare se e come sia ipotizzabile l'adozione di un diverso metodo – o l'integrazione di quello sinora usato – per la rilevazione del vizio. In definitiva, se sia accettabile sul piano teorico (e realizzabile su quello concreto), un approccio orientato alla verifica dell'offensività, in modo da conciliare la tradizione dogmatica elaborata dalla dottrina con i nuovi scenari nei quali la procedura penale appare inserita: scenari che spesso implicano modelli, sistemi di ragionamento e approcci distanti da quelli che fanno parte della nostra tradizione culturale.

mente comminata dalla legge, si può dire che sono proprio le norme che prevedono le cause di nullità (e, analogamente, le norme che prevedono le cause di inammissibilità) ad assumere un *ruolo decisivo* nella determinazione degli elementi formali degli atti processuali penali: tutto ciò che si richiede perché non abbia luogo la nullità o l'inammissibilità è *senza dubbio elemento dell'atto*, mentre non può considerarsi senz'altro elemento dell'atto tutto ciò che è indicato nella disposizione che definisce l'atto. A meno che si tratti di un elemento la cui mancanza determini addirittura l'inesistenza dell'atto processuale penale» (corsivi nostri). Sul significato e sulla funzione delle forme nel processo penale v. F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, cit. *supra*, nota 1; F. CORDERO, *Nullità, sanatorie, vizi innocui*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1961, p. 703, il quale osserva come, cadendo il concetto di perfezione dell'atto rispetto alla fattispecie verrebbe di fatto meno il presupposto di ogni valutazione giuridica. Ancora, M. PANZAVOLTA, voce *Nullità. II) Dir. proc. pen.*, in *Enc. Giur. Treccani*, Agg. 2005, Roma, p. 2; ID., voce *Nullità*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Milano, Giuffrè, 2006, p. 3830; T. RAFARACI, voce *Nullità (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Agg. II, Milano, Giuffrè, 1998, p. 599.

⁷ Sulla natura di invalidità della abnormità, nata originariamente soltanto come eccezione al principio di tassatività delle impugnazioni, si rinvia *infra*, Cap. II § 7.

CAPITOLO I

COMPATIBILITÀ DEL SISTEMA ITALIANO CON UN APPROCCIO SOSTANZIALISTICO ALLA MATERIA DELLE INVALIDITÀ

SOMMARIO: 1. Brevi considerazioni sulla teoria dell'invalidità nel processo penale. – 2. Una inevitabile (e scontata) conseguenza. L'inapplicabilità, nella via italiana alle invalidità, del criterio del pregiudizio effettivo. – 3. Ragioni alla base della tradizionale teoria della invalidità. – 4. La difficoltà crescente per la teoria tradizionale di rappresentare in maniera effettiva il fenomeno delle invalidità nella realtà odierna. – 5. I punti di contatto e le divergenze tra la materia trattata e la teoria dell'abuso del processo. – 6. *Leading Cases*.

1. *Brevi considerazioni sulla teoria dell'invalidità nel processo penale*

Uno sguardo ai contributi dottrinari istituzionali in materia di invalidità nel processo penale sembra confermare il dominio, in tale campo, del principio di legalità-tassatività. Ove si tratti di decidere della validità di un atto processuale, nessuno spazio parrebbe ammesso per giudizi empirici, bilanciamenti di valore, e riferimenti alla peculiarità intrinseca del caso concreto. Ciò che l'interprete sembra autorizzato a compiere è soltanto la tradizionale opera di sussunzione. Si deve cioè esaminare la premessa maggiore (la disposizione legislativa), e confrontarla con quella minore (il fatto: che nella materia trattata corrisponde all'atto processuale compiuto¹): e da ciò

¹ Così anche O. MAZZA, *La norma processuale penale nel tempo*, Milano, Giuffrè, 1999, p. 12-13.

trarre le debite conclusioni, vale a dire decidere se l'atto posto in essere sia da considerare valido.

Prendendo le mosse dalla teoria della invalidità, si osserva come, in linea di principio, la perfezione sia raggiunta soltanto con la completa osservanza di ogni previsione normativa dettata per il compimento dell'atto. Per converso, l'imperfezione entra in gioco a fronte di una qualsivoglia trasgressione del dettato legislativo². In altre parole, ogni difformità tra la fattispecie astratta e la sua realizzazione concreta costituisce un'imperfezione³. Per dirla altrimenti, sarebbe imperfetto, e dunque dovrebbe considerarsi in linea di principio invalido ogni atto non corrispondente integralmente alla fattispecie dettata dalla legge⁴. Come si è osservato, «il valore della legalità

² Si veda in tal senso T. RAFARACI, voce *Nullità (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Agg. II, Milano, Giuffrè, 1998, p. 597: «figura, quest'ultima [l'invalidità], diagnosticabile quando l'atto non si conformi al modello legale per esso stabilito dal legislatore, cosicché debba dirsi imperfetto rispetto a tale modello». L'Autore descrive in maniera sintetica ed efficace la lezione dei maestri che elaborarono la teoria della invalidità a cavallo tra gli anni '50 e '60. V. per tutti, G. CONSO, *Il concetto e le specie di invalidità. Introduzione alla teoria dei vizi degli atti processuali penali*, Milano, Giuffrè, 1955, p. 19: «Si ha imperfezione di un fatto giuridico [...] in mancanza di un suo qualunque elemento. Dalla necessità di tutti gli elementi che compongono lo schema giuridico discende che lo schema non risulta integrato quando, in un caso concreto, ne manchi anche uno soltanto». Cfr., ancora, O. MAZZA, *La norma processuale penale nel tempo*, cit., p. 18; M. PANZAVOLTA, voce *Nullità. II) Dir. proc. pen.*, in *Enc. Giur. Treccani*, Agg. 2005, Roma, p. 2. Si rimanda alla voce di Panzavolta per un'ampia citazione bibliografica sul tema. Nello stesso senso, pur con un approccio più problematico alla materia (che verrà richiamato in seguito), C. IASEVOLI, *La nullità nel sistema processuale penale*, Padova, Cedam, 2008, p. 117.

³ In tal senso N. GALANTINI, voce *Vizi degli atti processuali*, in *Dig. pen.*, Torino, Utet, 1999, vol. XV, pp. 341-342; C. PEYRON, voce *Invalidità. d) Diritto processuale penale*, in *Enc. dir.*, vol. XXII, Milano, Giuffrè, 1972, pp. 612-613.

⁴ G. CONSO, *Il concetto e le specie di invalidità*, cit., p. 19; F. CORDERO, *Codice di procedura penale*, Utet, Torino, 1992, p. 204: «È assioma che gli atti efficaci siano perfetti: e appare tale l'atto conforme al modello normativo; inefficaci i difformi»; ID., *Nullità, sanatorie, vizi innocui*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1961, pp. 703-705; G. LOZZI, voce *Atti processuali. II Diritto processuale penale*, in *Enc. Giur. Trecc.*, 1995, p. 7: «L'evento in senso giuridico integra [...] un requisito che si aggiunge a quelli del legislatore, mentre l'inesistenza del pregiudizio effettivo costituirebbe nella fattispecie processualistica un requisito sostitutivo di altri previsti a pena di nullità».

Si vedano ancora nello stesso senso, con diverse sfumature (ma non molto), C. PEYRON, voce *Invalidità* cit. 2, pp. 612-613. Quanto ai manuali, la cui consultazione è di estremo rilievo, proprio perché rappresenta la principale forma di divulgazione della teoria degli atti processuali elaborata dalla dottrina, cfr., senza pretesa di completezza (bensì a titolo esemplificativo), G. P. VOENA, *Atti*, in G. CONSO, V. GREVI (a

present[a] un grado di resistenza così rilevante da non poter essere soppresso»⁵. Certo, si aggiunge che, in concreto, il legislatore ha cercato di contemperare le ragioni di economia processuale con quelle della concezione pura della materia delle invalidità: ed è per questo che, per motivi riconducibili al principio di conservazione degli atti imperfetti, anche l'atto non conforme al suo modello legale può risultare efficace, se non è espressamente definito come invalido⁶. In questo senso, si è acutamente rappresentata l'invalidità come misura della imperfezione in termini di efficacia⁷. In sostanza, per evitare il collasso del sistema, il legislatore ha previsto ipotesi d'inefficacia degli atti per casi d'imperfezione ritenuti particolarmente gravi, salvando le ipotesi meno serie da conseguenze invalidanti.

Simile ricostruzione, come si vede, non intacca la tesi della imperfezione quale difformità, anche minima, dal tipo legale (in quanto tale meritevole in linea astratta di non produrre effetti); in questo senso, le forme di invalidità quale insieme più ristretto del più ampio *genus* dell'imperfezione rappresentano un'eccezione alla teoria generale o, se si vuole, una forma di compromesso dovuto a ragioni economiche, tollerabile ma certo non in grado di mettere in discussione la regola generale: «Si tratta di ragioni di ordine pratico, o meglio di opportunità, quasi sempre ispirate a principi dell'economia e della certezza giuridica. Se anche la più piccola divergenza dalle norme che dispongono in merito ai requisiti di un fatto giuridico dovesse precludere ogni

cura di), *Compendio di procedura penale*, Padova, Cedam, 2010, p. 270; D. SIRACUSANO, A. GALATI, G. TRANCHINA, E. ZAPPALÀ, *Diritto processuale penale*, Milano, Giuffrè, 2011, vol. I, pp. 255, 304-306; G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, Torino, Giappichelli, 2010, pp. 158-159; G. DEAN, *Gli atti*, in AA.VV., *Procedura penale*, Torino, Giappichelli, 2010, pp. 210-211; P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano, Giuffrè, 2011, pp. 185-186. Ancora, si veda, per un compendio delle diverse descrizioni in materia (tutte ricalcanti il medesimo andamento argomentativo), P. P. PAULESU, sub *Artt. 177-186*, in G. CONSO, V. GREVI (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura penale*, Padova, Cedam, 2005, p. 482.

⁵ A. PRESUTTI, *Legalità e discrezionalità nella disciplina delle nullità processuali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, p. 1209.

⁶ Cfr. T. RAFARACI, voce *Nullità (dir. proc. pen.)*, cit., pp. 597-598; M. PANZAVOLTA, voce *Nullità. II) Dir. proc. pen.*, cit., pp. 2-3.

⁷ M. PANZAVOLTA, voce *Nullità. II) Dir. proc. pen.*, cit., p. 2; C. PEYRON, voce *Invalidità*, cit., p. 613; U. DINACCI, *Prospettive sistematiche del processo penale*, 2^a ed., Padova, Cedam, 1978, p. 219; C. MANCINELLI, *Nullità degli atti processuali penali*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, Utet, 1965, Vol. XI, p. 490.

rilevanza nella stessa direzione in cui questo è orientato, troppi sarebbero i fatti inutilizzabili sul piano giuridico[...], con la conseguenza di creare soprattutto due inconvenienti: da un lato costringere alla ripetizione del fatto chi volesse ugualmente raggiungere quel certo effetto; dall'altro sottoporre le vicende dei rapporti giuridici ad uno stato di generale e di perenne incertezza [...]. Ciò spiega perché nel processo le esigenze di economia e di speditezza si facciano sentire in maniera particolarmente intensa, al punto che è proprio nel campo del diritto processuale che si riscontrano le più estese eccezioni al principio di irrilevanza dei fatti imperfetti»⁸.

Ci troviamo, in sostanza, di fronte a un sistema impregnato sino alla radice dal principio di legalità e tassatività. Prima ancora che permeare la teoria della invalidità, esso connota quella degli atti processuali penali in senso generale. In tale ambito sarebbe preclusa qualsivoglia scelta discrezionale da parte dell'operatore, essendo ogni componente del prodotto giuridico processuale dettato dalla legge: troppo alti i valori in gioco per rimetterli alla ponderazione del singolo nella vicenda specifica⁹. La postulazione senza compromessi della legalità è particolarmente evidente nel settore del diritto delle prove, che per le inevitabili caratteristiche intrinseche ci si aspetterebbe più facilmente condizionato da fattori legati al caso concreto. Non che simili condizionamenti non sussistano nella prassi – al contrario, come vedremo, essi sono copiosi; soltanto che vengono tendenzialmente rifiutati in sede di elaborazione teorica, con qualche eccezione negli studi più recenti: in questa ottica, secondo una ricostruzione autorevole, le conseguenze derivanti dall'uso di una prova vietata dovrebbero condurre, sempre e comunque, all'an-

⁸ G. CONSO, *Il concetto e le specie di invalidità*, cit., p. 24-25.

⁹ Si veda innanzi tutto G. LOZZI, voce *Atti processuali. II) Diritto processuale penale*, cit., p. 7, per il quale «Va da sé che nel processo penale 'gli atti a forma vincolata sono la regola'». V, ancora, M. PANZAVOLTA, voce *Nullità. II) Dir. proc. pen.*, cit., p. 2, che osserva: «Nel processo penale, infatti, la veste degli atti è vincolata, mentre è esclusa la libertà delle forme. Sono troppo importanti gli interessi coinvolti per affidare alle parti e alla discrezionalità del giudice la scelta degli elementi dell'atto: il sistema penale è, almeno di regola, un sistema a fattispecie chiuse, completamente delineate dalla legge. [...] Dal confronto tra un atto concreto e la fattispecie emerge [...] il concetto di perfezione: lo integra l'atto che possiede tutti gli elementi della fattispecie, ossia necessari alla produzione dell'effetto giuridico (efficacia)».

nullamento dell'atto giudiziale che se ne sia avvalso (magari anche solo in misura limitata), senza alcuna possibilità per il giudice di verificare in concreto il pregiudizio effettivo arrecato alle parti¹⁰. Certo, l'impostazione sinteticamente richiamata è notoriamente controversa in dottrina¹¹; del pari, è rifiutata dal diritto giurisprudenziale, che preferisce applicare, per orientamento consolidato, il ben noto criterio della c.d. "prova di resistenza"¹². È tuttavia indicativo come essa paia rappresentare l'acme di un percorso teso a depurare sempre più anche il settore in questione – quello in teoria più sensibile al fatto storico e allo sviluppo processuale specifico verificatosi – da valutazioni pragmatico-sostanzialiste, fondate su ciò che in concreto avrebbe effettivamente avuto peso. Si tende, al contrario, a trasformare il vizio in esame – l'inutilizzabilità – in uno strumento "puro", per usare una espressione kelseniana¹³, vale a dire esclusivamente regolato dalla legge. In via incidentale, vale la pena ricordare come

¹⁰ Così N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Padova, Cedam, 1992, p. 265 e s.

¹¹ Si veda l'efficace ricostruzione operata da M. DANIELE, *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*, Torino, Giappichelli, 2009, in particolare alle pp. 184-188. Secondo l'Autore, l'uso di una prova che si sarebbe dovuta escludere comporta l'annullamento del provvedimento che la fa propria ove ogni volta che la prova risulti indispensabile per la decisione del caso. Sul punto si veda anche quanto osservato *infra*, Cap. III, § 3.

¹² Si vedano, tra le molte, Cass., Sez. VI, 22 febbraio 2005, n. 10094, in C.e.d. n. 231832; Sez. II, 18 ottobre 2005, n. 40381, Formoso e al., *ivi*, n. 235303; Sez. V, 15 luglio 2008, n. 37694, Rizzo, *ivi*, n. 241299. Si rinvia, ancora, *infra*, Cap. III, § 3.

¹³ Con il richiamo si intende fare riferimento alla teoria del Maestro per il quale il diritto valido è soltanto quello effettivamente esistente: con questo aggettivo suole intendersi, nella visione di Kelsen, la norma posta nell'osservanza di disposizioni superiori che disciplinano l'attività normativa dello Stato (in questa ottica, in altre parole, la validità di una norma discende da un'altra norma superiore: in tal modo bisogna rintracciare la validità degli atti giuridici attraverso una gerarchia di norme). Contrapposto a questa ricostruzione risulta chi sostenga che, in un'accezione più pragmatica, per validità del diritto si intende la sua effettività: in simile accezione è valido soltanto il diritto effettivamente applicato all'interno di un ordinamento giuridico (e dunque in questa concezione non è tale una norma che, sebbene approvata in conformità alle regole poste dal sistema, non sia poi effettivamente attuata dalle corti). Per la prima concezione, di carattere puramente formale, cfr. H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 1968, p. 241 (titolo originario *Reine rechtslehre*, Leipzig-Wien, 1933). Per la seconda, si veda A. ROSS, *Diritto e giustizia*, Torino, Einaudi, 1990 (orig. *On Law and Justice*, Steven and Sons Ltd., London, 1958), pp. 29-38, 62-68.

le elaborazioni teoriche da cui si partì, nella vigenza del codice del 1930, per arrivare al volto attuale della inutilizzabilità, prospettavano modelli meno rigorosi sul punto, consentendo al giudice di verificare a quale risultato in pratica avesse condotto l'uso di una prova viziata (all'epoca, nella generalità dei casi, della prova nulla)¹⁴. In sostanza, la logica della legalità-tassatività e dell'approccio formale nell'attività di verifica dell'esistenza di un vizio processuale pare connotare l'intero sistema, con un movimento andato progressivamente irrigidendosi. Esso tocca l'*an* della invalidità, vale a dire la fase in cui si deve stabilire se una imperfezione sussista; e coinvolge il *sequitur*, cioè le conseguenze derivanti dall'uso dell'atto viziato.

Corollario inevitabile di simile approccio, in cui la spinta verso la legalità pura risulta così forte, è che, pur dove la legge non prende una posizione chiara, il principio di legalità stretta è ricavato dal sistema: è il caso della inammissibilità, la cui tassatività è predicata testualmente nel codice solo in materia di impugnazioni, ma è considerata alla stregua di un carattere generale e imprescindibile di quel vizio dalla dottrina (con non pochi problemi sul piano della sua attuazione in concreto)¹⁵.

Le due teorie si fondano, inevitabilmente, su presupposti differenti: quella kelseniana poggia tutto il sistema sull'esistenza di una norma giuridica fondamentale (*Grundnorm*), puramente pensata, la cui sola funzione è quella di attribuire validità alla Costituzione e, più in generale, all'intero ordinamento; quella pragmatica, invece, postula come ipotesi iniziale un'ideologia presupposta, affermata di fatto in un dato contesto sociale: alla base di simile concezione, cioè, si pone un fatto sociale, un potere, connotato da un'ideologia politica, che agisce poi attraverso il diritto (sul punto, cfr. A. Ross, *Diritto e giustizia*, cit., p. 57, 78-80).

¹⁴ Sul tema si rinvia al contributo di E. AMODIO, *Libertà e legalità della prova nella disciplina delle testimonianze*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, pp. 338-339. In senso contrario, coerentemente con l'approccio tenuto nella citata voce di enciclopedia sugli atti processuali, si veda G. LOZZI, *Prove invalide non utilizzate e declaratoria di nullità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1978, p. 443 e s. (in particolare p. 448).

¹⁵ Sul tema si rinvia a quanto osservato *infra*, Cap. III, § 3.

2. *Una inevitabile (e scontata) conseguenza. L'inapplicabilità, nella via italiana alle invalidità, del criterio del pregiudizio effettivo*

In un contesto del genere, emerge chiaramente quale inevitabile conseguenza come nessuno spazio sia concepibile per un controllo da parte del giudice sul pregiudizio effettivo, nel momento di verificare se sussista una causa di invalidità degli atti. All'operatore è precluso – secondo la dottrina di gran lunga maggioritaria – ogni controllo sulla effettiva lesione del valore tutelato dalla fattispecie processuale, e ancor più sul danno in concreto sofferto dalle parti in lite¹⁶: simile analisi e ponderazione di interessi deve intendersi compiuta, una volta per tutte, da parte del legislatore, nel momento in cui la previsione astratta è stata concepita e approvata¹⁷.

Come osserva Cordero, «è irragionevole più che ozioso chiedersi se un comportamento informale corrisponda ugualmente ai fini della norma [...] questi sfondi economici sono assorbiti dalla norma, che ne costituisce la misura esclusiva e immutabile»¹⁸; per poi aggiungere, poco più avanti «dire che dall'atto imperfetto e da quello perfetto derivano le medesime conseguenze, significa cancellare il concetto di perfezione (rispetto al modello offerto dalla norma) e, con ciò, il presupposto elementare di una valutazione giuridica. Se fosse concepibile un conseguimento dello scopo, coevo alla realizzazione dell'atto nullo, si dovrebbe concludere che l'osservanza delle forme prescritte si palesava *a priori* superflua: a questo punto le qualifiche di nullità, inefficacia e simili, si ridurrebbero a un *flatus vocis* (occorre altro per avvertire che il principio di incertezza della fattispecie non costituisce il frutto di un'infecunda esercitazione concettuale?)»¹⁹. Vale la pena rimarcare come simili osservazio-

¹⁶ Conviene intendersi: altro è verificare se il comportamento tenuto – oltre che lesivo della disposizione prevista a pena di invalidità – abbia in concreto leso uno dei valori alla cui difesa la previsione era stata posta; altro è pretendere che la parte abbia in concreto subito “un danno”, in qualche misura quantificabile, a causa della violazione. Se nel primo caso sembra ricorrere una ricerca sul pregiudizio effettivo, nel secondo semmai potrà farsi questione sull'interesse a eccepire l'invalidità. Sul punto si tornerà *infra*, Cap. V, § 2.

¹⁷ F. CORDERO, *Nullità, sanatorie, vizi innocui*, cit., p. 703.

¹⁸ F. CORDERO, *Nullità, sanatorie*, cit., p. 703.

¹⁹ *Ibidem*, p. 705.

ni fossero spese nella vigenza del codice del 1930, che prevedeva, all'art. 187 comma 3, un'ipotesi di sanatoria particolarmente ampia, in materia di nullità, per "raggiungimento dello scopo dell'atto". Ancora, sebbene certamente abbiano giocato ragioni stilistiche, si può osservare come il Maestro utilizzi il predicato "imperfetto" quale sinonimo di "invalido": dove, la ricostruzione dogmatica dell'invalidità concepiva l'atto invalido, e dunque precario nella propria efficacia, come appartenente a un insieme ristretto rispetto a quello più generale degli atti imperfetti. Il *lapsus calami* si presta a essere letto anche come freudiano: conferma dell'approccio puro della migliore dottrina processualista al tema dell'invalidità. Ad ogni modo, il ragionamento allora condotto sull'art. 187 comma 3 c.p.p. 1930, *a fortiori* dovrebbe trovare spazio nel sistema vigente, ove l'omologa disposizione – collocata all'art. 183 comma 1 lett. b c.p.p. – è formulata in maniera assai più stringente²⁰.

In sostanza, ove si procedesse a una verifica tesa ad appurare se in concreto i valori tutelati dalla disposizione fossero stati effettivamente lesi in qualche misura, si opererebbe nient'altro che un atto di ribellione alla legge, in quanto tale precluso all'interprete²¹.

Ne risulta confermato quanto osservato in precedenza. Domina, con argomenti peraltro di fondamento indubbio, il principio di tas-

²⁰ M. PANZAVOLTA, voce *Nullità. II) Dir. proc. pen.*, cit., p. 13. La *ratio* della previsione tende a escludere qualsiasi analisi sul pregiudizio concreto – o meglio – sul raggiungimento dello scopo in concreto (che può dirsi concetto speculare all'effettivo pregiudizio). Si osserva che, nella sequenza procedurale, gli atti si caratterizzano per produrre un effetto giuridico consistente nel sorgere di nuove situazioni soggettive (in particolare, nuove facoltà). Se la parte si avvale in concreto delle facoltà cui l'atto viziato sarebbe stato preordinato, si può considerare operante la causa di sanatoria. Dunque nessun riferimento è consentito al danno in concreto sofferto, bensì solo all'esercizio della facoltà per la quale l'atto in questione era stato concepito. Nonostante il tentativo di restringere in maniera considerevole la causa di sanatoria, la previsione è risultata lo stesso oggetto di critiche, da parte di chi la riteneva comunque non sufficientemente rigorosa da espungere ogni discrezionalità giudiziale. Cfr. in proposito, P. P. PAULESU, *Artt. 177-186*, in G. CONSO, V. GREVI (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura penale*, Padova, Cedam, 2005, p. 517.

²¹ Così, oltre che gli Autori citati alla precedente nota, M. PANZAVOLTA, voce *Nullità. II) Dir. proc. pen.*, cit., p. 3. Per una impostazione diversa, e in alcuni casi antitetica, cfr. C. IASEVOLI, *La nullità nel sistema processuale penale*, cit., pp. 246-251; C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, Padova, Cedam, 2007, p. 474 s.

satività. Non soltanto è la legge a dettare il criterio alla stregua del quale l'atto va espunto dal sistema perché viziato, ma a chi applichi la previsione non è consentito alcuno spazio di manovra giustificato in base a un'analisi della vicenda concreta; né tantomeno è permesso di salvare il prodotto difforme dalla fattispecie sulla base di un bilanciamento di valori (per esempio di carattere economico: per salvaguardare la celerità nella trattazione del processo)²². L'unica operazione consentita è quella puramente ermeneutica, dovendosi tutte le altre reputare precluse: esse infatti costituiscono una forma di eccesso di potere da parte del giudice (che ha osato ergersi a legislatore), come tale sempre meritevole, in linea astratta (e rifacendosi alle radici della Francia post-rivoluzionaria), di cassazione senza rinvio²³.

3. *Ragioni alla base della tradizionale teoria della invalidità*

Le ragioni alla base di una vocazione così radicale alla legalità in materia processuale penale paiono tutte di alto valore. In primo luogo, nella elaborazione dottrinale vivo è stato lo sforzo di selezionare e isolare *in vitro* la categoria dell'*error in procedendo*, per separarla dall'*error in iudicando*²⁴. Mantenere profili valutativi e sostanzialisti nel metodo di individuazione dei vizi degli atti avrebbe comportato inevitabilmente un rischio di commistione tra invalidità e ingiustizia della decisione, che doveva essere superato, pena l'arretratezza del sistema²⁵. Uno sguardo fugace alle voci più risalenti

²² V. M. PANZAVOLTA, voce *Nullità. II) Dir. proc. pen.*, cit., p. 3.

²³ Il riferimento è, come evidente, a P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile e altri studi sui vizi della sentenza e sulle impugnazioni*, in *Opere giuridiche*, a cura di M. Cappelletti, vol. VI, Morano, 1976, pp. 383-384.

²⁴ M. PANZAVOLTA, *ibidem*, p. 1. Più in generale, si rinvia a P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, cit., p. 383 e s. (*e passim*).

²⁵ Vale la pena ricordare una cosa ben nota, ma qui pertinente alla trattazione, vale a dire la relativa giovinezza della procedura penale quale materia autonoma di riflessione e di insegnamento nel sistema universitario italiano. Sul punto, oltre a F. CORDERO, *Procedura penale*, 9^a ed., Giuffrè, Milano, 2012, p. 95, si veda il dettagliato contributo di F. PERONI, *L'autonomia del diritto processuale penale nell'evoluzione del sistema universitario nazionale*, in P. CORSO, F. PERONI, *Studi in onore di Mario Pisani*, vol. I, Piacenza, La Tribuna, 2010, pp. 666-668 (e oltre per l'analisi degli sviluppi degli ultimi decenni).

in materia di nullità degli atti conferma la necessità di questo sforzo di astrazione e separazione dei concetti, decisivo per l'evoluzione della scienza processuale penale. Basta una rapida lettura alla dottrina più risalente, per avere conferma della importanza della riflessione sviluppatasi nel secondo dopoguerra. Ad inizio del XX secolo, non era raro imbattersi in definizioni che lasciavano chiaramente cogliere la confusione dei due piani: e così – si osservava – si avrà nullità assoluta allorché la violazione di una norma possa generare dubbi sulla verità dei risultati di un procedimento²⁶, con ciò chiaramente aggrovigliando in maniera inestricabile ingiustizia e invalidità del provvedimento; ma anche nel primo dopoguerra non mancavano definizioni che evidenziavano una assenza di riflessione adeguata tra i diversi errori inficianti la sentenza penale. Prova ne sia questo passo, nel quale vizi degli atti, erronea applicazione della legge penale sostanziale, rimedio attraverso l'impugnazione, appaiono tutti sovrapposti senza alcuna classificazione in base ad uno schema che permetta un'analisi razionale del sistema: «Le nullità sostanziali consistono nella violazione di norme di diritto penale; le nullità formali consistono nella violazione di norme che disciplinano il processo penale, cioè norme di diritto processuale. Esempio delle prime: un tale è condannato del delitto di insolvenza fraudolenta benché abbia adempiuto l'obbligazione. La sentenza, formalmente perfetta, è però annullabile perché il magistrato è incorso nella violazione [...] della legge penale, ammettendo il delitto malgrado l'avvenuto adempimento della obbligazione. Esempio delle seconde: la sentenza di appello è muta su uno dei motivi di appello proposti dall'imputato; con ciò la sentenza ha violato una norma di diritto processuale penale [...], incorrendo in una nullità formale»²⁷.

La teoria della invalidità come imperfezione rispetto al tipo (vale a dire rispetto alla fattispecie processuale) ha certamente molto

²⁶ Così G. LETO, *Le nullità nel procedimento penale*, Palermo, Reber, 1905, p. 49. Sul tema cfr. P. PAGANI, voce *Nullità (materia penale)*, in *Digesto italiano*, Vol. XVI, Torino, Utet, 1905-1910, p. 517.

²⁷ Così E. FLORIAN, *Principi di diritto processuale penale*, Torino, Giappichelli, 1932, p. 118. Vedi anche voce O. VANNINI, *Nullità degli atti di procedura (diritto processuale penale)*, in *Nuovo Digesto italiano*, vol. XVII, Torino, Utet, 1939, p. 1170.

giovato al progresso della qualità dell'ordinamento, e ha permesso agli studiosi di cogliere, prima, e di evidenziare, poi, i punti nodali del processo. Si pensi, ancora una volta, alla riconduzione alla categoria del vizio processuale delle regole di esclusione probatoria, concepita per superare applicazioni abusive del libero convincimento²⁸, e presupposto su cui fondare, nel nuovo codice, il principio della separazione delle fasi come fondamento del nuovo metodo di accertamento del fatto. Al tempo stesso, essenziale è stata la classificazione della invalidità processuale nell'alveo della categoria degli oneri, rigettandone la qualifica di sanzione. Come insegna Conso²⁹, il fenomeno della invalidità non può essere assimilato a quello della illiceità, proprio perché esso parte da un genere di normazione del tutto differente. Se con lo strumento della illiceità il legislatore isola comportamenti proibiti, e cerca, attraverso la previsione di divieto, di precluderne il compimento ai consociati, con il congegno dell'onere³⁰ si tenta di veicolare un'attività valutata favorevolmente in canali prestabiliti. Da qui, innanzi tutto, la riconduzione dei vizi degli atti al settore delle c.d. "norme di favore", dettate non per proibire, ma per regolare; in secondo luogo, alla stessa matrice si lega la natura di onere della invalidità³¹. L'ordinamento non punisce la disobbedienza ad un divieto, nel caso dell'imperfezione dell'atto: semplicemente pone ai destinatari del comando una condizione, assolta la quale il risultato produrrà in pieno i propri effetti. Per converso, ove non siano osservate le prescrizioni dettate dalla fattispecie, semplicemente l'effetto giuridico desiderato non potrà dirsi raggiunto³².

Senza analisi di tale lucidità – vale la pena ricordarlo – difficilmente sarebbe stato possibile discernere con un livello adeguato di approfondimento la natura di un qualsivoglia sistema processuale (e ancor più di quello penale, per tradizione il meno sviluppato, rispetto al parente civile).

²⁸ Per tutti M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano, Giuffrè, 1974; ID., *Storia d'una illustre formula: il "libero convincimento" negli ultimi trent'anni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 71 s.

²⁹ G. CONSO, *Il concetto e le specie*, cit., pp. 7-8, e 61-65.

³⁰ Sul punto per tutti F. CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, Torino, Giappichelli, 1955, pp. 256-269 (in particolare p. 264).

³¹ In tal senso F. CORDERO, *Le situazioni soggettive*, cit., pp. 32-33, 40.

³² M. PANZAVOLTA, voce *Nullità. II) Dir. proc. pen.*, cit., pp. 2-3.

A fianco a questa esigenza, si manifestava l'aspirazione ad improntare l'intera area del penalmente rilevante al principio di legalità. Lo stretto legame con il diritto sostantivo induceva a inevitabili parallelismi gli studiosi del processo. Il fatto che la norma penale incriminatrice non possa essere attuata senza la celebrazione del processo, che essa viva esclusivamente nella realtà processuale, conduceva a ritenere ottimale la sottoposizione del fenomeno del rito al principio di stretta legalità. Ne sarebbe altrimenti risultato smentito – o per lo meno posto in pericolo – il principio di legalità in sede sostanziale³³. Come il fatto penale deve essere predeterminato in via esclusiva e tassativa dalla legge, anche quello processuale non può che presentare gli stessi crismi. Un filo ideale legava – e, secondo gran parte degli studiosi, tuttora lega – diritto, processo e pena, tutti vincolati al medesimo paradigma.

In sostanza, ne esce confermata la centralità del principio di legalità, ragione, misura e limite di ogni aspetto del sistema penale. Ciò è vero anche per il processo, in cui la legge dovrebbe determinare, con esattezza tassativa, la nascita³⁴, la fine, e – fra gli altri aspetti

³³ Per tutti, v. G. VASSALLI, *La potestà punitiva*, Utet, Torino, 1942, p. 160: «la giurisdizione mira a tutelare soltanto quel medesimo interesse dello Stato che determina la sua funzione legislativa». Ampiamente, con numerosi e approfonditi riferimenti bibliografici, L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, 2ª ed., Roma-Bari, Laterza, 1990, pp. 69-87 (e *passim*); M. NOBILI, *Nuovi modelli e connessioni: processo - teoria dello Stato - epistemologia*, in *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, Milano, Giuffrè, 2000, vol. II, p. 479 s., in particolare pp. 481-483, e gli autori ivi citati; Id., *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova, Cedam, 1998, pp. 181-182.

³⁴ Si possono individuare, con il termine tecnico adottato, due snodi essenziali, entrambi al momento oggetto di acceso dibattito. Da un lato, la nascita del processo, vale a dire l'atto di promovimento dell'azione penale, costituzionalmente subordinato al principio di legalità (sul punto sia consentito il rinvio a M. CAIANIELLO, *Poteri dei privati nell'esercizio dell'azione penale*, Torino, Giappichelli, 2003, p. 17, nota 53). Dall'altro, ed è questione più scottante e più controversa, la nascita del procedimento penale, vale a dire il momento di rilevazione e di iscrizione della notizia di reato. Come noto, si tratta di un passaggio da decenni oggetto di disputa, e sul quale si sono avvicendati contributi dottrinari che hanno cercato di fare luce su di esso. Si vedano in proposito i bellissimi scritti di P. FERRUA, *L'iniziativa del pubblico ministero nella ricerca della notizia criminis*, in *Leg. pen.*, 1987, p. 818 s.; M. NOBILI, *Il magistrato in funzione di polizia tributaria: un'ulteriore supplenza conforme alle norme vigenti?*, *ivi*, 1987, p. 810 s.; G. TRANCHINA, *Il pubblico ministero "ricercatore" di notizie di reato: una figura poco rassicurante per il nostro sistema*, *ivi*, 1987, p. 829 s.; G. LOZZI, voce *Atti processuali. Il Diritto processuale penale*, *cit.*, pp. 2-3.

che qui si trascurano – le ipotesi di invalidità. Questa seconda ragione alla base del modo italiano di concepire l'invalidità processuale trova, è scontato ma non inutile osservarlo, rilevanti appigli costituzionali. La legalità processuale è richiamata in numerosi passaggi, in alcuni dei quali l'interprete non può che cogliere anche il connotato della tassatività. Si pensi, primo fra tutti, all'art. 25 comma 1 Cost., la cui lettura implica in maniera vincolata ad associare i due crismi, legalità e tassatività, pena la vanificazione del principio fondamentale⁵⁵. Ma, sebbene sottoposti a letture più controverse, e talora tese a contrapporre legalità sostanziale e processuale, non possono essere trascurati gli artt. 101 comma 2 e 112 Cost.⁵⁶, nonché, a supporto di

Si veda, ancora, R. APRATI, *La notizia di reato nella dinamica del procedimento penale*, Napoli, Jovene, 2010, in particolare alle pp. 18-20, 45; D. VICOLI, *Principio della ragionevole durata e limiti cronologici delle indagini*, Torino, Giappichelli, 2005, pp. 111-117 – più ampiamente, da p. 95. Per riferimenti bibliografici più completi, si rinvia, oltre che ai contributi qui menzionati, a M. CAIANIELLO, voce *Archiviazione*, in *Enc. dir.*, Annali, Vol. II, Tomo 1, Milano, Giuffrè, 2008, pp. 59-80, in particolare p. 70. Infine, nei tempi più recenti, si segnala il dibattito sulla rivista *Criminalia*, 2011, sul tema *La ricerca della notizia di reato da parte dell'accusatore*, con nota introduttiva di R. ORLANDI (p. 437), e interventi di F. CAPRIOLI (p. 439) e G. INSOLERA (p. 452). V. ancora P. P. PAULESU, *Notizia di reato e scenari investigativi complessi: contrasto alla criminalità organizzata, operazioni "sotto copertura", captazione di dati digitali*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 787 s.

⁵⁵ Sul punto, per un panorama complessivo dei valori coinvolti dalla norma costituzionale, cfr. G. ILLUMINATI, *Precostituzione del giudice e presupposti della rimessione*, in F. CAPRIOLI (a cura di), *La nuova disciplina della rimessione del processo*, Torino, Giappichelli, 2004, pp. 59-79; L. GIULIANI, *Rimessione del processo e valori costituzionali*, Torino, Giappichelli, 2002, p. 30 s. Per ricostruzioni più risalenti ma di indubbia attualità, cfr. M. NOBILI, *Commento all'art 25 comma 1° Cost.*, in *Commentario della Costituzione. Rapporti civili (art 24-26)*, a cura di G. Branca, Bologna, Zanichelli, 1981, p. 135 s.; G. SPANGHER, *La rimessione dei procedimenti*, vol. I, *precedenti storici e profili di legittimità costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1984, p. 57 s.

⁵⁶ Sul tema la letteratura è sterminata. Per una sommaria indicazione delle fonti rilevanti, cfr., senza pretesa di completezza, M. NOBILI, *Scenari e trasformazioni del processo penale*, cit., pp. 154, 162, 28, 149, 172; ID., *Un "quarto potere"?*, in AA.VV., *Recenti orientamenti in tema di pubblico ministero ed esercizio dell'azione penale*, Atti del Convegno di Modena, 27 aprile 1996, Milano, Giuffrè, pp. 29-45; O. DOMINIONI, *Per un collegamento tra Ministro della Giustizia e pubblico ministero*, in *Pubblico ministero e accusa penale*, a cura di G. CONSO, Bologna, Zanichelli, 1979, pp. 54-57, 66-67; ID., *Le parti nel processo penale. Profili sistematici e problemi*, Milano, Giuffrè, 1985, pp. 59-63, 71; A. PIZZORUSSO, *Per un collegamento fra organi costituzionali politici e pubblico ministero*, in *Pubblico ministero e accusa penale*, cit., pp. 32-38; R. ORLANDI, voce *Condizioni di procedibilità*,

un metodo tutto improntato alla legalità, le diverse disposizioni sullo *status* dei magistrati e sull'ordinamento giudiziario dettate dalla Carta fondamentale³⁷. Da ultimo, occorre ricordare l'art. 111 comma 1 Cost., che oggi sembra, in via generale e definitiva, porre quale metodo indefettibile quello della legalità del processo penale (nonché il comma 7 della medesima disposizione³⁸). Alla luce dei passaggi precedenti, vale a dire della tradizione culturale degli studiosi e dei principi costituzionali richiamati, il nuovo art. 111 Cost. sembra confermare in maniera irrefutabile il criterio della tassatività, e un approccio formale all'applicazione di tutte le disposizioni processuali penali, prime fra tutte quelle dettate in materia di invalidità³⁹.

L'ultima ragione, che è peraltro mero corollario della causa poc'anzi espressa, è la naturale diffidenza nei confronti degli organi

in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, p. 1; V. ZAGREBELSKY, *Indipendenza del pubblico ministero e obbligatorietà dell'azione penale*, in *Pubblico ministero e accusa penale* a cura di G. CONSO, cit., p. 4. Che questa consapevolezza sulle potenzialità politiche intrinseche all'esercizio dell'azione penale fosse ben presente nei Costituenti italiani, emerge con evidenza in G. NEPPI MODONA, *Art. 112 [e 107, 4°c.]*, in *Commento alla costituzione*, a cura di G. BRANCA, 1987, Tomo IV, Bologna, Zanichelli, p. 53 e s. Si veda, inoltre, G. DI FEDERICO, *Il pubblico ministero: indipendenza, responsabilità, carriera "separata"*, in *Ind. pen.* 1995, pp. 401-402; ID., *Obbligatorietà dell'azione penale, coordinamento delle attività del pubblico ministero e loro rispondenza alle aspettative della comunità*, in AA.VV., *Accusa penale e ruolo del pubblico ministero*, a cura di A. GAITO, Napoli, Jovene, 1991, p. 170; M. CHIAVARIO, *L'azione penale tra diritto e politica*, Padova, Cedam, 1995, pp. 42-43, già pubblicato in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, Vol. IV, Milano, Giuffrè, 1977, con il titolo *Riflessioni sul principio costituzionale di obbligatorietà dell'azione penale*. Ancora, sui riflessi in materia di archiviazione, cfr. F. CAPRIOLI, *L'archiviazione*, Napoli, Jovene, 1994, p. 183; G. DEAN, *L'impromovibilità dell'azione penale*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 13; G. GIOSTRA, *L'archiviazione. Lineamenti sistematici e questioni interpretative*, Torino, Giappichelli, 1994, pp. 7-12; L. GIULIANI, *La regola di giudizio in materia di archiviazione (art. 125 disp. att. c.p.p.) all'esame della Corte costituzionale*, in *Cass. pen.*, 1992, pp. 251-252; V. GREVI, *Archiviazione per "inidoneità probatoria" ed obbligatorietà dell'azione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, pp. 1277-1281.

³⁷ C. IASEVOLI, *La nullità nel sistema processuale penale*, cit., pp. 64-73, ove si riporta tutto il dibattito sul punto.

³⁸ Nel consentire il ricorso in cassazione per violazione di legge la previsione ripropone e richiama il valore della legalità in materia processuale. Cfr. C. IASEVOLI, *La nullità nel sistema processuale*, cit., p. 71.

³⁹ In tal senso, in maniera molto netta, O MAZZA, *I protagonisti del processo*, in AA.VV., *Procedura penale*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 51; ID., *Imputazione e "nuovi" poteri del giudice dell'udienza preliminare*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1372-1373.

giudicanti, e l'aspirazione a prevenire irragionevoli disparità di trattamento, che troppo facilmente potrebbero dilagare ove fosse consentito un metodo meno formale di verifica delle invalidità. Di nuovo, uno sguardo al passato può essere utile, per cogliere il desiderio di affrancamento che ha caratterizzato la dottrina dal secondo dopoguerra sino ai giorni nostri: «Certo che è una materia [quella delle nullità] in cui si parrà *la nobilitate del giudice*. Alcune legislazioni danno dei consigli al giudice, come faceva il codice delle Due Sicilie del 1814 all'articolo 333, e il codice ticinese citato (art. 241), volendo che il magistrato indichi quale parte del procedimento rimane valida, fino a che punto si estendano gli effetti della nullità. Il codice nostro tace: sola eccezione la troviamo nell'art. 673 [l'analisi è condotta sul codice del 1865]. Quindi in tal silenzio *l'opera è tutta al giudice riserbata*»⁴⁰.

4. *La difficoltà crescente per la teoria tradizionale di rappresentare in maniera effettiva il fenomeno delle invalidità nella realtà odierna*

Si può muovere una critica al metodo tradizionale di concepire le invalidità degli atti nel processo penale. Esso non sembra più

⁴⁰ P. PAGANI, voce *Nullità (materia penale)*, cit., p. 520 (corsivi nostri). Per un'ampia ricostruzione storica della materia delle nullità, con approfondimenti tecnici e bibliografici, cfr. C. IASEVOLI, *La nullità nel sistema processuale penale*, cit., p. 146 e ss., sino a p. 170.

Ancora torna utile il richiamo a Calamandrei [P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, cit., pp. 383-384]: «I riformatori scorgevano in questi potenti consessi giudiziari dell'*ancien régime* un pericolo contro l'unità dello Stato ed un attentato alla sovranità del potere legislativo; ma è certo d'altra parte che, anche dal punto di vista dell'interesse privato, il regime monarchico lasciava alla rivoluzione un'eredità di odio contro tutto l'ordinamento giudiziario ed in specie contro le corti sovrane, ed una comune aspirazione ad una radicale riforma dell'ordinamento giudiziario sotto un'unica legge. La necessità di riordinare, e, sopra tutto, di unificare l'amministrazione della giustizia era profondamente ed urgentemente sentita dalle classi borghesi e popolari, che, nella incertezza e nella molteplicità delle norme di diritto, nella instabilità e nella disformità delle interpretazioni, nella intricata complicazione degli organi giurisdizionali, invocavano una sola legge, una giustizia semplice ed imparziale, un controllo disinteressato che con un criterio unico mantenesse tutti i giudici entro i limiti del loro potere e vietasse loro di trasgredire, sotto colore di interpretarlo, il diritto obiettivo».

in grado di rappresentare efficacemente la realtà. Dove per “efficace rappresentazione” deve intendersi, da un lato, una descrizione del fenomeno non troppo lontana da come esso in concreto si sviluppa (sebbene sfasature, anche non esigue, possano essere tollerate); dall’altro, la capacità di orientare coloro che sono chiamati ad attuare il sistema in pratica.

I modelli teorici, infatti, servono a fornire le chiavi di lettura della realtà, attraverso una accurata descrizione e sistematizzazione dell’esistente: tale opera ricostruttiva e di rielaborazione astratta diviene successivamente preziosa per guidare il viandante nei territori sconosciuti in cui si venga a trovare, vale a dire là dove una mappa dettagliata di un certo fenomeno non sia ancora stata predisposta. Questo significa che, proprio perché ideale, non si può pretendere che un concetto dogmatico sia pedissequamente fedele alla realtà (altrimenti, ne costituirebbe una mera giustificazione; nei migliori dei casi una razionalizzazione); tuttavia, dalla realtà, non può nemmeno esserne completamente avulso, pena la condanna ad esserne del tutto trascurato dal mondo concreto. Un modello deve saper orientare, e saper condurre: vale a dire, deve offrire le basi per lo sviluppo di un sistema, là dove il mondo conosciuto si arresti, e sia necessario entrare in un territorio inesplorato⁴¹.

Partendo da simile premessa, sembra difficile confutare l’affermazione posta in apertura, per cui, la tradizione culturale dominante, nella materia qui trattata, sembra sempre più lontana sia dal raffigurare il fenomeno, sia dall’instradarne idealmente lo sviluppo. In sostanza, a chi si appresti, venendo da un sistema totalmente differente, a studiare il tema in questione, si presentano oggi due mondi che stentano sempre più a comunicare – quello della teoria e quello *in action* – a tal punto che v’è da chiedersi se non possa essere rivista, in tutto o in parte, la consolidata ricostruzione astratta del sistema.

Non si tratta – è cosa risaputa – di un problema nuovo. Già sotto la vigenza del precedente codice non si contavano i casi nei quali la giurisprudenza escogitava soluzioni inventive, sottoposte a dura criti-

⁴¹ Sul punto sia consentito il rinvio a M. CAIANIELLO, *Disclosure before the ICC: The Emergence of a New Form of Policies Implementation System in International Criminal Justice?*, in *International Criminal Law Review*, 10 (2010) 23-42, pp. 23-25.

ca da parte della dottrina⁴². Quelle critiche tuttavia, sembravano rappresentare il lato più rigoroso di un dialogo produttivo, attraverso il quale diritto teorico e diritto pratico parevano ancora in grado di trovarsi su soluzioni condivise. La storia della inesistenza⁴³, come patologia concepita in linea accademica e sviluppata dalla giurisprudenza, ne costituisce un efficace esempio. Del pari, la primitiva elaborazione della abnormità pareva dare supporto razionale e culturale a quello che, senza un approfondimento dottrinario, sarebbe rimasto soltanto un *escamotage* casistico per espungere le decisioni extravaganti.

Oggi, al contrario, si fatica a cogliere la fecondità, e la stessa sussistenza di un dialogo tra i diversi operatori del sistema. La divaricazione tra la legge nei libri, o meglio, come ivi descritta, e quella nei fatti pare spinta oltre la soglia di tollerabilità. Il fenomeno non è soltanto quantitativo: non si può cioè sostenere che un approccio sempre meno formalista della giurisprudenza ai casi di invalidità degli atti sia dovuto al progressivo maggior carico di lavoro rispetto al passato, tale da renderne meno facile una uniformità di orientamento e, in particolare, il rispetto nella materia qui trattata del principio di legalità-tassatività. Certamente, questo fattore ha il suo rilievo, ma non è l'unico. A fianco, infatti, se ne pongono altri. Uno di essi, ad esempio, pare dovuto al fatto che la dottrina – salvo eccezioni – stenta a cogliere la trasformazione del sistema, legata al varo del nuovo codice, e alla riforma dell'art. 111 Cost. La riforma in senso accusatorio, l'introduzione di profili dispositivi⁴⁴ nel sistema, quantomeno nel settore dell'accertamento dei fatti, non è operazione senza conseguenze, nel campo qui specificamente trattato, e merita l'inizio di un ripensamento, se non altro parziale⁴⁵. Un altro è

⁴² Si veda, ad esempio, F. CORDERO, *Nullità per inosservanza del termine e "bisogno di tutela giuridica"*, in *Scuola pos.*, 1961, pp. 547-555; G. LOZZI, *Prove invalide non utilizzate*, cit. (a commento di App. Torino, 26 gennaio 1977, De Laurentis e al., riportata nel testo principale), p. 443.

⁴³ Sul punto, per tutti, F. CORDERO, *L'"inesistenza" della decisione giudiziaria (rilievi in merito ad un recente contributo giurisprudenziale all'inquadramento del problema)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1957, p. 602 s.

⁴⁴ Sul tema si rinvia a M. L. DI BITONTO, *Profili dispositivi dell'accertamento penale*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 29 s.

⁴⁵ Si tratta di un altro vastissimo campo, sul quale non si riesce a fornire una indicazione esaustiva dei contributi prodotti dalla dottrina, anche limitandosi al periodo successivo alla entrata in vigore della riforma costituzionale dell'art. 111

il dissolvimento del sistema delle fonti, legato all'irruzione di fattori esterni nella gerarchia chiusa nazionale. Si tratta di un dato comune a tutta l'esperienza occidentale – ed in particolare europea – del diritto, e che esplica efficacia anche nel settore penale, in specie quello processuale. In tale campo, fattori esogeni – che poi altro non sono se non il diritto della Unione europea e quello elaborato a partire dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo – introducono e impongono approcci sostanziali o empirici che finiscono per condizionare il nostro ordinamento, sino a mutarne alcuni tratti caratterizzanti. I più attenti sono già giunti a parlare di nuove forme di invalidità “europee” degli atti⁴⁶, ma la categoria stenta a farsi largo nel dibattito generale, pur essendo ben presente nella vita quotidiana del sistema.

Serve dunque provare ad operare un ripensamento, in cui i paradigmi fondanti siano da un lato la valorizzazione della tradizione processuale penale italiana, tra le punte di eccellenza della ricerca europea nel settore; dall'altro, l'elaborazione di categorie (in tutto o in parte) nuove, che siano in grado di raffigurare e guidare le trasformazioni in atto. Se non altro, che possano a prestarsi a elemento di riflessione e di critica, proficua per lo sviluppo del sistema.

Cost. Si citano, per tutti e a mo' di mero avvio di una ricerca, R. E. KOSTORIS, *La ragionevole durata del processo nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo e nell'art. 111 Cost.*, in R. E. KOSTORIS (a cura di), *La ragionevole durata del processo. Garanzie ed efficienza della giustizia penale*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 3 s.; P. FERRUA, *Il “giusto processo”*, 3ª ed., Bologna, Zanichelli, 2012, pp. 108-119. Sul tema della tensione tra le garanzie del sistema inquisitorio e quelle del sistema accusatorio, si rinvia all'opera di V. GREVI, *Alla ricerca di un processo penale giusto: itinerari e prospettive*, Milano, Giuffrè, 2000, *passim*. L'importanza del tema pare confermata dal dibattito, in corso di pubblicazione sulla rivista *Cassazione penale*, 2012, sulle nuove forme di rilevazione delle invalidità processuali penali (*Abuso del processo, legalità processuale e pregiudizio effettivo*, previsto in uscita per il volume del novembre 2012), cui hanno preso parte Giulio Illuminati, Ennio Amodio, Renzo Orlandi, Tullio Padovani, Francesco Palazzo. In esso, da diverse prospettive, ci si interroga sul rapporto intercorrente nel momento attuale tra il modello teorico dell'invalidità processuale, come elaborato dalla dottrina tradizionale, e le nuove soluzioni escogitate dalla giurisprudenza fondate sul c.d. “abuso del diritto”.

⁴⁶ 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*, Torino, Giappichelli, 2008, pp. 9-10.

5. I punti di contatto e le divergenze tra la materia trattata e la teoria dell'abuso del processo

L'abuso del processo rappresenta già da qualche anno argomento di riflessione per la dottrina. Concepito in ambito processualcivile⁴⁷, il tema è stato successivamente proposto in sede penale, con studi e contributi di indubbio interesse⁴⁸. Solitamente, il riferimento al pregiudizio effettivo quale parametro per verificare la sussistenza

⁴⁷ Tra essi si vedano P. RESCIGNO, "L'abuso del diritto", Bologna, Il Mulino, 1998, p. 22 s.; L. P. COMOGLIO, *Abuso dei diritti di difesa e durata ragionevole del processo: un nuovo parametro per i poteri direttivi del giudice?*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 1686 s.; ID., *Abuso del processo e garanzie costituzionali*, *ivi*, 2008, 319-354, sp. 324-325, 352-354; A. DONDI, voce *Abuso del processo (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, Annali, III, Milano, Giuffrè, 2010, p. 1 e s. (e le opere *ivi* menzionate); M. R. GHIRGA, *Conciliazione giudiziale e abuso del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, p. 196. Sul piano comparato cfr. M. TARUFFO, *General Report*, in M. TARUFFO (a cura di), *Abuse of Procedural Rights: Comparative Standards of Procedural Fairness*, New Orleans, Kluwer Law International, 1999, p. 19. Si rinvia inoltre alle monografie di F. CORDOPATRI, *L'abuso del processo*, Padova, Cedam, 2000; G. NICOTINA, *L'abuso nel processo civile*, Aracne, Roma, 2005; M. R. GHIRGA, *Abuso del processo e sanzioni*, Milano, Giuffrè, 2012.

⁴⁸ Si richiamano E. M. CATALANO, *L'abuso del processo*, Milano, Giuffrè, 2004; EAD., *Profili problematici in tema di abuso del processo*, in P. CORSO, F. PERONI, *Studi in onore di Mario Pisani*, vol. I, Piacenza, La Tribuna, 2010, p. 157 e s., in particolare p. 159 per i riferimenti bibliografici indicati. V. anche a p. 178 per i profili deontologici coinvolgenti gli operatori, richiamati dal contributo citato. Ancora, E. AMODIO, *Ragionevole durata del processo penale, abuse of process e nuove esigenze di tutela dell'imputato*, in *Processo penale diritto europeo e common law. Dal rito inquisitorio al giusto processo*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 153 e s.; V. GREVI, *Presunzione di non colpevolezza, garanzie dell'imputato ed efficienza del processo nel sistema costituzionale*, in *Alla ricerca di un processo penale "giusto"*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 119; ID., *Uso strumentale degli istituti processuali ed esigenze di effettività della giustizia penale*, Relazione svolta al Seminario di studi su "Il comportamento delle parti tra invalidità e ragionevole durata del processo", Catania, 24-25 maggio 2002, sintesi a cura di A. ZAPPULLA, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 1067; C. CONTI, *Nullità e inutilizzabilità: problemi attuali e prospettive di riforma*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 1651 s. (in particolare le osservazioni svolte al § 1); I. BORASI, *L'abuso nel processo penale*, in *Arch. nuova proc. pen.* 2011, p. 14 s.

Sul piano della attuazione in concreto del concetto di abuso del processo in materia penale, con analisi estrapolate dalla casistica e un efficace opera di sistematizzazione, si vedano i pregevolissimi contributi e le riflessioni sviluppate da G. LEO, *L'abuso del processo nella giurisprudenza di legittimità*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 508 e s.; ID., *L'abuso del processo nella giurisprudenza di legittimità (seconda parte)*, *ivi*, 2008, p. 627 e s. Diversi casi che qui si esamineranno sono stati ricavati, o ispirati, dalla lettura di questi contributi.

di una invalidità processuale viene invocato come reazione necessaria per porre un argine a comportamenti abusivi. In questa ottica, esso è inserito all'interno del problema rappresentato dall'abuso del processo in ambito penalistico⁴⁹.

Il concetto di abuso trova il suo fondamento in ragioni economiche e deontologiche, che si sostiene debbano permeare l'intero sviluppo di ogni procedimento, ivi compreso quello penale. Il punto di partenza è la rilevanza costituzionale dello strumento del processo, destinato al presidio di interessi di primaria importanza⁵⁰. In questo contesto, le ipotesi di invalidità degli atti costituiscono meccanismi sanzionatori, volti a colpire comportamenti devianti lesivi di determinati valori. Le conseguenze sanzionatorie tipiche sarebbero costituite dalla regressione e dalla duplicazione: si intende far riferimento, con il primo sostantivo, al retrocedere del procedimento ad una fase o ad un grado anteriore, rispetto a quello in cui l'invalidità è stata dichiarata; con il secondo, al rinnovamento dell'attività svolta precedentemente e dichiarata viziata dal giudice. Attenzione è poi dedicata anche alle impugnazioni, ricondotte al concetto di progressione processuale: queste infatti si prestano, attraverso un aumento dei gradi processuali e di conseguenza dei tempi, ad atteggiamenti ostruzionistici o dilatori. In tale chiave, il problema dell'abuso è legato alla necessità di evitare inutili regressioni o duplicazioni del lavoro. Entrambi i fenomeni, infatti, rischiano di operare prevalentemente come fattori capaci di minare alla radice la funzione preventiva – generale e speciale – delle c.d. “sanzioni processuali”: questo perché, si sostiene, una sanzione applicata ove non sia “giusto” ne smentisce in radice la ragion d'essere, e, per questo motivo, risulta controproducente al fine della tutela dei valori fondanti del sistema. Il pregiudizio effettivo appresterebbe rimedio a tali rischi, permettendo di prevenire un uso meramente strumentale di poteri e garanzie (o di rimediarsi *ex post*); in altre parole, esso servirebbe per evitare la divaricazione dello iato tra il meccanismo sanzionatorio e la lesione effettiva degli interessi ad esso sottostanti, che a regime non

⁴⁹ Cfr. per esempio G. LEO, *L'abuso del processo nella giurisprudenza di legittimità*, cit., p. 508; F. CAPRIOLI, *Abuso del diritto e nullità inoffensive*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 2444 s.

⁵⁰ G. LEO, *L'abuso del processo nella giurisprudenza di legittimità*, cit., p. 508.

dovrebbe ricorrere, se non con una frequenza marginale, dal momento che «l'uso strumentale di poteri e garanzie [...] trova spazio in proporzione diretta rispetto allo scollamento riscontrabile tra meccanismo sanzionatorio-preclusivo e lesione degli interessi»⁵¹.

Le considerazioni riportate possono essere soltanto parzialmente condivise, ed è necessario, prima di proseguire, introdurre qualche precisazione. Certamente le osservazioni svolte colgono uno degli aspetti legati al tema del pregiudizio effettivo, sebbene sia del tutto discutibile il contesto in cui il criterio è inserito, consistente nella riconduzione del concetto di invalidità a quello di sanzione⁵². Ma sarebbe riduttivo ed in definitiva fuorviante se l'analisi del pregiudizio effettivo si riducesse a questo fenomeno, vale a dire alla reazione sviluppata dal sistema di fronte ai comportamenti abusivi o dilatori delle parti⁵³. A fianco se ne pone un altro, uguale e contrario. Il parametro in questione, in altre parole non è può essere invocato soltanto per restringere o per non applicare una ipotesi di invalidità formalmente ricorrente; al contrario, esso va preso a riferimento anche quando si tratti di elaborare soluzioni innovative, che apprestino una tutela là dove l'ordinamento, tacendo, aveva lasciato un vuoto: in breve, il pregiudizio effettivo è usato non solo per reagire di fronte a strategie abusive, ma anche per trovare rimedio a comportamenti lesivi che altrimenti sfuggirebbero a ogni censura. Infine, la lesione sostanziale di prerogative processuali è posta a base di applicazioni dirette di norme generali, quali i principi costituzionali o le fonti europee: in tal guisa, riemerge con vesti diverse il tema, da tempo noto alla dottrina, della invalidità per violazione di un principio fondamentale (tipicamente legato a forme di nullità per violazione della Costituzione⁵⁴ o della prova incostituzionale⁵⁵). Sotto tale

⁵¹ G. LEO, *L'abuso del processo nella giurisprudenza di legittimità*, cit., p. 509.

⁵² V. le considerazioni svolte al Cap. I, § 4, e gli autori ivi richiamati.; v., ancora, N. BOBBIO, voce *Sanzione*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XVI, Torino, Utet, 1969, p. 530 s., in particolare pp. 533, 535.

⁵³ Così E. M. CATALANO, *Profili problematici in tema di abuso del processo*, cit., p. 158.

⁵⁴ Cfr. A. GALATI, voce *Nullità (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXVIII, Milano, Giuffrè, 1978, p. 912, nt. 26.

⁵⁵ Cfr. sul tema, senza pretesa di completezza, G. ILLUMINATI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 524;

aspetto, si può dire che il pregiudizio effettivo risulti ad oggi il precipitato di un nuovo modo di intendere le invalidità processuali: invalidità ricavate, se del caso, come conseguenza della trasgressione di un diritto fondamentale, sia esso previsto dalla Costituzione o da Carte internazionali incidenti sul nostro sistema.

Per le ragioni evidenziate, l'argomento trattato deve essere tenuto distinto anche da altre definizioni, più ampie e variegate, del concetto di abuso, quali quella che vi identifica l'esercizio di una prerogativa per uno scopo diverso da quello fisiologico (abuso funzionale) e quella che stigmatizza le condotte devianti dell'accusa (abuso di potere da parte dell'accusa)⁵⁶. Entrambe le definizioni evidenziano aspetti che senza dubbio incidono sul tema del pregiudizio effettivo, ma non ne colgono in maniera completa la natura e il compito. Quanto alla prima – l'abuso funzionale – essa lascia quanto meno in disparte la questione delle forme di invalidità innominate, ricavate dalla diretta applicazione di principi generali. Peraltro, nel concetto di abuso è implicito un elemento di mala fede – il soggetto si avvale infatti di uno strumento deviandolo di proposito dai suoi fini naturali – che non necessariamente caratterizza lo scrutinio della concreta lesività quando venga invocato da una parte il realizzarsi di una invalidità. Quello del pregiudizio effettivo è un problema tecnico, che tocca, prima di appurare se l'eccezione processuale di parte costituisca comportamento malizioso, il metodo di verifica delle invalidità nel processo: ove si concluda che questo deve rimanere puramente formale, come nella dogmatica tradizionale descritta in precedenza, il tema della "questione capziosa" svanisce del tutto; in tale quadro, infatti, il sistema non consente mai di andare a verificare il fine in concreto perseguito dagli operatori nel processo, né in qual misura i beni protetti dalle disposizioni processuali siano stati effettivamente lesi: tutto e soltanto ciò che è richiesto è un'opera di

F. M. GRIFANTINI, voce *Inutilizzabilità*, in *Dig. pen.*, vol. VII, Torino, Utet, 1993, p. 249 s.; F. RUGGIERI, *Divieti probatori e inutilizzabilità nella disciplina delle intercettazioni telefoniche*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 63 s.; L. P. COMOGLIO, *Perquisizione illegittima ed inutilizzabilità derivata delle prove acquisite con il susseguente sequestro*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 1545; S. MARCOLINI, *Regole di esclusione costituzionali e nuove tecnologie*, in *Criminalia*, 2006, pp. 395, 407, 417-429.

⁵⁶ Su entrambe cfr. E. M. CATALANO, *Profili problematici in tema di abuso del processo*, cit., pp. 160-162.

sussunzione, senza alcuno spazio per accertamenti empirico-sostanziali. Nell'ipotesi opposta, ove cioè si applichi il criterio del pregiudizio effettivo, il problema dell'abuso può dirsi superato in radice, essendo onere della parte che invoca l'invalidità dimostrare l'offensività della violazione processuale occorsa.

Quanto poi alla seconda (abuso di potere) essa coglie soltanto alcuni aspetti, legati alla questione delle ipotesi di invalidità create per colmare un vuoto di tutela. Può essere, infatti, che una simile lesione sia dovuta a un comportamento di una pubblica autorità che abusi del potere riconosciute. Ma il vuoto di tutela potrebbe evidenziarsi anche di fronte a comportamenti del tutto legittimi, vale a dire rispettosi delle disposizioni normative vigenti⁵⁷.

Per concludere, è indubbio che il tema trattato presenti punti di contatto e intersezione con quello dell'abuso del processo; e, ancora, è innegabile che entrambi gli argomenti possano essere interpretati quale il frutto di un nuovo metodo di approccio al fenomeno del processo penale nel suo complesso. Tuttavia, i connotati di ciascuno dei due ne consente, o meglio ne impone, una trattazione distinta.

6. *Leading Cases*

Si è in precedenza osservato come il modo tradizionale di concepire le invalidità degli atti nel processo penale stenti progressivamente a rappresentare efficacemente la realtà, a tal punto che vien da chiedersi se non sia il caso di andare alla ricerca di nuove modalità descrittive dell'intero fenomeno. È impossibile cogliere sino a che punto lo iato tra dottrina e giurisprudenza si sia spinto, a tal proposito, senza analizzare alcuni casi che si sono segnalati negli ultimi anni nel dibattito tra gli operatori. È dunque necessario passare

⁵⁷ Se ne riparlerà nel prosieguo, ma questo appare ad esempio il cuore del problema trattato nel c.d. "Caso Drassich". Su di esso sia consentito il rinvio a M. CAIANIELLO, *Mutamento del nomen iuris e diritto a conoscere la natura e i motivi dell'accusa ex art. 6 C.e.d.u.: le possibili ripercussioni sul sistema italiano*, in *Giust. pen.*, 2008, I, pp. 165-176. Si rinvia *infra*, Cap. II, § 8, per una più ampia trattazione con più precisi riferimenti bibliografici.

ad esaminare alcune decisioni giurisprudenziali per provare a trarne idee guida nello sviluppo della ricerca in corso.

Si tratta di una scelta metodologica necessaria, dal momento che senza l'aggancio al diritto vivente l'argomento trattato potrebbe quasi dirsi del tutto insussistente. Tuttavia, tale opzione finisce a sua volta per implicare scelte discrezionali nella selezione delle decisioni giurisprudenziali che paiano segnalarsi per la loro originalità. Da qui le critiche potenzialmente sollevabili, legate all'aver trascurato alcune sentenze, meritevoli di esame; o, viceversa, all'averne prese in considerazione altre che non sembrano apportare alcuna novità.

Per ridurre il tasso di arbitrarietà, o quantomeno per giustificare le scelte in concreto operate, diventa necessario chiarire in anticipo i criteri seguiti, nella individuazione dei casi cui riferirsi. Si è visto in precedenza come il criterio del pregiudizio effettivo sia oggetto di diverse chiavi di lettura: rimedio contro gli abusi; ragione di intervento creativo a tutela di interessi rimasti senza protezione; nuovo metodo di elaborazione e applicazione di forme d'invalidità previste dal sistema. Ispirandosi a tali diversi modi d'intendere e di attuare il parametro in questione, si è scelto di dividere le decisioni commentate in tre grandi aree: la prima, per l'appunto, si segnala per un uso del pregiudizio effettivo orientato ad evitare comportamenti pretestuosi o dilatori. In questo senso, il parametro in questione sembra fungere da criterio *restrittivo*, capace di delimitare fattispecie che potrebbero prestarsi a letture più aperte, o addirittura di depotenziarle sino quasi ad azzerarne il contenuto precettivo. La seconda include invece provvedimenti con i quali, grazie al riferimento al pregiudizio effettivo, si aspira al fine opposto: quello di ampliare fattispecie esistenti, o crearne di nuove, là dove la pratica individui lacune di tutela. In tal senso appare possibile parlare di un'accezione *estensiva* nell'uso del parametro in questione. Infine, una terza area esamina decisioni in cui il vecchio metodo di individuazione e applicazione delle invalidità si unisce e mescola a quello nuovo, basato su un approccio empirico e orientato alle conseguenze, per dar vita a un ibrido: in questo senso, si può dire che il criterio del pregiudizio effettivo finisca per costituire la componente di un nuovo approccio, e dunque viene usato in senso *sincretistico*.

CAPITOLO II

LINEE TENDENZIALI DELLA GIURISPRUDENZA NEL RILEVARE LE INVALIDITÀ. L'EMERGERE DI PROFILI SOSTANZIALISTICO-EMPIRICI NEL PROCEDIMENTO DI APPLICAZIONE

SOMMARIO: *Parte I – L'uso del pregiudizio effettivo a fini restrittivi/abrogativi.* 1. Le nullità per errori di notifica: tra sanatorie, vizio innocuo e soluzioni eticamente orientate. – 2. Nullità per essere il giudice parziale (purché lo sia in concreto). – 3. Nullità in materia di imputazione. – *a. Gli atti propulsivi.* – *b. Le nuove contestazioni dibattimentali e la correlazione tra accusa e sentenza.* – 4. Altre violazioni “innocue” in dibattimento. – *a. Liste testimoniali.* – *b. Esame e controesame.* – 5. Adozione di riti speciali e sanatorie delle invalidità. – *Parte II – Applicazioni estensive delle fattispecie d'invalidità in base al criterio del pregiudizio effettivo.* – 6. Due percorsi, nel quadro di un'aspirazione unitaria. – 7. L'uso della abnormità per rimediare a vuoti di tutela del sistema processuale. – 8. Un primo profilo derivante dalla necessità di adeguarsi ai criteri ermeneutici europei: la nullità per modifica *ex officio* del titolo del reato. – 9. Un secondo profilo: l'adeguamento alle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo. Dalla sospensione del giudicato alla riapertura del processo. – *Parte III – Nuovi sincretismi.* – 10. La fusione del modello empirico-sostanziale con quello formale tradizionale. Un quadro di sintesi. – 11. Alcune considerazioni desumibili dall'analisi dei casi esaminati.

PARTE I – *L'uso del pregiudizio effettivo a fini restrittivi/abrogativi*

1. *Le nullità per errori di notifica: tra sanatorie, vizio innocuo e soluzioni eticamente orientate*

Notoriamente quello delle notificazioni rappresenta un settore oggetto di numerose eccezioni processuali, e, probabilmente per re-

azione, di soluzioni giurisprudenziali tese a stemperare gli effetti potenzialmente distruttivi derivanti da errori degli uffici nell'osservanza delle relative procedure.

Il problema si incentra principalmente sulla omessa citazione dell'imputato, prevista come caso di nullità assoluta dall'art. 179 comma 1 c.p.p. In particolare – tralasciando l'aspetto riguardante il concetto di “udienza” cui l'imputato debba essere citato¹ – oggetto di analisi e soluzioni fortemente divaricate risulta il tema degli errori nella notificazione dell'avviso contenente la *vocatio in ius*: posto che certamente è causa di nullità assoluta l'omissione completa dell'atto, si dibatte sin dall'origine se vadano ricondotte sotto la medesima fattispecie – l'omessa citazione – anche i vizi che connotino la procedura di notifica. Secondo la dottrina, la risposta deve essere affermativa. Si osserva, infatti, che l'atto non notificato, o notificato male, non è in grado di espletare la propria funzione, tanto quanto quello radicalmente omissivo². La giurisprudenza, pur partendo, sino a pochi anni fa, da posizioni non lontane, ha avviato, negli ultimi tempi, un progressivo *révirement*, che l'ha condotta a conclusioni quasi an-

¹ Come noto, sebbene la formula lasci il passaggio ambiguo, ci si è orientati nel ricomprendere nella fattispecie di cui all'art. 179 comma 1 c.p.p. non solo la citazione dell'imputato a giudizio, ma anche quella per l'udienza preliminare. Sul punto, cfr. Cass., Sez. Un., 9 luglio 2003, Ferrara, in *Cass. pen.* 2003, p. 3702. Se ne vedano i commenti di M. ANSELMINI, *L'indefettibile ruolo dell'avviso per l'udienza preliminare*, in *Giur. it.*, 2004, p. 2386; A. BARBARANO, *L'udienza preliminare non è più solo un filtro, ma un giudizio vero e proprio*, in *Dir. e giust.*, 2003, f. 34, p. 12.

Per la dottrina, nel concetto di udienza dovrebbero inoltre essere incluse tutte le udienze camerali da svolgersi in contraddittorio: cfr. T. RAFARACI, voce *Nullità (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Agg., vol. II, Milano, Giuffrè, 1998, p. 608 (e nota 74 per un'ampia bibliografia); M. PANZAVOLTA, voce *Nullità. II) Dir. proc. pen.*, in *Enc. Giur. Treccani*, Agg. 2005, Roma, p. 9 e agli autori ivi menzionati.

² Come già si osservava nel sistema previgente, in particolare dopo la riforma del 1977, «una invalida notifica equivale a una mancata citazione» (O. DOMINIONI, *Il nuovo sistema delle nullità*, in E. AMODIO, O. DOMINIONI, G. GALLI, *Nuove norme sul processo penale e sull'ordine pubblico*, Milano, Giuffrè, 1978, p. 72). Sul codice in vigore cfr. P. P. PAULESU, *Artt. 177-186*, in G. CONSO, V. GREVI (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura penale*, Padova, Cedam, 2005, p. 500; P. CORVI, *Artt. 177-186*, in A. GIARDA, G. SPANGHER (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, Milano, Ipsoa, 2010, vol. I, p. 1713; R. GIORDANO, *La vocatio in iudicium nel nuovo codice di procedura penale*, in *Giust. pen.*, 1991, III, p. 450; V. CAVALLARI, *Artt. 177-181*, in M. CHIAVARIO (a cura di), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, vol. II, Torino, Utet, 1990, p. 324; T. RAFARACI, voce *Nullità*, cit., p. 608; M. PANZAVOLTA, voce *Nullità*, cit., p. 9.

titetiche. In un primo momento la Cassazione tendeva a riconoscere, in linea di principio, l'equiparazione tra citazione omessa o invalida notificazione della *vocatio*³; poco dopo, tuttavia, essa è giunta ad affermare che tale equiparazione poteva dirsi ragionevole purché si riservasse la nullità assoluta solo per le più gravi anomalie in materia di notificazioni dell'atto di citazione⁴; da ultimo, ha avviato un percorso di radicale ripensamento.

Gli errori di notifica, in tale ultima chiave di lettura, venivano pertanto sempre ricondotti alla violazione delle norme concernenti l'intervento dell'imputato nel procedimento, vale a dire all'ipotesi di nullità generale di cui all'art. 178 lett. c c.p.p.⁵: non più dunque ai casi di nullità assoluta (nemmeno per le ipotesi più patologiche sul piano fattuale), bensì nullità a regime intermedio, con le conseguenze che ne derivano sul piano di sanatorie e decadenze.

La soluzione giurisprudenziale raggiunta con l'ultimo orienta-

³ Cass., sez. Un., 8 maggio 2002, Conti, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2002, p. 562.

⁴ In tal senso Cass., Sez. Un., 7 gennaio 2005, Palumbo, in *Cass. pen.* 2004, p. 1148. La sentenza è stata commentata da diversi studiosi. Si veda la nota di G. LEO, *Sull'omissione della citazione a giudizio per effetto di nullità della relativa notifica*, in *Corr. merito*, 2005, p. 343. V. ancora F. CALABRIA, *Nullità della notificazione derivante dalla mancata citazione dell'imputato presso il domicilio eletto: quale regime?*, in *Nuovo dir.* 2006, p. 844; A. MACCHIA, *Nullità: quando una garanzia della difesa può diventare uno strumento di abuso*, in *Dir. e giust.* 2005, f. 6, p. 42; A. MACRILLÒ, *Nullità derivante dalla mancata citazione dell'imputato presso il domicilio eletto*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 715.

⁵ In tal senso Cass., Sez. Un., 18 dicembre 2006, n. 41280, Clemenzi, in *Cass. pen.* 2007, 2545, con nota di A. DIDI, *Sanatoria per conseguimento dello scopo: un'altra applicazione in tema di nullità delle notificazioni eseguite presso un domicilio diverso da quello validamente dichiarato*; anche in *Arch. n. proc. pen.*, 2007, p. 171, con nota di D. PELIZZARI, *Pari dignità tra elezione e dichiarazione di domicilio nel processo penale*. In precedenza la mera ricorrenza di una nullità a carattere intermedio era stata ritenuta in presenza della prova storica di un colloquio tra difensore ed assistito, incentrata ad esempio sulla produzione di una procura per la richiesta del rito abbreviato: si veda in tal senso Cass., Sez. I, 20 dicembre 2005, n. 46537, Mesquita de Cunha, in C.e.d. n. 232981. In prospettiva parzialmente diversa, altra decisione aveva escluso il carattere assoluto della nullità in base alla ritenuta idoneità della notifica presso il difensore a determinare la conoscenza effettiva dell'atto da parte del destinatario: Cass., Sez. V, 7 marzo 2005, n. 8826, Bozzetti, in C.e.d. n. 231588. La sentenza richiama la decisione Palumbo, di cui alla nota precedente. Successivamente, il principio di rilevanza della prova storica di conoscenza dell'atto è stato affermato in termini di adesione alla sentenza Palumbo anche da Cass., Sez. VI, 11 giugno 2007, n. 22707, Mancuso, in C.e.d. n. 236700.

mento porta dunque a risultati pratici molto distanti da quelli che si avrebbero ove fosse accolta l'interpretazione dottrinarina: per quest'ultima, come detto, l'errore caduto sulla notificazione della citazione in giudizio, in quanto riconducibile a uno dei casi previsti all'art. 179 c.p.p., potrebbe essere fatto valere in ogni stato e grado del procedimento. Dunque l'imputato potrebbe attendere sino all'ultimo grado di giudizio per sollevare efficacemente la questione e ottenere la regressione del procedimento; per la giurisprudenza, invece, ci troveremmo di fronte ad una forma di nullità sanabile in tempi più stretti, grazie all'operare dei termini di cui all'art. 180 c.p.p. Ma i tempi in concreto potrebbero essere ben più brevi, attraverso il meccanismo della decadenza *ex art.* 182 comma 2 prima parte c.p.p. Una volta occorsa la preclusione conseguente alla decadenza, infatti, rimane assai improbabile una declaratoria di nullità *ex officio*. In definitiva, il gioco degli artt. 180 e 182 c.p.p. finisce in pratica per comportare il superamento del vizio in tempi relativamente brevi o brevissimi⁶.

Mette conto, a tal proposito, focalizzare l'attenzione su un passaggio che di frequente ritorna, negli ultimi sviluppi giurisprudenziali, secondo il quale quello che rileva, al fine di verificare se si versi in un'ipotesi di omessa citazione o di citazione irregolare per vizio di notifica, è la conoscenza effettiva dell'atto di chiamata in giudizio. La nullità assoluta opererebbe, per le Sezioni Unite⁷, solo quando tale presupposto di mero fatto manchi del tutto; in ogni altra ipotesi, invece, si verserebbe in una più lieve lesione dell'intervento dell'imputato, *ex art.* 178 lett. c c.p.p., con tutte le conseguenze del caso. Dunque il discrimine tra l'errore potenzialmente esiziale e quello facilmente (e velocemente) sanabile si incentra tutto su una questione di fatto, che poco pare aver a che fare con un approccio

⁶ Ci si sofferma qui, in relazione all'art. 182 c.p.p., alla questione relativa ai tempi imposti alla parte per sollevare l'eccezione di nullità. Si tralascia, per esaminare il tema in altra sede, il problema dell'interesse, pur contemplato dalla disposizione in esame. Ovviamente, anch'esso si presta a fungere quale strumento di neutralizzazione degli effetti distruttivi del vizio processuale. Su di esso, si tornerà *infra*, § 5, in materia di adozione di riti speciali, in particolare del patteggiamento, e sussistenza dell'interesse a far valere le nullità occorse nel procedimento.

⁷ Si vedano i riferimenti alla nota n. 5.

puramente formale nell'applicazione della norma processuale⁸. La soluzione è certamente in linea con la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, in tema di diritto alla partecipazione dell'interessato al processo⁹. Al tempo stesso, il complesso – e talora poco razionale – sistema di regole concernente le notifiche risulta fortemente semplificato, attraverso la neutralizzazione degli effetti invalidanti potenzialmente derivanti da errori nell'osservanza delle relative procedure.

Se per un momento si coniuga questo passaggio ermeneutico con la riforma dell'art. 175 c.p.p. operato con il d.l. 21 febbraio 2005, n. 17 conv. nella legge 22 aprile 2005, n. 60, ci si avvede di come il sistema si sia completamente spostato¹⁰. Da un approccio

⁸ In tal senso Cass. 9 giugno 2010, n. 32213, Vitale, in C.e.d. n. 248340: il caso è interessante in quanto, nonostante la correttezza formale della procedura seguita, si è optato per dichiarare la nullità della notifica, dal momento che mancava la conoscenza dell'atto in concreto.

⁹ Cfr. a tal proposito la nota sentenza Corte e.d.u., Grande Camera, 1 marzo 2006, Sejdovic c. Italia; 18 maggio 2004, Somogy c. Italia; 12 ottobre 1992, T. c. Italia; 12 febbraio 1985, Colozza c. Italia. Si vedano, tra le molte dedicate al tema in questione, le considerazioni di M. DEGANELLO, *Procedimento in absentia: sulla "tratta" Strasburgo-Roma una "perenne incompiuta"*, in R. GAMBINI, M. SALVATORI (a cura di), *Convenzione europea sui diritti dell'uomo: processo penale e garanzie*, 2009, p. 79. Per una compiuta rassegna sul tema trattato cfr. il recente contributo di R. CHENAL, A. TAMIETTI, *sub Art. 6*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, Cedam, 2012, pp. 200-202; G. UBERTIS, *Principi di procedura penale europea: le regole del giusto processo*, 2^a ed., Milano, Cortina, 2009, pp. 61-64.

¹⁰ Sulla riforma introdotta dalla legge n. 60 del 2005 cfr. P. MOSCARINI, *Il giudizio in absentia nell'ottica delle giurisdizioni internazionali ed in una recente legge italiana*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 573; C. DELL'AGLIO, *La restitutio in integrum e l'analisi dell'esame verificatorio sull'effettiva conoscenza della pronuncia in absentia: tutela del diritto dell'imputato ad un equo processo*, in *Giur. merito*, 2009, p. 1471 s.; C. RUSSO, *L'impugnazione del difensore del contumace e la restituzione nel termine*, *ivi*, 2008, p. 595. Sul tema legato alla nota pronuncia delle Sezioni Unite Huzuneanu (31 gennaio 2008, Huzuneanu, in Ced n. 238472) e alla sentenza della Corte costituzionale n. 317 del 2009, sia consentito il rinvio a M. CAIANIELLO, *Profili critici e ipotesi di sviluppo nell'adeguamento del sistema interno alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in V. MANES, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 547 s. Sulla sentenza delle Sezioni Unite Huzuneanu, per una analisi attenta ai profili tecnici coinvolti, cfr. F. LI VOLSI, *Esercizio della potestà di impugnare del contumace dopo la pronuncia sul gravame del difensore diventata esecutiva: una questione aperta*, in *Ind. pen.*, 2008, p. 661 s.

metodologico tradizionale, secondo il quale l'essenziale era che le forme dettate dal codice fossero correttamente osservate, a nulla rilevando l'effettiva conoscenza del procedimento in capo all'imputato (data per presunta, una volta rispettato il dettato normativo), si è approdati ad un criterio quasi completamente sostanzialista. Sembra infatti contare esattamente l'opposto: a prescindere dal rispetto pedissequo delle regole prescritte dal codice (molto spesso – par di capire – troppo difficili da osservare con rigore), ciò che conta è che la difesa abbia avuto effettiva conoscenza della *vocatio in ius*.

In simile quadro generale, un mutamento di tenore ben più rilevante sembra operato in una recente decisione in materia di omessa notifica dell'avviso di udienza a uno dei due difensori¹¹. Qui il criterio del pregiudizio effettivo è spinto a operare su due versanti: quello della natura del vizio (in merito al quale, invero, già da tempo era emerso un indirizzo consolidato) e quello delle sue conseguenze. In particolare, le Sezioni Unite sembrano legare il realizzarsi di una preclusione per la parte, *ex art. 182 comma 1 c.p.p.*, ad un comportamento deontologicamente doveroso dei difensori. In tale ultimo senso, si può anche osservare che si apre la strada per un approccio eticamente orientato al tema delle nullità.

Il caso da decidere riguardava l'omesso avviso a uno dei codifensori dell'udienza d'appello, la quale, provenendo da un abbreviato, si sarebbe dovuta celebrare con le forme della camera di consiglio. La strategia difensiva portava entrambi i legali dell'imputato a non presentarsi a discutere la causa, confidando in tal modo di impedire l'operare della sanatoria di cui all'art. 184 comma 1 c.p.p., e così di coltivare il motivo di nullità con il ricorso per cassazione. Ciò in quanto una precedente sentenza delle Sezioni Unite aveva stabilito che l'omessa notifica a uno dei due difensori dell'indagato della data dell'udienza in camera di consiglio desse luogo a una nullità a regime intermedio, eccepibile entro la chiusura del grado successivo a quello di verifica del vizio¹².

¹¹ Cass., Sez. Un., 27 gennaio 2011, n. 22242, Scibè, in C.e.d. n. 24965.

¹² Cass., Sez. Un., 25 giugno 1997, n. 6, Gattellaro, in C.e.d. n. 208163. Il caso era sensibilmente diverso da quello deciso dalle Sezioni Unite, Scibè, del 2011. In questo, il vizio si sarebbe verificato sì in un appello ordinario, ma da tenersi in udienza camerale, poiché proveniente da un abbreviato; nella decisione del

Le Sezioni Unite ricostruiscono l'intero fenomeno della invalidità derivante dal mancato avviso a uno dei difensori, per arrivare a conclusioni quasi opposte rispetto al proprio precedente orientamento. Il punto di partenza è rappresentato dalla natura intermedia della nullità originata dal mancato avviso al codifensore, soluzione invero consolidatasi da diversi anni¹³: essa troverebbe giustificazione nella collegialità e solidarietà dell'istituto del difensore. Anche quando siano fisicamente due, i difensori costituiscono un unico soggetto processuale. La convocazione di uno solo di essi sarebbe dunque sufficiente ad adempiere alla funzione di costituire la parte in giudizio (l'imputato con un proprio difensore); mentre l'omissione della *vocatio* nei confronti dell'altro produrrebbe una lesione delle prerogative generali tutelate all'art. 178 c.p.p., in quanto l'assistenza dell'imputato non potrebbe esplicarsi con tutte la pienezza postulata dalla scelta da questi operata.

Proprio dalla collegialità e solidarietà della funzione difensiva viene ricavata la soluzione nuova. La scelta dei legali di non presentarsi, per impedire il verificarsi della sanatoria *ad hoc* contemplata dall'art. 184 c.p.p.¹⁴, viene considerata un comportamento con efficacia sanante. La condotta dei difensori – nell'ottica del Supremo

1997, invece, la nullità – sempre dovuta ad omesso avviso ad uno dei due difensori – avrebbe operato all'interno del procedimento camerale per proroga dei termini di durata della custodia cautelare *ex art.* 305 c.p.p. I difensori dei ricorrenti, non comparso, avevano poi eccepito come *error in procedendo* la nullità con il ricorso per cassazione.

¹³ Sul punto, oltre alle Sez. Un., 25 giugno 1997, n. 6, Gattellaro, citate alla precedente nota, cfr. Sez. Un., 17 luglio 2009, n. 39060, Aprea, in C.e.d. n. 224188; Sez. Un., 27 giugno 2001, n. 22540, Di Sarno, in C.e.d. n. 219229.

¹⁴ Ove comparso anche uno solo dei difensori, infatti, il vizio sarebbe risultato sanato, rimanendo, semmai, la sola possibilità di avvalersi di un rinvio dell'udienza. La sentenza commentata sulla specifica questione sembra confondere alcuni piani: per esempio, essa pare sovrapporre l'istituto delle deducibilità con quello della sanatoria, che invece dovrebbero rimanere separati. In materia di nullità intermedie, infatti, la perdita della potestà di eccepire il vizio non preclude al giudice di rilevarlo d'ufficio, né ad altra parte legittimata di sollevare l'eccezione. Del pari, la sentenza non trae le conseguenze estreme dalle proprie premesse. Se si equipara la scelta di non comparire di entrambi i difensori alla comparizione passiva di uno solo di esso (quello regolarmente citato), ne dovrebbe discendere l'immediato effetto sanante previsto dal comma 1 dell'art. 184 c.p.p. A questo punto, poco importa chiedersi sino a quale momento in linea generale siano eccepibili e rilevabili i vizi della *vocatio in iudicium* per mancato avviso a uno dei difensori – se cioè sino al termine

Consesso – deve infatti essere improntata alla leale collaborazione, al fine del regolare svolgimento del procedimento, come imposto dalle previsioni del codice deontologico. In particolare, in caso di codifensori, non deve mancare un reciproco obbligo di comunicazione «che è aspetto tipico e istituzionale della cooperazione nell’esercizio della difesa». In sostanza, un effettivo collegamento informativo tra i legali è il presupposto della più efficace predisposizione della strategia processuale, e come tale costituisce dovere deontologico inderogabile. Del resto, lealtà e probità sono prescritti nel codice, all’art. 105 comma 4 c.p.p., e – vale la pena sottolinearlo – rappresentano secondo la Corte il corretto metodo di approccio alle norme di procedura «nella dimensione di un processo accusatorio».

Provando a rivolgere in concreto queste osservazioni, se ne ricava che l’invalidità originata dalla mancata citazione di uno dei difensori – ove l’altro sia ritualmente citato – degrada in concreto a vizio innocuo¹⁵ in ogni circostanza, in ragione di una massima d’esperienza (applicata all’accertamento di un fatto processuale)¹⁶. Ciò sulla

della udienza cui la citazione si riferiva, o sino al termine del grado successivo. Il problema è infatti superato dall’operare della sanatoria.

¹⁵ Questi in sintesi i passaggi a giustificazione di quanto affermato nel testo. La sanatoria *ex art.* 184 c.p.p. opera, come noto, in ragione della comparizione della parte interessata. La collegialità della funzione difensiva comporta, in tal senso, che, comparso il citato regolarmente, si sani l’omessa vocazione dell’altro.

Nelle udienze dibattimentali, e in quelle camerale a partecipazione necessaria, il problema è superato in radice: o il difensore citato regolarmente compare, e con ciò automaticamente consente l’operare della sanatoria; o non compare, nel qual caso si deve nominare un sostituto d’ufficio *ex art.* 97 comma 4 c.p.p. (con effetti del tutto equiparabili ai precedenti): tutt’al più residuerà il diritto ad ottenere un termine *ex art.* 184 comma 2, ove la parte dichiara che la comparizione è determinata dal solo intento di far rilevare l’irregolarità occorsa. Nelle udienze camerale *ex art.* 127 c.p.p., poiché i difensori sono sentiti, secondo quanto previsto al comma 2, solo se compaiano, la sanatoria opera anche in caso di mancata comparizione di entrambi (quello regolarmente citato e quello per cui la citazione era omessa o invalida): la mancata comparizione risulta infatti considerata alla stregua di una scelta strategica, e conduce agli stessi risultati della effettiva partecipazione.

¹⁶ È chiaro che si tratta della applicazione di una massima di esperienza a fondamento della prova di un fatto processuale. In generale i difensori si parlano, prima di operare una scelta difensiva nel processo. Lo stesso avviene nel rapporto tra difensore e parte. Naturalmente, potrebbe ben essersi in concreto verificato il contrario: ma l’unione di un elemento di prova ciritca – l’avvenuta notificazione ad uno dei soggetti coinvolti – con la massima d’esperienza (tutti i codifensori si parlano e scelgono assieme le mosse: *idem* per il rapporto tra difensore e assistito), con-

base – è opportuno ribadirlo – della leale collaborazione che necessariamente deve caratterizzare la loro condotta¹⁷. Vale la pena di ricordare che un approccio simile era stato adottato già da tempo in materia di rapporti tra difensore e proprio assistito, nel caso in cui un atto fosse stato notificato nello studio del primo nonostante l'imputato avesse eletto domicilio in altra sede¹⁸. Anche in quel caso il dovere di leale collaborazione – questa volta tra legale e assistito – veniva posto a base della scelta di qualificare la nullità come non assoluta, in tal modo deducendosene l'operatività delle preclusioni *ex art. 182 c.p.p.* e delle sanatorie *ex artt. 183 e 184 c.p.p.* Quello che dunque qui si commenta quale nuovo percorso giurisprudenziale rappresenta lo sviluppo di un sentiero già intrapreso, negli ultimi anni, nel settore delle notificazioni alle parti private, ed in specifico di quelle all'imputato.

Il filo conduttore pare sempre rappresentato dal pregiudizio effettivo. Il caso analizzato, come quelli che vi si collegano e ne costituiscono gli antecedenti rilevanti, sorgono tutti dalla constatazione che, in ipotesi simili, colui che non è stato ritualmente avvisato è ciononostante in concreto al corrente del procedimento cui è chiamato a partecipare, e non gli si può dunque consentire di adottare strategie potenzialmente dilatorie o distruttive (quali sarebbero, in sostanza, l'attendere l'ultimo momento utile per far valere il vizio, ottenendo così una regressione del procedimento al grado antecedente). Sebbene

duce a provare il fatto processuale. Il cerchio si chiude con l'opzione deontica: non solo, avvisato uno dei potenziali consorti aventi diritto, tutti sono al corrente della udienza cui l'avviso si riferiva (in base all'*id quod plerumque accidit*); ma, grazie al "dover essere" imposto dalle fonti normative richiamate, tutti dovrebbero esserlo, e, se non lo sono stati, *imputent sibi*.

¹⁷ Il tema della leale collaborazione tra i difensori quale causa di preclusione o sanatoria di una nullità non assoluta era già stato coltivato dalla Cassazione. Si vedano, ad esempio, Cass., Sez. 4, 18 settembre 2009, Guardascione, n. 44551, in C.e.d. n. 245502; Cass., Sez. 2, 26 novembre 2010, n. 44363, D'Aria, *ivi*, n. 245502 (che costituisce il precedente in base al quale le Sezioni Unite qui commentate hanno optato per il *révirement*, rispetto alla sentenza Gattellaro del 1997); Cass., Sez. 4, 9 luglio 2003, n. 37471, Massari, *ivi*, n. 226285; Cass., Sez. 6, 6 maggio 1998, n. 1671, Crocianielli, *ivi*, n. 211960.

¹⁸ Il riferimento è a Cass., Sez. Un., 18 dicembre 2006, n. 41280, Clemenzi, in Cass. *pen.* 2007, 2545, con nota di A. DIDI, *Sanatoria per conseguimento dello scopo*, cit. Si rinvia a contributi menzionati *supra*, nota 5, per ulteriori approfondimenti.

tutte le decisioni in questione invochino la ragionevole durata a giustificazione della scelta ermeneutica operata, tale assunto rischia di risultare fuorviante. Esso costituisce più che altro un *trompe l'oeil*, o tutt'al più evidenza le motivazioni personali, le intime scelte di valore che hanno condotto i giudici ad intraprendere quel certo cammino interpretativo. Ma la causa concreta posta a fondamento della scelta sull'*an* e sul *sequitur* della nullità è il pregiudizio effettivo: esso, nelle vicende contemplate, secondo comune esperienza, non c'è, dal momento che basta un avviso correttamente notificato perché tutti, anche quanti, pur avendone diritto, non l'abbiano ricevuto, ne siano al corrente. Posto tale dato empirico, è dunque necessario prendere in considerazione scelte ermeneutiche tali da rendere il vizio realizzato il più innocuo possibile, in termini economici.

Vale la pena notare come la tesi conduca a conseguenze poco ragionevoli. Rimarrebbe, infatti, nella discrezionalità degli uffici decidere quale dei difensori avvisare, ove il collegio difensivo sia composto da due avvocati. Addirittura, ci si potrebbe limitare a notificare tutti gli avvisi, anche quelli che dovrebbero essere rivolti all'imputato personalmente, nello studio di uno dei difensori, dal momento che, ricevuto l'atto, il professionista è deontologicamente obbligato ad avvertire il proprio assistito. In sostanza, le soluzioni elaborate negli ultimi anni in materia di notifica prestano il fianco a non poche e certamente rilevanti critiche. Le si vuole qui esaminare non dunque perché se ne condivida acriticamente il contenuto, ma per coglierne il nuovo metodo di individuazione e applicazione delle invalidità che ne emerge.

Da ultimo, si deve sottolineare come con la sentenza del 2011 delle Sezioni Unite emerga valorizzato il fenomeno del dialogo transnazionale tra le corti (in particolare tra Corte e.d.u. e Cassazione). Ad avvalorare la opzione prescelta si invoca infatti un precedente del 2006 della Corte europea – *Hermi c. Italia*¹⁹ – nella quale, con una decisione sofferta adottata a maggioranza (e di riforma rispetto a quella presa dalla prima sezione della Camera di primo grado), la Corte europea giungeva a rigettare il ricorso dell'interessato, tut-

¹⁹ Corte europea dei diritti dell'uomo, Gran camera, 18 ottobre 2006, *Hermi c. Italia*, 18114/02.

to incentrato sulla violazione del diritto a prender parte alla udienza penale celebrata contro di lui. Il ricorrente lamentava, tra gli altri aspetti, di non aver potuto partecipare all'udienza di appello (udienza camerale poiché proveniente da un abbreviato). Il rigetto da parte della Corte e.d.u. era fondato essenzialmente su due ragioni: da un lato, la partecipazione all'appello non avrebbe assunto un rilievo decisivo, posto che in tale fase si opera, in via tendenziale, una mera rilettera del lavoro e dei risultati raggiunti in primo grado²⁰; dall'altro, il diritto a prender parte è rimesso all'iniziativa dell'interessato, cui è dunque addossato un onere di attivarsi. In tal senso, cruciale risulta il ruolo dei difensori, cui spetta rendere edotto l'assistito delle sue prerogative nel processo. In altre parole, di fronte ad una inerzia colposa il sistema non può essere chiamato a rispondere, quand'anche un diritto fondamentale sia stato in tutto o in parte pregiudicato²¹.

2. Nullità per essere il giudice parziale (purché lo sia in concreto)

Da una vicenda assurda agli onori della cronaca, in parte anche per la notorietà dei suoi protagonisti, proviene un provvedimento che suscita qualche riflessione in merito alla questione qui trattata. Occorre stabilire che cosa accadesse ove, nel procedimento di sorveglianza, a decidere fosse, tra componenti del collegio, un giudice recusato²² *in limine litis* per aver preso parte ad una fase pregressa della medesima procedura. L'imputato, dopo la condanna defini-

²⁰ Cfr. il § 60 della sentenza citata: «*However, the personal attendance of the defendant does not take on the same crucial significance for an appeal hearing as it does for the trial hearing*».

²¹ Cfr. il § 92 della sentenza citata: «*It is regrettable that the notice did not indicate that it was for the applicant to request, at least five days before the date of the hearing, that he be brought to the hearing room (see paragraph 17 above). However, the State cannot be made responsible for spelling out in detail, at each step in the procedure, the defendant's rights and entitlements. It is for the accused's legal counsel to inform his client as to the progress of the proceedings against him and the steps to be taken in order to assert his rights.*» (sottolineato nostro).

²² Si tratta della nota sentenza Cass., sez. Un., 27 gennaio 2011, n. 23122, Tanzi, in *Dir. pen. proc.*, 2011, con nota di A. MONTAGNA, *Attività del giudice recusato e sua validità*, p. 941.

va, ricevuto l'ordine di esecuzione della pena – sospeso *ex art.* 656 c.p.p. – presentava domanda di affidamento in prova ai servizi sociali, ottenendone la concessione dal tribunale di sorveglianza. Dopo qualche mese, il magistrato di sorveglianza sospendeva la misura *extra moenia* in via cautelare, *ex art.* 51 *ter* legge 26 luglio 1975, n. 354, e trasmetteva gli atti al tribunale di sorveglianza, perché fissasse l'udienza per la decisione sulla revoca dell'affidamento in prova, ai sensi dell'art. 47 comma 11, l. n. 354 del 1975. Poiché nel collegio sedeva anche colei che aveva adottato il provvedimento sospensivo provvisorio, la difesa presentava dichiarazione di ricusazione, dal momento che quel magistrato aveva già espresso il proprio convincimento sui fatti oggetto del contendere. Soccombente su entrambe le questioni (la revoca della sospensione e la ricusazione del giudice)²³, l'interessata ricorreva per cassazione, invocando l'abnormità del provvedimento adottato dal tribunale con il quale era stato revocato il beneficio penitenziario. Sul punto, nonostante il tenore perentorio dell'art. 37 comma 2 c.p.p., esistevano due orientamenti contrapposti. Il primo, più risalente, secondo il quale la violazione del divieto di pronunciare sentenza dovrebbe comportare l'invalidità del provvedimento decisorio solo ove la ricusazione sia poi effettivamente accolta dal giudice competente²⁴. Tale orientamento ricalcava analoga opzione ermeneutica operata in sede di rimessione, ed era chiaramente volto ad evitare un uso arbitrario dell'istituto ad opera delle parti, teso a provocare la stasi del procedimento²⁵. L'altro indirizzo

²³ Va ricordato per completezza che la ricusazione veniva dichiarata inammissibile dal tribunale di sorveglianza in via incidentale: tuttavia, a pochi giorni di distanza, la corte d'appello – l'unica (vale la pena di rimarcare) funzionalmente competente a decidere – respingeva la dichiarazione di ricusazione (provvedimento confermato successivamente dalla Cassazione, prima che in questa sede pervenisse il ricorso avverso la revoca della sospensione dell'affidamento in prova ai servizi sociali).

²⁴ Per questa prima soluzione ermeneutica si schierano le sentenze: Cass., Sez. 6, 18 gennaio 2000, n. 275, Anello, in Ce.d. n. 215592; Sez. 4, 22 ottobre 2002, n. 1019, Magri, *ivi*, n. 223415; Sez. 2, 21 dicembre 2006, n. 7220, Cantoni, *ivi*, n. 235862; Sez. 1, 31 gennaio 2007, n. 14852, Piras, *ivi*, 237358.

²⁵ Cfr. Cass., Sez. Un., 12 maggio 1995, n. 6925, Romanelli, in *Cass. pen.*, 1995, p. 2855, con nota di L. GIULIANI, *La disciplina della rimessione di fronte alle Sezioni unite: inammissibilità della richiesta e divieto di pronunciare sentenza ex art. 47 comma 1° c.p.p.*

interpretativo, minoritario, considerava invece tassativo il divieto di cui all'art. 37 comma 2 c.p.p. (come del resto la lettera della disposizione lascerebbe supporre): la decisione adottata dal giudice ricusato andrebbe sempre considerata invalida, a prescindere dall'effettivo accoglimento della di ricusazione²⁶.

Le Sezioni Unite – richieste di pronunciare una parola definitiva sul tema – optano per il primo approdo ermeneutico, giungendo a dar vita ad una fattispecie peculiare di nullità. Innanzi tutto, si osserva, quella derivante dalla violazione del divieto di pronunciare sentenza posto dall'art. 37 comma 2 c.p.p. è da intendersi come nullità assoluta. Il caso, infatti, costituisce una forma particolare di incapacità del giudice, che si può direttamente far derivare dall'analisi di quanto previsto all'art. 111 comma 2 Cost. Un giudice che non sia né appaia terzo e imparziale, in altre parole, vede compromessa in maniera decisiva la propria capacità a pronunciare il diritto del caso concreto: l'ipotesi deve quindi essere ricondotta sotto l'egida dell'art. 178 lett. a c.p.p. In sostanza, il principio costituzionale è talmente importante, nell'alveo delle garanzie della giurisdizione, da riempire di contenuto – per necessità – un parametro, quello della capacità del giudice, da sempre oggetto di controversie, a causa della scarsa pregnanza semantica delle parole adottate dal legislatore. Vale la pena osservare che, se si guarda in prospettiva al potenziale sviluppo di tale prima conclusione, parrebbe pronosticabile un futuro accoglimento, se non altro parziale, della tesi di chi riconduce nel paradigma della nullità assoluta le situazioni di incompatibilità e di astensione del giudice, opinione da sempre avversata dalla Cassazione²⁷. Posto infatti che tutte le cause di incompatibilità e astensione – tranne

²⁶ In tal senso cfr. Cass., Sez. 1, 1 giugno 1998, n. 7082, Gallo, in Ce.d. n. 210726; Sez. 3, 4 ottobre 2001, n. 40511, Martinenghi, *ivi*, n. 220303.

²⁷ La teoria, come noto, è stata da lungo tempo sostenuta, con argomenti piuttosto convincenti, da F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 1183; A. GALATI, voce *Nullità*, cit., p. 922; C. TAORMINA, *Diritto processuale penale*, Torino, Giappichelli, 1995, vol. II, p. 427; E. ZAPPALÀ, *sub art. 35 c.p.p.*, in M. CHIAVARIO (a cura di), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, II, Torino, Utet, 1990, pp. 187-188. Come noto, la giurisprudenza ha sempre respinto questa teoria. Cfr. sul tema Cass., Sez. 3, 14 novembre 2003, Jayasurya, in Ce.d. n. 227588; Sez. 5, 6 novembre 2006, Nardo, *ivi*, 235487; Sez. 5, 8 novembre 2006, Zonch, *ivi*, 236307. Su tutte, si veda la sentenza delle Sezioni Unite 17 aprile 1996, D'Avino, *ivi*, 204464.

quella di cui alla lettera *h* dell'art. 36 c.p.p. – possono dar vita a una dichiarazione di ricusazione, ne deve derivare che ognuna di esse pare in grado di comportare la nullità assoluta per difetto di terzietà e imparzialità (o, usando la fattispecie codicistica, per incapacità)²⁸ del giudicante, ove questi spontaneamente non si astenga.

Tuttavia, secondo le Sezioni Unite, quella in questione – la nullità derivante dalla violazione dell'art. 37 comma 2 c.p.p. – rappresenta una forma di invalidità operante solo nel caso in cui la ricusazione proposta sia poi effettivamente accolta dal giudice competente. Ove così non fosse, infatti, «alla scelta processuale di parte sarebbe, in definitiva, rimessa la permanenza della titolarità del giudizio in capo al giudice che ne è investito»²⁹, opzione che si paleserebbe in contrasto con il principio di ragionevolezza (nonché con quello della ragionevole durata).

Se guardiamo al metodo seguito dalle Sezioni Unite, prescindendo dal chiederci se nel merito la conclusione cui sono pervenute sia da condividere, ne emerge confermato l'approccio sostanzialista-empirico di cui si dibatte.

Da un lato, la nullità, sia quanto all'*an*, sia con riferimento alla sua qualità, viene ricavata dalla diretta applicazione di un principio costituzionale. Il passaggio è tutt'altro che nuovo – la dottrina ne sostiene la praticabilità da oltre un trentennio³⁰ – benché qui forse risaltino il richiamo alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo³¹ ed il *révirement* operato rispetto all'orientamento precedente. Con riferimento a quest'ultimo, si può rimarcare come, nel primo decennio di vigenza del nuovo codice, il diritto vivente avesse operato una applicazione estremamente formale (e restrittiva) della previsione di cui all'art. 178 lett. *a* c.p.p., evitando di includervi casi non specificamente rientranti nella capacità di acquisto e di esercizio delle funzioni giurisdizionali (ipotesi legate alle dispo-

²⁸ La questione è ammessa esplicitamente in un *obiter dictum*, al § 8 della sentenza.

²⁹ *Ibidem*, § 8, 3° capoverso.

³⁰ A. GALATI, voce *Nullità*, cit., p. 912, nt. 26.

³¹ Sul tema si rinvia alle decisioni 23 aprile 1987, Ettl e al. c. Austria; 14 novembre 2006, Tsfayo c. Regno Unito; 6 maggio 2009, Kleyn c. Olanda. Per una analisi più approfondita cfr. F. GAMBINI, *sub Art. 6*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve*, cit., p. 176.

sizioni contenute nella legge sull'ordinamento giudiziario). Dunque con la decisione commentata si apre una breccia nel paradigma della incapacità, potenzialmente passibile si altre numerose applicazioni. Dall'altro lato, per evitare il proliferare dei casi di nullità – a ben vedere, infatti, la sentenza ha un effetto restrittivo in materia – si configura la fattispecie come tutta orientata alle conseguenze (*secundum eventum*), a tal punto che essa potrà essere applicata soltanto *a posteriori*, vale a dire a conclusione del procedimento incidentale concernente la ricusazione. E perché tutto ciò? Perché in fondo – questo è il *leitmotiv* – tutte queste gravi conseguenze invalidanti hanno un senso solo ove per le parti vi sia un pregiudizio effettivo. In mancanza di esso, il dovere di astensione diviene, tutt'al più, motivo di censura disciplinare, ma non è in grado di compromettere la progressione processuale. Come detto, ne esce confermata la natura ancipite – secondo la giurisprudenza – delle norme di procedura. Disposizioni cogenti talora (purché in concreto vi sia una lesione del valore protetto); talaltra, invece, mere linee guida, da seguire salvo non si ritenga opportuno far diversamente, quando comunque non ne derivi danno per alcuno.

3. Nullità in materia di imputazione

a. Gli atti propulsivi.

Se v'è un settore in cui la divaricazione tra dottrina e giurisprudenza appare evidente, è quello che coinvolge il tema dell'imputazione nel processo penale³². La frattura, di fatto incolmabile, tra ricostruzione dogmatica e applicazione concreta è per la maggior par-

³² Per esigenze di semplificazione, si useranno qui i termini "imputazione", "accusa", "contestazione", "addebito" in maniera alternativa, vale a dire come sinonimi, volendosi comunque indicare con essi il fatto che viene ascritto all'imputato (ivi compresa la sua connotazione giuridica). Giustamente si osserva che, propriamente parlando, si dovrebbe distinguere l'"imputazione" (l'addebito come descritto nell'atto di esercizio dell'azione penale) dall'"accusa" (l'addebito quando viene posto ad oggetto della verifica dibattimentale, quindi, come risultante dal decreto di rinvio a giudizio), almeno quando – come nel rito ordinario – sussistano due atti distinti: si veda sul punto F. CORDERO, *Le situazioni giuridiche soggettive nel processo penale*, Torino, Giappichelli, 1955, p. 228; M. PANZAVOLTA, *L'imputazione di*

te legata al criterio del pregiudizio effettivo, adottato per giustificare una vera e propria riscrittura delle disposizioni in materia.

Il punto di partenza di questo vero e proprio moto di ribellione al testo normativo è da individuare nella selezione del valore di fondo tutelato dalle ipotesi di invalidità. Per la giurisprudenza, questo è soltanto il diritto di difesa dell'imputato. Ne esce in tale guisa una ricostruzione pretoria del sistema tutta incentrata sulla verifica, in concreto, sul se le lacune e gli errori attinenti alla imputazione – alla sua formulazione originaria, alla sua modifica, e alla sua correlazione con la sentenza – siano tali da ledere le prerogative dell'accusato. Ove ciò non si verifichi, ed anche ove ciò possa essere evitato con un intervento correttivo e d'ausilio dell'organo giurisdizionale – e su tale accertamento empirico si sono dati casi altamente controvertibili – si ritiene comunemente non realizzata in radice la nullità.

Il metodo sommariamente descritto è da lungo tempo costantemente adottato *in primis* in relazione al momento della prima formulazione dell'addebito da parte dell'accusa. Limitandoci ad un'analisi

fettosa nel decreto di rinvio a giudizio, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2006, p. 357 e s., in particolare alla nota 2.

Sul concetto di imputazione, cfr. V. PERCHINUNNO, voce *Imputazione (capo di)*, in *Enc. giur. Treccani*, XVI, Roma, 1989, pp. 1-2; F. CARNELUTTI, *Cenni sull'imputazione penale*, in *Questioni sul processo penale*, Bologna, Zuffi, 1950, p. 168; *Id.*, *Lezioni sul processo penale*, I, Roma, 1946, p. 131; *Id.*, *Lezioni sul processo penale*, III, Roma, 1947, pp. 41-42; *Id.*, *Lezioni sul processo penale*, IV, Roma, 1949, pp. 10-12; *Id.*, *Principi del processo penale*, Morano, Napoli, 1960, p. 94 s. Egualmente, F. CORDERO, voce *Giudizio*, in *Dig. pen.*, V, Torino, Utet, 1992, p. 508; O. DOMINIONI, voce *Azione penale*, in *Dig. pen.*, I, Torino, Utet, 1987, p. 403; *Id.*, voce *Imputazione*, in *Enc. dir.*, vol. XX, Milano, Giuffrè, 1970, p. 829; E. MARZADURI, voce *Imputato e imputazione*, in *Dig. pen.*, VI, Torino, Utet, 1992, p. 284; E. LEMMO, *L'accusa suppletiva nel dibattimento penale*, Milano, Giuffrè, 1972, pp. 16-17 e p. 24.

Sul concetto di contestazione dell'accusa, cfr. V. CAVALLARI, voce *Contestazione dell'accusa*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, Giuffrè, 1961, p. 631; *Id.*, voce *Contraddittorio (dir. proc. pen.)*, *ivi*, p. 728; G. GIOSTRA, voce *Contraddittorio (principio del)*, *Diritto processuale penale*, in *Enc. giur. Treccani*, VIII, Roma, 1988, p. 4; G. CONSO, voce *Accusa e sistema accusatorio*, in *Enc. dir.*, I, Milano, Giuffrè, 1958, p. 335 s. (in particolare pp. 344-345); G. FOSCHINI, *La criptoimputazione*, in *Studi in memoria di A. Torrente*, Milano, Giuffrè, 1968, vol. I, p. 369; L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, *Teoria del garantismo penale*, 2^a ed., Roma-Bari, Laterza, 1990, pp. 621-625; C. BUCOLO, *La contestazione*, in *Giust. pen.*, 1949, III, c. 808; G. D. PISAPIA, *Contestazione di nuovi fatti e correlazione tra accusa e sentenza: in tema di concubinato e di violazione degli obblighi di assistenza coniugale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1951, p. 125 s. F. CARNELUTTI, *Principi*, cit., p. 94, nota 1.

si della giurisprudenza formatasi sul codice vigente, sono ben note le tante pronunce che hanno considerato vizi innocui prassi a prima vista devianti quali quella consistente nella formulazione del capo d'imputazione generico³⁵, o, ancora, della imputazione alternativa³⁴. Spingendo sino all'estremo simile approccio, si è arrivati a censurare come abnormi le ordinanze del giudice dell'udienza preliminare che avessero dichiarato nulle le richieste di rinvio a giudizio per ge-

³⁵ Sul tema si rinvia ai contributi di M. PANZAVOLTA, *L'imputazione difettosa nel decreto di rinvio a giudizio*, cit., p. 357 s.; C. CESARI, *Modifica dell'imputazione e poteri del giudice dell'udienza preliminare*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1994, p. 298 s.; G. VARRASO, *Omessa o insufficiente descrizione dell'imputazione, nullità della vocatio in iudicium e autorità competente alla rinnovazione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1999, p. 339 s.; D. POTETTI, *Il controllo del giudice dell'udienza preliminare*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 1498 s.; F. CASSIBBA, *Nullità della richiesta di rinvio a giudizio per genericità dell'imputazione*, *ivi*, 2007, p. 1178 s.; *Id.*, *L'udienza preliminare: struttura e funzioni*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 128 s., in particolare pp. 138-149.

Per un'ampia analisi della materia, tra vecchio e nuovo codice, si veda T. RAFARACI, *Le nuove contestazioni nel processo penale*, Milano, Giuffrè, 1996. In materia cautelare, si rinvia, quanto al principio della domanda, a E. VALENTINI, *La domanda cautelare nel sistema delle cautele personali*, Bologna, BUP, 2010, p. 14 s. per le considerazioni generali (e in particolare nel settore cautelare pp. 89-145).

³⁴ Sul punto sia consentito il riferimento a M. CAIANIELLO, *Alcune considerazioni in tema di imputazione formulata in modo alternativo*, in *Cass. pen.*, 1997, p. 2468 s.; *Id.*, *Il processo penale nella giustizia internazionale: casi giurisprudenziali dall'esperienza dei tribunali ad hoc*, in G. ILLUMINATI, L. STORTONI, M. VIRGILIO (a cura di), *Crimini internazionali tra diritto e giustizia: dai Tribunali Internazionali alle Commissioni Verità e Riconciliazione*, Torino, Giappichelli, 2000, p. 135 s. (con un'analisi sviluppata in ambito penale internazionale). Il tema, come noto, è ampiamente dibattuto dalla dottrina, sin dall'operare del codice previgente. Si vedano, tra gli altri, V. PERCHINUNNO, *L'accertamento alternativo nel processo penale*, Milano, Giuffrè, 1980, p. 15; G. FOSCHINI, *Sistema del diritto processuale penale*, vol. I, 2^a ed., Milano, Giuffrè, 1965, p. 136. Sul tema della imputazione generica, e della costruzione della regudicanda nel processo, si rinvia a R. ORLANDI, *Inchieste preparatorie nei procedimenti di criminalità organizzata: una riedizione dell'inquisitio generalis?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, p. 568 s., in particolare pp. 572-577. In giurisprudenza, quanto all'ammissibilità della pratica della imputazione alternativa, cfr. Sez. VI, 2 maggio 1992, Pellegrino, in *Arch. proc. pen.*, 1992, c. 594, ove si legge che «non è consentito al g.i.p. che ravvisi generica l'imputazione formulata con la richiesta di rinvio a giudizio disporre la restituzione degli atti al pubblico ministero. Eventuali modifiche ed integrazioni dell'imputazione potranno, all'occorrenza, essere effettuate, anche oralmente, nel corso dell'udienza preliminare, a norma dell'art. 423 c.p.p.». Ancora, Sez. VI, 7 luglio 1992, Nichele, in C.e.d. n. 191347; Sez. IV, 15 giugno 1992, Rivellini, *ivi*, n. 191831; Sez. V, 1 febbraio 1995, Villatico, *ivi*, n. 189547.

nericità dell'addebito penale⁵⁵, nonostante non fosse difficile ricondurre tale fenomeno ad una lesione dell'intervento e della assistenza dell'imputato, come previsti dall'art. 178 c.p.p. Addirittura, prima che le Sezioni Unite intervenissero per smentire simile approccio ermeneutico, per lungo tempo è stata seguita da buona parte della giurisprudenza di legittimità una soluzione analoga anche in merito ai provvedimenti di annullamento adottati dal giudice dibattimentale. In tal senso, a fronte di decreti di rinvio a giudizio con addebito indeterminato⁵⁶, si riteneva fuori dal sistema – in quanto causa di una indebita regressione del procedimento – l'annullamento *in limine iudicii* del decreto che dispone giudizio dovuto alla mancanza di chiarezza e precisione dei fatti ascritti alla difesa.

Il ragionamento, comune a entrambi gli orientamenti interpre-

⁵⁵ Per una trattazione *ex professo* del problema si veda Cass. Sez. Un., 20 dicembre 2007, n. 5307, p. m. in c. Battistella, in *Cass. pen.* 2009, p. 633, con nota di L. LOMBARDO, *Genericità dell'imputazione e poteri del giudice dell'udienza preliminare*. Si veda, inoltre, il commento di O. MAZZA, *Imputazione e nuovi poteri del giudice dell'udienza preliminare*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1372. Tra le molte altre decisioni sul tema, cfr. Cass., Sez. 6, 10 novembre 2004, p. m. in c. Pellegrino, in C.e.d. n. 230842; Sez. 6, 29 settembre 2004, p. m. in c. D'Avanzo e al., *ivi*, n. 230842; Sez. un., 20 dicembre 2007, p. m. in c. Battistella, *ivi*, n. 238239 (e anche in *Cass. pen.* 2009, p. 633); Sez. 6, 17 febbraio 2011, p. m. in c. Bianchini e al., *ivi*, n. 250494.

⁵⁶ La questione, con riferimento alla declaratoria di nullità del decreto di rinvio a giudizio, è stata trattata in maniera esaustiva dalle Sezioni Unite: Cass., Sez. Un., 10 dicembre 1997, Di Battista, in *Cass. pen.*, 1998, p. 1607. La Cassazione, come noto, ha negato che costituissero atto abnorme la declaratoria di parziale nullità, da parte del giudice del dibattimento, del decreto che dispone il giudizio per mancata o insufficiente enunciazione del fatto contestato e della contestuale restituzione degli atti al giudice dell'udienza preliminare (allora, prima della riforma della Legge Carotti, il g.i.p.). Se ne veda il commento di G. VARRASO, *Omessa o insufficiente descrizione dell'imputazione*, cit., p. 339 s. Anche con riferimento a tale atto, non rare erano le pronunce orientate a ritenere abnorme una declaratoria di nullità del decreto *ex art.* 429 c.p.p. (o 552 c.p.p.) per indeterminatezza del fatto. Si veda a tal proposito Cass., Sez. 5, 12 dicembre 1991, p. m. in c. Cavuoto e al., in C.e.d. n. 189547; Sez. 6, 5 maggio 1992, p. m. in c. Nichele e al., *ivi*, n. 191347; Sez. 2, 9 gennaio 1996, Lanzo, *ivi*, n. 204029; Sez. 1, 18 dicembre 1996, Di Stefano e al., *ivi*, n. 206666; Sez. 1, 17 dicembre 1998, p. m. in c. Adamo, *ivi*, n. 212454; Sez. 1, 7 novembre 2001 n. 45698, Molè e al., *ivi*, n. 220470; Sez. 1, 4 aprile 2003 n. 28987, Esposito, *ivi*, n. 227383; Sez. 6, 7 ottobre 2004 n. 42011, Romanelli, *ivi*, n. 230384; Sez. 6, 10 novembre 2004 n. 48697, p. m. in c. Casamonica e al., *ivi*, n. 230842; Sez. 6, 29 settembre 2004, p. m. in c. D'Avanzo e al., *ivi*, n. 231185; Sez. 6, 25 novembre 2004 n. 2567, p. m. in c. Scipioni e al., *ivi*, n. 230883.

tativi citati, era di carattere eminentemente empirico: l'udienza preliminare è sede in cui le parti sono chiamate ad affinare e correggere le proprie strategie. Tra queste, una delle principali questioni coinvolte è la formulazione dell'imputazione, che come noto riveste un ruolo vitale per la determinazione della contesa. Ne deriva che il giudice dell'udienza preliminare, invece che dichiarare nulla l'imputazione indeterminata per genericità o per altre patologie (quali ad esempio la posizione dei capi d'accusa in maniera alternativa), deve piuttosto invitare il pubblico ministero alle opportune precisazioni³⁷. Lungi dunque dall'essere estraneo alle scelte di parte, potendole soltanto accogliere o rigettare (o, se del caso, colpire in quanto invalide), il giudice dell'udienza preliminare – e financo quello dibattimentale, *in limine litis*, si è ritenuto per un certo periodo – acquisisce una funzione di soggetto coinvolto in un'attività correttiva e di instradamento verso i giusti binari degli atti e delle opzioni esercitati dai contendenti. Per usare un'ottica derivata da altri settori, il rapporto del giudice con l'atto d'imputazione parrebbe più orientato all'approccio correttivo tipico della giurisdizione volontaria che non a quello di terzo estraneo della giurisdizione litigiosa. In tale prospettiva, il rappresentante della giurisdizione non può chiamarsi fuori dalla definizione corretta degli addebiti, come se simile tema costituisse un aspetto di una pura e sola contesa tra le parti; al contrario, egli è tenuto a farsi carico dell'impresa, contribuendo con sollecitazioni, interventi positivi e se necessario ammonimenti volti ad evitare che lo sforzo propulsivo dell'attore sia vanificato per sua negligenza o imperizia³⁸.

b. Le nuove contestazioni dibattimentali e la correlazione tra accusa e sentenza.

Se tutto sommato la giurisprudenza formatasi sugli atti propulsivi – richiesta e decreto di rinvio a giudizio – grazie all'intervento

³⁷ Si rinvia alle decisioni menzionate nelle due precedenti note (in primis Sez. Un., 20 dicembre 2007, n. 5307, p. m. in c. Battistella). Si vedano, a conferma di quanto affermato, le decisioni della Corte costituzionale 7-15 marzo 1994, n. 88, in *Giust. pen.*, 1994, c. 161, con nota di A. VIRGILIO, *Fatto diverso: trasmissibilità degli atti dal giudice dell'udienza preliminare al pubblico ministero?*; Corte cost. 5-14 aprile 1995, n. 131, in *Cass. pen.*, 1995, p. 2088.

³⁸ Sul punto si tornerà successivamente, *infra*, § 10.

delle Sezioni Unite non può essere, quanto al risultato raggiunto, radicalmente contrapposta agli orientamenti dottrinari³⁹, non altrettanto può affermarsi per l'ulteriore settore in cui l'approccio empirico-pragmatico qui descritto è stato applicato nel diritto vivente: quello delle nuove contestazioni in giudizio. Per essere più chiari: è indubbio che la casistica sia rifuggita da un puro approccio formale alle nullità, nello stabilire a quali condizioni gli atti di cui agli artt. 417, 429 e 552 c.p.p. dovessero essere considerati nulli. Tuttavia, le conclusioni raggiunte non sono poi così lontane da quelle individuate da gran parte della dottrina, anch'essa non di rado aperta in questo settore a interpretazioni di tenore empirico-sostanziale⁴⁰. Ciò sembra dovuto principalmente alle norme formulate in tale ambito dal legislatore, tutte caratterizzate da una certa (e probabilmente voluta) indeterminatezza di fondo. Ad esempio, è innegabile che l'assenza di previsioni *ad hoc* quanto ai fatti inadeguatamente descritti nella richiesta di rinvio a giudizio abbia costretto a ragionamenti fondati su giudizi di valore, più che su un'operazione di semplice sussunzione. Quanti si schieravano per la doverosità di una declaratoria di nullità in casi di imputazione indeterminata dovevano infatti fare riferimento a concetti ampi, e a loro volta poco pregnanti, quali la lesione dell'intervento o dell'assistenza dell'imputato in giudizio. Lo stesso può dirsi per le ipotesi di invalidità relative al decreto *ex art.* 429 (o 552) c.p.p. La nullità per insufficiente descrizione del fatto, infatti, lasciava spazio a ricostruzioni tutte orientate alle conseguenze, cioè fondate sulla verifica dell'offesa del bene tutelato. In tal senso, nullo è quel decreto in cui la descrizione dell'accusa sia tale da precludere alla difesa una adeguata conoscenza sulla natura e sui motivi dell'accusa, imponendole di godere del tempo e delle risorse necessarie per apprestare le proprie contromosse.

³⁹ In verità rimangono diversi aspetti in cui emerge una contrapposizione inconciliabile tra la soluzione dottrinaria e quella giurisprudenziale. Il più rilevante è certamente quello relativo alla natura della nullità del decreto che dispone il giudizio affetto da una imputazione insufficiente. Per la giurisprudenza, come noto, essa sarebbe di carattere relativo, mentre per la dottrina si tratterebbe quanto meno di nullità intermedia (con alcune tesi che si spingono a sostenerne il carattere assoluto). Sul punto si rinvia alle opere e agli autori citati alle note precedenti, così come alle sentenze ivi menzionate.

⁴⁰ Si rinvia alla dottrina menzionata *supra*, § 3 *a*.

Diverso è invece – come si è detto – il discorso se si sposta lo sguardo sul campo delle nuove contestazioni dibattimentali, e sul seguente principio di correlazione tra accusa e sentenza. Qui il dettato normativo appare decisamente più dettagliato, così come le ipotesi di invalidità che vi si ricollegano. Ad essere rigorosi, infatti, ogni disposizione dovrebbe, nel capo esaminato, essere osservata rigidamente, pena la nullità dell'atto: in tal senso depono la nuda lettera dell'art. 522 comma 1 c.p.p., secondo il quale una qualunque inosservanza delle ipotesi contemplate dal capo in cui la previsione si colloca dovrebbe comportare il realizzarsi del vizio.

Ciononostante, se si guarda alla applicazione in concreto che di tali previsioni è stata data, si coglie come – lo si è già osservato – il metodo tutto incentrato sulla ricerca di un pregiudizio trovi in questa sede uno dei suoi più evidenti ambiti di espressione.

Le diverse soluzioni escogitate nella variopinta casistica partono sempre da uno stesso presupposto: le disposizioni del codice, nel settore esaminato, hanno il solo scopo di salvaguardare il diritto di difesa. *Ergo*, quando questo non sia leso né posto a repentaglio, è consentito non rispettarle, in tutto o in parte.

Un primo esempio è quello – ormai risalente, ma sempre discutibile – della modifica dell'accusa in apertura del dibattimento. Nonostante, con maggiore o minore nettezza le fattispecie contemplate dal dettato normativo impongano di legare la *emendatio libelli* alle prove acquisite nel contraddittorio, e dunque allo sviluppo e alle novità prodotte dall'istruzione dibattimentale, da quasi quindici anni si è consolidato l'orientamento per cui sia possibile procedere a mutare i tratti dell'accusa a prescindere da un *quid novi* emerso grazie alle prove acquisite. Il pubblico ministero infatti, come noto, può provvedere a cambiare i connotati dell'addebito, secondo i paradigmi previsti agli artt. 516 e 517 c.p.p., a suo piacimento, prima che l'istruzione sia dichiarata aperta⁴¹. Ciò ha comportato interventi

⁴¹ È quanto stabilito dalle Sezioni Unite nel 1998, con una nota decisione (Cass., Sez. Un., 28 ottobre 1998, Barbagallo e al., in *Cass. pen.*, 1999, p. 2074). Sul tema cfr. S. ALLEGREZZA, *Precocità delle nuove contestazioni in dibattimento: mera irregolarità o causa di invalidità?*, in *Cass. pen.*, 2000, p. 330; M. BAZZANI, *Nuove contestazioni e istruzione dibattimentale*, *ivi*, 1999, p. 3079; M. L. DI BINTONTO, *La modifica dell'imputazione nel dibattimento: problemi interpretativi e so-*

a catena su tutto il capo dedicato agli istituti in questione, per rimediare alle lacune e alle conseguenze irragionevoli che si sarebbero prodotte, lasciando invariata la originaria disciplina. E così la Corte costituzionale ha dovuto dichiarare illegittimi, con due pronunce intervenute l'una a quindici anni di distanza dall'altra, gli artt. 516 e 517 c.p.p., nella parte in cui non veniva concessa la possibilità all'imputato, a fronte di un cambiamento dell'accusa, di chiedere il patteggiamento o il giudizio abbreviato⁴², fondando la propria

luzioni possibili, in *Giur. it.*, 1999, p. 2136; P. DI GERONIMO, *L'efficacia normativa delle sentenze costituzionali additive: un criterio risolutivo del contrasto in tema di mutamento della contestazione formulata prima dell'istruttoria dibattimentale*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 4203; G. LOZZI, *Modalità cronologiche della contestazione suppletiva e diritto di difesa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 342. Per analisi precedenti alla decisione delle Sezioni Unite, v. T. BENE, *Diversità ontologiche e difformità di effetti delle modificazioni della imputazione*, in *Giur. it.*, 1995, II, c. 313; U. FERRANTE, *Contestazione in dibattimento del reato concorrente o della circostanza aggravante*, in *Giur. merito*, 1994, p. 925; T. RAFARACI, *L'assessamento tardivo degli addebiti contestati*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, p. 329; V. SGROMO, *Previo contraddittorio per la contestazione suppletiva del reato concorrente e del reato continuato*, *ivi*, 1996, p. 1485. V. anche, su un tema sensibilmente diverso (la modifica dell'imputazione in udienza preliminare), L. PARLATO, *Modifica dell'imputazione e contestazione di fatti già conosciuti in sede di indagini preliminari*, in *Cass. pen.*, 1999, p. 251. Dopo la pronuncia delle Sezioni unite, non è mancato peraltro un indirizzo giurisprudenziale che, facendo soprattutto leva sulle modifiche introdotte in materia dalla l. 16 dicembre 1999, n. 479, ha ritenuto causa di nullità la modifica dell'imputazione sulla base degli atti di indagine: Sez. VI, 22 febbraio 2005, Aricò, in *Cass. pen.*, 2006, p. 1507 ss.; Sez. II, 16 dicembre 2003, Filippo, *ivi*, 2005, p. 1979; Sez. VI, 10 dicembre 2001, Porricelli, *ivi*, 2003, p. 3870 ss.; Sez. VI, 22 marzo 2000, Apicella, *ivi*, 2002, p. 1440. Resta comunque maggioritario l'opposto orientamento: Sez. VI, 20 giugno 2006, Battilana, in *Cass. pen.*, 2007, p. 1495 s., con nota di G. SANTALUCIA, *Le modifiche dibattimentali dell'imputazione senza istruzione: una conferma all'orientamento delle Sezioni unite*; Sez. V, 21 settembre 2004, Obertino, in *C.e.d.* n. 231271; Sez. II, 20 aprile 2004, Marras, in *Cass. pen.*, 2005, p. 3016; Sez. IV, 19 febbraio 2004, Montanari, *ivi*, 2005, p. 1979; Sez. VI, 7 marzo 2003, Bienati, *ivi*, p. 884.

⁴² Per il patteggiamento, si tratta della sentenza Corte cost., sent. 22-30 giugno 1994, n. 265, in *Giur. cost.*, 1994, p. 2162, con nota di V. RETICO, *Contestazione suppletiva e limiti cronologici per il "patteggiamento"*, p. 2166. Cfr. a tal proposito, T. RAFARACI, *Le nuove contestazioni nel processo penale*, cit., pp. 197-210. Per l'abbreviato, è intervenuta la sentenza Corte cost., sent. 14-18 dicembre 2009, n. 333, in *Giur. cost.*, 2009, p. 4044, con commento di M. CAIANIELLO, *Giudizio abbreviato a seguito di nuove contestazioni. Il prevalere delle tutele difensive sulle logiche negoziali*. Si veda, in commento alla decisione del 2009, G. TODARO, *Nuove contestazioni dibattimentali e giudizio abbreviato: una incostituzionalità attesa tra spinte antitetiche e dubbi persistenti*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 2527.

scelta precipuamente sulla prassi invalsa delle c.d. “contestazioni precoci”⁴³.

Ma il divario più significativo tra la ricostruzione dottrina e quella giurisprudenziale ha certamente riguardato i concetti di fatto diverso, reato concorrente e circostanza aggravante, nel prisma della correlazione tra accusa e sentenza. A fronte di una elaborazione teorica nitida sui concetti richiamati⁴⁴, e di una ipotesi di nullità ri-

Sul tema della ammissibilità del giudizio abbreviato a seguito di nuove contestazioni, prima della sentenza n. 333 del 2009, v. C. FIORIO, *Vicende dell'imputazione e giudizio abbreviato*, in *Giur. cost.*, 2005, p. 2053 (a commento di Corte cost., ord. 3-16 giugno 2005, n. 236). In tempi più recenti O. BRUNO, *L'ammissibilità del giudizio abbreviato*, Padova, Cedam, 2007, pp. 75-83 (in particolare pp. 78-80); L. SURACI, *Il giudizio abbreviato*, Napoli, Esi, 2008, pp. 114-117. Si rinvia inoltre a T. RAFARACI, *Le nuove contestazioni*, cit., pp. 197-210; S. ALLEGREZZA, *Precocità delle nuove contestazioni in dibattimento*, cit., p. 331.

⁴³ Per una decisione da cui emerge un nuovo profilo deviante legato alla prassi delle “contestazioni precoci”, cfr. Cass., Sez. II, 14 gennaio 2009, n. 8054, in *Cass. pen.*, 2011, p. 1063, con nota di M. GALATI, *La modifica dell'imputazione in seguito all'attività integrativa d'indagine*. Nota l'Autore che la vicenda era sorta a seguito di una richiesta probatoria avanzata nel corso di un'udienza dibattimentale. La domanda era cagionata dall'esito dell'attività integrativa d'indagine ex art. 430 c.p.p. svolta dal rappresentante dell'accusa. Questi, prima che il tribunale si pronunciasse ex art. 433 c.p.p. sulle richieste legate all'attività integrativa svolta, procedeva a una nuova contestazione tardiva in apertura del dibattimento e prima dell'inizio dell'istruzione dibattimentale anche sulla base di elementi emersi nel corso delle indagini integrative. A fronte di un'ordinanza di diniego da parte del tribunale, secondo il quale la modifica dell'addebito non avrebbe potuto fondarsi su risultanze di indagini integrative prima della decisione sulla loro utilizzabilità ex art. 433 c.p.p., la Cassazione interveniva dichiarando abnorme la soluzione dei giudici di primo grado, posta la così ampia libertà concessa al pubblico ministero sui temi e i modi per procedere a nuove contestazioni. Il pericolo di una deriva incontrollata, provocata da un uso poco ponderato della teoria delle contestazioni precoci, era stato efficacemente stigmatizzato da S. ALLEGREZZA, *Precocità delle nuove contestazioni*, cit., p. 338, la quale aveva osservato come: «La contestazione anticipata e scissa dalle risultanze dibattimentali comporta quindi una modifica del termine di riferimento dell'iter logico seguito dal giudice nel valutare l'ammissibilità delle prove richieste. Alla normale sequenza 'richiesta di prove – ammissione delle stesse – sopraggiungere della necessità di modifica o integrazione dell'addebito in seguito alla loro assunzione, se ne sostituisce un'altra. Nel caso di specie, invece di dimostrare al giudice la pertinenza e la rilevanza delle prove richieste in base all'imputazione originaria, l'accusa si limita ad intervenire direttamente sul parametro di confronto – il *thema probandum* fissato nell'imputazione – conseguendone un notevole vantaggio».

⁴⁴ T. RAFARACI, *Le nuove contestazioni*, cit., pp. 25-31; I. CALALAMANDREI, *Diversità del fatto e modifica dell'imputazione nel codice di procedura penale del*

cavata dalla difformità tra i fatti enunciati nell'atto d'accusa e quelli ritenuti in sentenza, si è avuta una applicazione pretoria del tutto incentrata su valutazioni empiriche e sostanziali, tese a verificare se le difformità fossero tali, per specie e quantità, da giustificare un intervento invalidante da parte del giudice. E così fatti diversi sì, ma non in misura macroscopica, sono stati considerati non sussumibili sotto le ipotesi di cui agli artt. 521-522 c.p.p., dal momento che, alla luce degli elementi probatori indicati nel decreto che dispone il giudizio, o emersi in dibattimento, poteva agevolmente desumersi il differente profilo assunto dalla imputazione, rispetto alla sua formulazione originaria. Per dirla diversamente, secondo l'interpretazione dominante nella prassi, il giudice potrebbe di propria iniziativa cambiare qualche connotato della descrizione storica dei fatti, ivi compresi l'*ubi* e il *quando*, senza temere di incorrere nella ipotesi di nullità codificata⁴⁵.

Il picco di questa libertà incontrollata di disposizione da parte del giudice sulla regiudicanda è probabilmente toccato ove il fatto addebitato rivesta i connotati del reato colposo. In tali ipotesi, è costante l'affermazione per cui «nei reati colposi, la sostituzione o l'aggiunta di un particolare profilo di colpa, sia pure specifica, al profilo di colpa originariamente contestato, non vale a realizzare diversità o immutazione del fatto ai fini dell'obbligo di contestazione suppletiva di cui all'art. 516 c.p.p. e dell'eventuale ravvisabilità, in carenza di valida contestazione, del difetto di correlazione tra imputazione e sentenza ai sensi dell'art. 521 c.p.p.». Ciò in quanto «nei procedi-

1988, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, p. 647 s. Si vedano ancora F. CORDERO, *Considerazioni sul principio d'identità del "fatto"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1958, p. 935 s.; V. CAVALLARI, voce *Contestazione dell'accusa*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, Giuffrè, 1961, p. 939 («non può ritenersi soddisfatta l'esigenza della contestazione se il fatto configurante la circostanza [...] sia enunciato solo come elemento dell'imputazione e non espressamente a titolo di aggravante»).

⁴⁵ Si rinvia al contributo di C. GRILLI, *Difetto di correlazione tra imputazione contestata e sentenza: criteri di verifica a confronto*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 1975. L'Autrice evidenzia differenti criteri posti a base della verifica del difetto di correlazione, in particolare quello "teleologico" e quello "strutturale". Con il primo dovrebbe intendersi quello orientato alla mera tutela da lesioni del diritto di difesa; con il secondo, quello teso a valorizzare, a fianco del diritto di difesa, la neutralità e terzietà del giudicante. Si nota, inevitabilmente, come la giurisprudenza di gran lunga maggioritaria opti per il primo tra i due criteri evidenziati.

menti per reati colposi, quando nel capo di imputazione siano stati contestati elementi generici e specifici di colpa, non sussiste violazione del principio di correlazione tra sentenza ed accusa mossa nel caso in cui il giudice abbia affermato la responsabilità del prevenuto per un'ipotesi di colpa diversa da quella di colpa specifica contestata ma rientrante in quella di colpa generica. Infatti, il riferimento alla colpa generica, anche se seguito dall'indicazione di un determinato, specifico profilo di colpa, evidenzia che la contestazione riguarda la condotta dell'imputato globalmente considerata sicché questi è in grado di difendersi relativamente a tutti gli aspetti del comportamento tenuto in occasione dell'evento di cui è chiamato a rispondere, indipendentemente dalla specifica norma che si assume violata»⁴⁶.

In questa sede poco importa evidenziare quanto discutibili – ma si vorrebbe dire apertamente erronee – appaiano le conclusioni cui si è pervenuti in giurisprudenza. Certo, la soluzione ermeneutica nell'ipotesi di mutamento dei caratteri della colpa riesce a far strame, in un colpo solo, e senza alcuna giustificazione adeguata, di due profili da tempo consolidati nello studio dottrinario del tema. Da un lato, essa trascura come nel fatto, processualmente evocato da tutte le disposizioni collocate nel capo dedicato alle nuove contestazioni in dibattimento, sia da includere anche l'elemento soggettivo, al variare del quale dunque cambia anche la *res* sulla quale il giudice viene chiamato a emettere sentenza⁴⁷. Ancor prima, la teoria qui criticata non considera come nel concetto di reato colposo da tem-

⁴⁶ In tal senso Cass., Sez. IV, 19 maggio 2009, n. 31968, Raso, in C.e.d. Cass., n. 245313; si veda anche Cass. pen. Sez. IV, 8 febbraio 1996, n. 4968, Bonetti, *ivi*, n. 205266. Sul tema si vedano le lucide analisi di D. CASTRINUOVO, *La contestazione del fatto colposo: discrasie tra formule prasseologiche d'imputazione e concezioni teoriche della colpa*, in *Cass. pen.*, 2002, 12, p. 3836. Sul tema il dibattito è risalente. Si vedano in proposito v. G. FOSCHINI, *Decisione e contestazione in tema di delitto colposo*, in *Id.*, *Giudicare ed essere giudicati*, Milano, Giuffrè, 1960, pp. 287-8; M. MANTOVANI, *Il caso Senna fra contestazione della colpa e principio di affidamento*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1999, p. 153 s.; E. MUSCO, *La contestazione nei reati colposi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971, p. 330 s.; T. RAFARACI, *Le nuove contestazioni*, cit., p. 23, nota 48; G. SPANGHER, *Fatto e qualificazione giuridica nell'imputazione per reato colposo*, in *Riv. dir. proc.*, 1970, p. 296 p.

⁴⁷ Cfr. per tutti, sul tema, F. CORDERO, *Considerazioni sul principio d'identità del "fatto"*, cit., 1958, p. 935 e s., in particolare a p. 940; R. ORLANDI, *La regidicanda penale nelle fasi preistruttoria e istruttoria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, p. 555 s.

po risalente la dottrina penalistica include non soltanto un peculiare modo di essere dell'elemento soggettivo, ma anche un tipico modo di manifestarsi del reato, nel suo elemento propriamente fattuale. In altre parole, con il fenomeno giuridico della colpa penale si identifica in primo luogo un modo d'essere dell'elemento oggettivo del reato – vale a dire della condotta – cui si lega certo anche il profilo volitivo della colpa⁴⁸. Nella trasgressione o omissione di regole cautelari di condotta – è approccio pacifico nella dottrina penalistica – si evidenzia un profilo fattuale, che concretizza il principio di tipicità penale. Il reato colposo si distingue pertanto non solo (e non tanto) per un particolare elemento soggettivo (la colpa), ma ancor prima per una specifica condotta (attiva o omissiva). Questo è vero in particolare per la colpa specifica, che pretende una violazione di legge o di regolamento (ma in linea teorica il discorso vale anche per le diverse forme che può assumere la colpa generica).

Ne deriva che, se si cambia il profilo di colpa, in particolare di quella specifica, si muta al tempo stesso un aspetto rilevante del fatto storico, ragion per cui occorrerebbe dare applicazione, in simile evenienza, all'art. 516 c.p.p.⁴⁹

Dunque, asserire che, una volta contestata dal pubblico ministero in imputazione la colpa generica, sia possibile per il giudice a proprio piacimento modificare eventuali profili della colpa specifica costituisce conclusione inaccettabile: essa infatti risulta trasgressiva in primo luogo della ricostruzione di diritto penale sostanziale del fenomeno del reato colposo; in secondo luogo, dei profili processuali attinenti al principio di correlazione tra accusa e sentenza.

Tuttavia, lasciando queste osservazioni in secondo piano, quello

⁴⁸ Il dato è pacifico. Si rinvia qui alla più diffusa manualistica per una conferma. Tra i diversi contributi, si vedano, ad esempio, G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, 2^a ed, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 263-280; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, 3^a ed., Torino, Giappichelli, 2008, pp. 321-347; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, 6^a ed., Bologna, Zanichelli, 2009 (pp. 373 e 568-575; 624-626).

⁴⁹ Cfr. in particolare sul punto D. CASTRONUOVO, *La contestazione del fatto colposo: discrasie tra formule prasseologiche d'imputazione e concezioni teoriche della colpa*, in *Cass. pen.* 2002, p. 3836; più approfonditamente, dello stesso autore, sui complessi e delicati profili sostanziali dell'istituto, *Id.*, *L'evoluzione teorica della colpa penale tra dottrina e giurisprudenza*, in corso di pubblicazione su *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, pp. 1-50 del dattiloscritto.

che invece preme evidenziare, e che esce confermato anche nell'analisi dello specifico problema, è l'approccio antiformalistico e tutto teso alla lesione in concreto tenuto dalla giurisprudenza. Una volta postulato il punto di partenza – tutte le disposizioni sulla determinazione e variazione del fatto nel processo penale servono esclusivamente a tutelare il diritto di difesa – ne discende che le singole trasgressioni vengano considerate soltanto in quella prospettiva. E, qualora non appaia in concreto lesa la prerogativa alla cui tutela la regola è stata posta – onere, vale la pena sottolinearlo, implicitamente addossato alla parte che eccepisce – la violazione degrada a vizio innocuo o, per usare un linguaggio tipico dei sistemi oltreoceano, *harmless*.

4. Altre violazioni “innocue” in dibattimento

a. Liste testimoniali.

La sede dibattimentale tipicamente si presta ad un approccio orientato alla valutazione delle conseguenze in concreto ai fini dell'identificazione delle invalidità processuali: ciò è dovuto alla molteplicità di situazioni anomale che ogni attività processuale legata alla oralità, e dunque in sé intrinsecamente originaria e irripetibile, può presentare. Ove il *clou* della vicenda sia incentrato in un dibattimento orale in contraddittorio, è inevitabile che si possano costantemente dare situazioni non previste – o non previste del tutto – dal diritto positivo. Da qui la reazione della *law in action*, tutta orientata ad un approccio sostanzialistico, teso a salvaguardare i tratti caratterizzanti del sistema, pur cercando, al tempo stesso, di renderlo adattabile alla realtà del dibattimento: che, ontologicamente, rappresenta, ogni volta, un *happening* non riproducibile (ed anzi si può dire che proprio a questo fine sia stato concepito). Tra i diversi profili meritevoli di attenzione, vale la pena soffermarsi sui problemi delle liste testimoniali e del rispetto delle regole di conduzione dell'esame e controesame dibattimentale.

Quanto al tema delle liste *ex art.* 468 c.p.p., si segnala una en-

nesima sfasatura tra l'approccio accademico e quello prasseologico. Nella prima ottica, l'indicazione delle prove dichiarative di cui si chiede la citazione al presidente – e di cui così si anticipa la richiesta di ammissione – rappresenta un'attività rimessa *in toto* alla responsabilità della parte. La lista, infatti, costituisce l'atto con il quale il contendente delinea agli avversari la propria strategia, e per questo al giudicante dovrebbero essere preclusi interventi in senso correttivo o ausiliario: in un sistema accusatorio, nessuno può sostituirsi all'interessato nella scelta dei mezzi con cui perseguire i propri scopi. In sostanza, *quid persequendi iudicio* e *quomodo persequendi iudicio* non possono essere predisposti se non dalla parte, la sola a sapere come far uso dei così multiformi e ampi strumenti che il dibattimento penale appresta. In questo senso, la lista rappresenta il *péndant* strategico, in chiave probatoria, della imputazione. Se la prima costituisce il *thema decidendum*, la seconda evoca il *thema probandum*, vale a dire la strategia che la parte intende seguire per dimostrare la verità delle proprie asserzioni accusatorie⁵⁰, di cui risulta il principale elemento. Come per la delimitazione del tema della decisione, così anche la scelta della strategia attraverso la quale dimostrare la veridicità delle tesi sostenute non può essere operata da altri se non dalla parte. Da qui deriva la conseguenza della inammissibilità, posta all'art. 468 c.p.p., che, prima ancora che prescrittiva, appare intuitivamente descrittiva. Come dire, se a come far valere o tutelare il proprio interesse non pensa colui che lo asserisce, nessun altro può soccorrere in sua vece. Si spiega in questa maniera

⁵⁰ Sulla differenza tra le due nozioni cfr. T. RAFARACI, *Le nuove contestazioni*, cit., pp. 96, 102. Si rinvia inoltre alle osservazioni di M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu, F. Messineo, continuato da L. Mengoni, Milano, Giuffrè, 1992, p. 74: «La prima prospettiva concerne direttamente il contesto della decisione, nel senso che ne ricava le coordinate secondo le quali si definisce *teoricamente* l'oggetto della prova. La seconda prospettiva concerne le modalità con cui *concretamente* l'oggetto della prova viene individuato e fissato nel singolo processo in riferimento alla concreta fattispecie controversa. In questa prospettiva il contesto di riferimento è *anche* la specifica decisione che dovrà essere presa dal giudice, ma è *soprattutto* il procedimento che si conclude con la decisione e che comprende la deduzione, l'ammissione e l'assunzione delle prove» (corsivo nel testo). Si rinvia anche, per una più completa disamina, a M. CAIANIELLO, *Poteri dei privati nell'esercizio dell'azione penale*, Torino, Giappichelli, 2003, p. 162.

l'approccio rigoroso della dottrina, che tende a ricavare dall'istituto delle liste una serie di conseguenze di rilievo primario. Esse non soltanto infatti fungerebbero allo scopo di consentire ai contendenti di prepararsi al controesame e all'eventuale richiesta di prova contraria⁵¹, ma disegnerebbero la strategia, in tale maniera condizionando implicitamente anche il poteri del giudice. In particolare, le disposizioni che consentono a quest'ultimo di intervenire per completare l'istruzione probatoria, o ponendo domande nuove, o indicando temi nuovi o incompleti, o disponendo l'ammissione di prove *ex officio*, dovrebbero essere interpretate in maniera da non snaturare il piano d'azione concepito dalla parte. Il giudicante, in questo senso, avrebbe certo la possibilità di precisare, completare, chiarire quanto disegnato dal *thema probandum* di ciascuno dei contendenti, mentre gli sarebbe precluso costruirne uno del tutto nuovo, avulso e dotato di autonomia rispetto ai temi posti dai litiganti⁵². Come è stato

⁵¹ G. ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione della prova nell'istruzione dibattimentale*, in P. FERRUA, F. M. GRIFANTINI, G. ILLUMINATI, R. ORLANDI, *La prova nel dibattimento penale*, 4ª ed., Torino, Giappichelli, 2010, p. 77 e s. (v. sino a p. 80; anche pp. 82-83, 96-104); T. RAFARACI, *La prova contraria*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 168 s. (in particolare pp. 171-174); F. M. GRIFANTINI, *Attività preparatorie del contraddittorio dibattimentale*, 2ª ed., Torino, Giappichelli, 2009, p. 217 e s. (in particolare, pp. 219-220, 225; v. inoltre pp. 228-232); L. IAFISCO, *Gli atti preliminari al dibattimento penale di primo grado*, Torino, Giappichelli, 2009, p. 49 s. Si vedano, inoltre, le numerose fonti ivi citate.

Sulla funzione un generale della *discovery* nel processo penale, cfr. P. P. PAULESU, *Giudice e parti nella "dialettica" della prova testimoniale*, Torino, Giappichelli, 2002, pp. 46-53; T. RAFARACI, *La prova contraria*, cit., pp. 159-168; R. E. KOSTORIS, *Ammissione di documenti e diritto alla prova contraria*, in *Giur. cost.*, 1994, p. 3184, in commento a Corte cost., 6 luglio 1994, n. 284; E. M. CATALANO, *La prova d'alibi*, Milano, Giuffrè, 1998, pp. 20, 97.

⁵² La letteratura sul tema è quanto mai vasta. Senza pretesa di completezza, e rinviando alle fonti ivi menzionate, si vedano G. ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione della prova*, cit., pp. 98-102 (in particolare p. 100); L. CARACENI, *Poteri d'ufficio in materia probatoria e imparzialità del giudice penale*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 155; H. BELLUTA, *Imparzialità del giudice e dinamiche probatorie ex officio*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 183; P. P. PAULESU, *Giudice e parti nella "dialettica" della prova testimoniale*, Torino, Giappichelli, 2002, p. 273; G. SPANGHER, *L'art. 507 c.p.p. davanti alla Corte costituzionale: ulteriore momento nella definizione del "sistema accusatorio" compatibile con la Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1993, p. 919; P. FERRUA, *I poteri probatori del giudice dibattimentale: ragionevolezza delle Sezioni unite e dogmatismo della Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 1069; M. MENNA, *Gli interventi del giudice dibattimentale sull'acquisizione della prova*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 705 e s. Per una interessante e raffinata analisi

osservato, l'istituto della lista si presta a fungere da strumento risolutivo dell'annoso problema rappresentato dal ruolo del giudice in relazione all'oggetto di prova⁵³. Il problema, secondo questa impostazione, è prevalentemente di evitare il coinvolgimento del giudice nella ricostruzione della regiudicanda, non potendo questi assumere le proprie congetture ad oggetto di verifica del processo. In tale chiave di lettura, pertanto, le domande poste a completezza dell'esame dovrebbero porsi in relazione con le circostanze la cui menzione è prevista a pena d'inammissibilità nella lista testimoniale. Lo stesso poi dovrebbe dirsi per le prove nuove, di cui si disponga l'assunzione *ex art.* 507 c.p.p. Il potere giudiziale, come detto, dunque, secondo tale chiave di lettura, è esercitato entro limiti propri ove assecondi o si limiti a sviluppare le linee probatorie indicate dalle parti; mentre, al contrario, travalica ciò che è consentito ove suggerisca prospettive ricostruttive e strategiche ulteriori ed avulse rispetto a quelle desumibili dalle liste *ex art.* 468 c.p.p.

Del tutto diversa, invece, la interpretazione giurisprudenziale. In essa, infatti, ci si discosta sotto molteplici profili da quanto si potrebbe desumere dall'applicazione letterale del codice. Non soltanto viene rifiutata nella quasi totalità dei casi la ricostruzione sistematica dei poteri del giudice, che dunque risultano pacificamente disancorati, nell'insegnamento della Cassazione (e della Consulta), dall'osservanza delle linee tracciate dalle parti nella presentazione delle liste⁵⁴. Ancor prima, si accoglie un approccio riduttivo della stessa previsione testuale contenuta nell'art. 468 c.p.p. Da un lato, infatti, si afferma che l'indicazione delle circostanze può anche esse-

dell'art. 506 c.p.p., cfr. E. VALENTINI, *Così esteso l'ambito applicativo dell'art. 506 comma 1 c.p.p.?*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 2601.

⁵³ Le linee interpretative sono in particolare state proposte da G. DEAN, nella sua relazione dal titolo *Il difficile equilibrio tra parti e giudice nella assunzione della prova dibattimentale mediante l'esame*, tenutasi al XXIII Convegno annuale dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale G.D. Pisapia, sul tema *La prova penale nello specchio del diritto vivente* (Siracusa, 30 settembre 1 e 2 ottobre 2011). Gli atti sono in corso di pubblicazione.

⁵⁴ Ben nota, a tal proposito, la sentenza delle Sezioni unite 6 novembre 1992, Martin, in *Cass. pen.*, 1993, p. 280. Sulla stessa linea (ma la soluzione delle Sezioni unite si è affermata in maniera pressoché pacifica), Sez. Un. 17 ottobre 2006, Greco, *ivi*, 2007, p. 952. Per una rassegna giurisprudenziale sul punto, si vedano i riferimenti menzionati da G. ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione della prova*, cit., p. 99, nt. 66

re generica, o può addirittura mancare: ciò che conta, infatti, è che, da altri atti del procedimento, purché conoscibili dalle controparti, sia possibile ricostruire il percorso strategico non adeguatamente indicato nella lista (o addirittura non indicato del tutto)⁵⁵. Dall'altro, si consente anche a chi non è parte – il riferimento corre in particolare alla figura della persona offesa dal reato – di presentare la lista in questione⁵⁶. Una simile interpretazione finisce ovviamente per svuotare di contenuto, sul piano quantitativo, l'ipotesi di invalidità: grazie infatti al menzionato approccio ermeneutico si riesce nella quasi totalità dei casi a evitare di dover dichiarare l'inammissibilità delle prove richieste dalle parti. Simile soluzione ha certamente il pregio, negli occhi di chi l'ha escogitata, di eludere poi, per così dire "a cascata", il dilemma sull'applicazione dei poteri giudiziali *ex officio* cui in precedenza si è fatto riferimento: se, cioè, avvalersene per rimediare all'errore o alla negligenza della parte. Evitando di riconoscere l'invalidità, in sostanza, risulta superfluo doversi chiedere se adoperare i poteri probatori giudiziali – in particolare quello disposto all'art. 507 c.p.p. – per soccorrere la parte le cui richieste sono state dichiarate inammissibili. Inoltre, sfruttando la facile sinergia tra la persona offesa, non ancora costituita parte civile, e il pubblico ministero, è possibile innescare un meccanismo virtuoso – per i due – grazie al quale le lacune dell'uno siano colmate dall'altro (sebbene a rigore il privato vittima del reato non ancora costituitosi non sarebbe legittimato a presentare l'atto, che dunque dovrebbe in quanto tale essere reputato irricevibile).

Le vistose distanze tra dottrina e giurisprudenza, come sinora evidenziate, sembrerebbero riprodurre una diversità – talora inconciliabile – di metodo: quello dogmatico, legato al rispetto, quanto più possibile, della lettera della legge; quello pretorio, tendente a liberarsi dal vincolo delle parole scritte, per addentrarsi in una attività

⁵⁵ Si veda a tal proposito, tra le molte, Cass., 21 dicembre 2004, Papalia, in *Cass. pen.*, 2006, p. 1509; 21 giugno 1993, Locane, *ivi*, 1994, p. 3030; 25 settembre 1992, Concimano, *ivi*, 1994, p. 1262. Cfr. i rilievi critici di F. M. GRIFANTINI, *Attività preparatorie del contraddittorio dibattimentale*, pp. 220-221.

⁵⁶ Cfr. Cass., 21 aprile 2000, Colicigno, in *Cass. pen.*, 2001, p. 3118; 8 giugno 2005, Neroni, *ivi*, 2006, p. 3736; 14 gennaio 2011, p. c. in c. Bonari, in *Guida dir.*, 2011, f. 25, p. 74.

prevalentemente creativa e antiformale. In verità, l'impressione, ad una più attenta riflessione, si presta ad essere smentita.

Quello che distanzia i due formanti – accademia vs. giurisprudenza – non è tanto il metodo, quanto piuttosto i valori di riferimento posti a base delle riverse ricostruzioni. La esaltazione, infatti, o, al contrario, lo svuotamento di significato, dell'art. 468 c.p.p., comunque si incentra sui valori che si vedono colti dall'istituto delle liste. Per dirla altrimenti, la portata della conseguenza invalidante, vale a dire dei limiti e delle preclusioni ad essa legate, è ricavata in base ad una analisi dell'interesse protetto. Esso, per l'appunto, viene individuato in maniera più ampia da parte della dottrina, che nelle liste tende a cogliere un aspetto caratterizzante della disputa tra parti, e forse il lato più spiccatamente *adversarial* del sistema; al contrario, l'unico valore tutelato nell'ottica giurisprudenziale è il diritto di difesa, e dunque la possibilità per il contendente di aver a disposizione le informazioni necessarie per preparare il controesame e avanzare richiesta di prova contraria. Una volta che simili esigenze siano preservate, ogni scostamento dal diritto scritto può essere relegato nella sfera della innocuità. Questo giustifica l'approccio elastico al problema della indicazione delle circostanze nella lista *ex art. 468 c.p.p.*, del tutto analogo a quello tenuto nei riguardi del fenomeno rappresentato dalla imputazione generica o incerta. Come nei confronti di quest'ultima, anche per quel che concerne le liste l'importante è che la controparte possa aver modo di prospettarsi, in chiave prognostica, quali saranno in dibattito i temi probatori sviluppati attraverso la fonte di cui si chiede la citazione. In questo modo, inoltre, si spiega anche per qual motivo si tenda ad attribuire valore giuridico alla lista presentata dalla persona offesa, non ancora costituita parte civile. Sullo sfondo si coglie la logica – se così la si può definire – del *quod abundat non vitiat*. Se l'atto in questione serve soltanto ad informare gli avversari delle proprie strategie, ben venga che esso sia presentato anche da chi, pur non ancora costituitosi, abbia intenzione di farlo: i contendenti non potranno che trarne vantaggio, venendo posti in anticipo a conoscenza delle future mosse che la parte privata adotterà nel giudizio (con buona pace della previsione di cui all'art. 79 comma 3 c.p.p.).

b. Esame e controesame.

Una analoga rilettura – e riscrittura, a ben vedere – delle disposizioni codicistiche si può rinvenire in materia di esame e controesame dei dichiaranti. Nonostante la legge sembri porre, in maniera piuttosto netta, alcuni divieti la cui violazione dovrebbe condurre all'inutilizzabilità del dato probatorio estrapolato, raramente la giurisprudenza tende a riconoscere nei comportamenti delle parti una causa di invalidità. O ancora, ove lo faccia, si riconduce il caso ad una ipotesi più mite, passibile di sanatoria in tempi brevi (di modo da rendere vana l'eccezione di parte). In tal senso è stato rimarcato come risulti prassi quotidiana che le violazioni delle regole dell'esame incrociato rimangano prive di conseguenze sanzionatorie⁵⁷; talora in rari casi, sono considerate, al limite, causa di nullità intermedia (per lesione del diritto difensivo postulato all'art. 178 lett. c c.p.p.): ciò rende possibile opporre la tardività della eccezione, ove essa sia sollevata per la prima volta nel solo atto d'impugnazione (e non sia stata effettuata in corso di dibattimento), mediante l'operare della preclusione *ex art. 182 comma 1 c.p.p.*⁵⁸.

⁵⁷ Si veda, ad esempio, Cass., sez. V, 17 luglio 2008, Cutone, in Ced n. 242025, secondo la quale è irrilevante che l'esame del testimone in dibattimento sia svolto interamente dal giudice. Su questi temi, e più in generale su una disamina dell'approccio sostanzialistico della giurisprudenza nell'applicazione delle fattispecie di inutilizzabilità, cfr. le approfondite osservazioni di C. CONTI, *Il volto attuale della inutilizzabilità: derive sostanzialistiche e bussola della legalità*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 781 e s.

⁵⁸ Cfr. in tal senso Cfr. Cass., Sez. VI, 31 ottobre 2008, Pagano, in C.e.d. n. 241318, secondo la quale il pervicace diniego del controesame opposto dal giudice al difensore, sul rilievo che quest'ultimo doveva farne istanza al momento delle richieste di prova, costituisce nullità intermedia e, dunque, l'avvocato, che non si attiva al momento del compimento dell'atto, va incontro ad un limite di deducibilità (ancora, si rinvia a C. CONTI, *Il volto attuale della inutilizzabilità*, cit., pp. 782-783). Vale la pena di osservare come, altrettanto spesso, la giurisprudenza tenda a trattare le cause di preclusione poste all'art. 182 c.p.p. quali cause di sanatoria. Ove alla parte sia preclusa l'eccezione, per una delle cause menzionate dalla disposizione richiamata, si afferma realizzata la sanatoria. Ovvio osservare come tale soluzione non appaia corretta. Lunghi dall'essere sanata, l'invalidità potrebbe sempre, se non altro, essere dichiarata dal giudice *ex officio*. La declaratoria anzi sarebbe doverosa, ove questi ritenesse fondata l'eccezione. La preclusione, in sostanza, toglie alla eccezione di parte l'effetto provocatorio, nel senso che il giudice non è tenuto a rispondervi, o a considerarla. Permanendo tuttavia il potere del giudicante di rilevarla, essa dovrebbe comunque in concreto portare al riconoscimento della nullità, ove fondata. In tal senso, le argomentazioni giurisprudenziali con cui si rileva esclu-

L'approccio sostanziale – almeno implicitamente – sembra alla base di tali linee interpretative. Si guarda, infatti, all'interesse tutelato – la genuinità e credibilità del dato probatorio – alla cui salvaguardia il divieto, e dunque l'ipotesi di inutilizzabilità, sarebbe stato posto. Ove la dichiarazione appaia non compromessa sotto quegli aspetti, si opera in maniera da ridurre l'effetto demolitorio della invalidità, conservando al processo la conoscenza acquisita. Si può anche aggiungere che diverse disposizioni dedicate al dibattimento sembrano favorire un metodo antiformalistico, tutto teso alla soluzione *hic et nunc* delle questioni processuali legate alla istruzione probatoria: un esempio è da rinvenire proprio nell'art. 499 c.p.p., il cui ultimo comma valorizza il ruolo del presidente, cui è demandato di risolvere con un intervento pronto e libero nelle forme la lealtà e correttezza nella conduzione dell'esame incrociato⁵⁹.

5. Adozione di riti speciali e sanatorie delle invalidità

Un ultimo passaggio, tra i tanti che si potrebbero ricordare, in cui emerge l'approccio sostanzialistico, teso a svuotare di contenuto ipotesi di invalidità considerate non effettivamente lesive di interessi protetti, sembra rinvenirsi in quella soluzione giurisprudenziale che individua nella scelta di determinati riti speciali forme di sanatoria *ad hoc* delle invalidità: in particolare, di determinati casi di inutilizzabilità e delle nullità diverse da quelle assolute. Il riferimento è ai riti premiali consensuali, e nello specifico al giudizio abbreviato ed alla applicazione della pena su richiesta delle parti.

Inaugurato verso la metà degli anni novanta, con riguardo al

sivamente la tardità dell'eccezione per preclusione *ex art.* 182 c.p.p., senza tuttavia dichiararne nel merito l'infondatezza, appaiono contraddittorie. Se la questione apparisse fondata, infatti, il giudice avrebbe non solo il potere, ma anche il dovere di intervenire. In un equivoco di questo genere sembrano incorrere le Sez. un., 27 gennaio 2011, n. 22242, Scibè, in C.e.d. n. 24965, § 3 (p. 6 della motivazione), cui si è in precedenza fatto riferimento (v. *supra*, § 1).

⁵⁹ Sul tema cfr. R. ORLANDI, *L'attività argomentativa delle parti nel dibattimento penale*, in P. FERRUA, F. M. GRIFANTINI, G. ILLUMINATI, R. ORLANDI, *La prova nel dibattimento penale*, cit., pp. 50-52.

rito abbreviato, il nuovo corso ermeneutico – pur apparentemente sconfessato dalla Sezioni Unite della Corte regolatrice – ha conosciuto, nell’ultimo decennio, una nuova e certo non indifferente diffusione. In origine, l’orientamento volto a cogliere nella opzione per l’abbreviato una forma di sanatoria dei vizi era fondato sulla questione – quanto mai problematica, come noto – della decidibilità allo stato degli atti⁶⁰. Si osservava cioè che gli atti dell’indagine preliminare – una volta instaurato il rito speciale – sarebbero già stati oggetto di una valutazione e di un implicito giudizio di validità/ammissibilità da parte del giudice al momento di ritenere il processo definibile allo stato degli atti: a meno che, naturalmente, l’imputato non ne avesse eccepita l’invalidità in via preventiva. L’eccezione tardiva, secondo tale ragionamento, poiché avrebbe fatto venir meno alcuni elementi probatori considerati necessari al fine dell’ammissibilità del rito, avrebbe comportato la rimessa in discussione di quel presupposto: il giudizio, dunque, sarebbe divenuto non più definibile allo stato degli atti, proprio a causa della inutilizzabilità fatta valere a rito ormai instaurato⁶¹.

Un ragionamento del genere, ovviamente, a prescindere dalla sua fondatezza, si sarebbe dovuto considerare del tutto obsoleto dopo la riforma introdotta con la legge 16 dicembre 1999, n. 479, il cui art. 29 mutava radicalmente i presupposti di ammissibilità del procedimento in questione. Tuttavia, a un solo anno di distanza dalla riforma menzionata, il problema veniva riproposto, sollecitando l’intervento delle Sezioni Unite⁶². La decisione adottata dal più alto

⁶⁰ Il tema del giudizio abbreviato nella versione antecedente alla l. 16 dicembre 1999, n. 479 e della decidibilità allo stato degli atti è stato oggetto di innumerevoli analisi da parte della dottrina, rappresentando un passaggio cruciale, nonché di grande tensione, allora, dell’intero sistema. Per tutti, si rinvia alla ricostruzione operata da D. NEGRI, *sub art. 458*, in G. CONSO, V. GREVI (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura penale*, Padova, Cedam, 2005, pp. 1561-1563 (e ai riferimenti bibliografici e giurisprudenziali ivi menzionati).

⁶¹ Cass., 1 aprile 1996, Toth, in *Dir. pen. proc.*, 1997, p. 454; 20 aprile 1994, Mazzaraco, in *Riv. pen.*, 1995, p. 337; 6 novembre 2000, Palena, in *Giust. pen.*, 2002, III, p. 362 (quest’ultima nella applicazione della versione post legge “Carot-ti”).

⁶² Cass., Sez. Un., 21 giugno 2000, Tammaro, in *Cass. pen.*, 2000, p. 3259. Si veda anche Cass., 13 maggio 2004, Iasini, in *Guida dir.*, 2004, f. 4, p. 41, con riferimento alla inutilizzabilità.

consesso nomofilattico rielaborava la soluzione originaria, discriminando tra inutilizzabilità patologiche e tutte le altre (vale a dire fisiologiche ovvero relative). Mentre per le prime non sarebbe scattata alcuna sanatoria all'instaurarsi del rito, lo stesso non si sarebbe potuto dire per le seconde, salvate dalla scelta volitiva dell'imputato. Quanto poi la distinzione apparisse malferma, emergeva in alcune pronunce successive, con le quali non di rado la Corte di legittimità dava l'impressione di ricondurre nell'alveo delle inutilizzabilità relative – se non addirittura fisiologiche – violazioni che ben si sarebbero prestate ad essere sussunte nel novero delle ipotesi patologiche: così, ad esempio, per quanto concerne le dichiarazioni sul luogo del fatto espresse nell'immediatezza da uno dei coimputati, reputate fruibili legittimamente per la condanna del concorrente, in quanto considerate “spontanee” e dunque validamente usabili in abbreviato (laddove si sarebbe dovuta dare applicazione dell'art. 63 c.p.p., in assenza, per lo meno, di una contestazione sintetica della condizione di sottoposto alle indagini e nella mancanza del difensore)⁶⁵. La

⁶⁵ Cfr. Cass., Sez. I, 23 settembre 2008, Ponte, in C.e.d. n. 241554. In ambito di “inutilizzabilità sanabili”, legate alle dichiarazioni dell'indagato (o dell'indagato/imputato in procedimento connesso o collegato), si incontra l'interessante problema delle dichiarazioni tardive – vale a dire oltre i centottanta giorni previsti dalla legge – dei c.d. “collaboratori di giustizia”. Come noto, la legge (art. 16-*quater* comma 9 d.l. 15 gennaio 1991, n. 8 conv. con mod. in l. 15 marzo 1991, n. 8) prevede che le dichiarazioni rese al pubblico ministero o alla polizia giudiziaria oltre il termine di centottanta giorni dalla persona che ha comunicato l'intenzione di collaborare «non possono essere valutate ai fini della prova dei fatti in esse affermati contro le persone diverse dal dichiarante, salvo i casi di irripetibilità». La giurisprudenza è progressivamente venuta svuotando di significato l'ipotesi di invalidità, riscrivendo al tempo stesso la disciplina normativa della materia. Da un lato, secondo la Corte di legittimità, la violazione del termine previsto dalla legge non comporterebbe inutilizzabilità (Cass., Sez. Un., 25 settembre 2008, n. 1149, Magistris, in *Cass. pen.*, 2009, p. 2278); dall'altro, il giudice avrebbe semplicemente l'onere di indicare specificamente, nella motivazione, le ragioni per le quali siano state ritenute meritevoli d'apprezzamento le dichiarazioni del collaboratore, nonostante siano state rese oltre il decorso del termine (Cass., Sez. I, 13 gennaio 2009, n. 7454, Esposito, *ivi*, 2009, p. 4753). Sul tema si rinvia alle osservazioni di R. A. RUGGIERO, *I discutibili confini dell'inutilizzabilità delle dichiarazioni tardive dei “collaboratori di giustizia”*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 2287 s.; Id., *Dichiarazioni tardive dei collaboratori di giustizia e surplus motivazionale del giudice: un inedito rapporto*, *ivi*, 2009, p. 4755. Facile vedere le ragioni di simile ricostruzione, tutte impregnate di valutazioni d'effettività. Da un lato, la previsione normativa non consentiva di cogliere con chiarezza i valori di fondo da essa tutelati (genuinità delle narrazioni? Diritto di difesa? O piuttosto latente conflitto

ratio decisoria si prestava ad essere estesa alle forme non assolute di nullità, per le quali anzi si offriva quale ulteriore appiglio l'art. 183 c.p.p., e in particolare la previsione di forme di rinuncia tacita ad eccepire il vizio, o di accettazione degli effetti dell'atto⁶⁴. Infine, la valorizzazione della volontà del privato quale causa di sanatoria delle patologie lievi si prestava ad essere estesa al patteggiamento, che senza dubbio rappresenta l'istituto teso per eccellenza ad esaltare la volontà negoziale delle parti nel processo penale. Ci si spingeva al punto da arrivare a concludere come la stessa rilevabilità delle nullità assolute inficianti un giudizio conclusosi con l'applicazione della pena su richiesta fosse preclusa in Cassazione, ove la parte non fosse stata in grado di indicare, attraverso il proprio ricorso, una specifica utilità concreta perseguita: ciò per evidente mancanza di interesse ad impugnare⁶⁵. Per essere più chiari, in simili ipotesi, sulla rilevabilità d'ufficio del vizio avrebbe prevalso l'inammissibilità dell'impugnazione, scaturente dalla mancanza d'interesse della parte, non in grado di individuare con chiarezza i benefici, i vantaggi perseguiti attraverso la presentazione del proprio ricorso.

Non sono poche le critiche che si possono muovere ai riportati orientamenti, ed in effetti la dottrina non ha mancato di metterle in evidenza. Così, con riguardo alla inutilizzabilità, si è osservato come vi siano ipotesi di inutilizzabilità relative che operano anche nel giudizio abbreviato (ad esempio, si è detto, quella di cui all'art. 511 comma 4 c.p.p.). E ad ogni modo la distinzione tra inutilizzabilità

tra esecutivo e magistratura requirente sul controllo dei collaboratori di giustizia?). In simile stato d'incertezza, la Cassazione ha prima selezionato il bene giuridico tutelato dalla disciplina positiva, individuandolo nella sola genuinità della prova; successivamente, ha di fatto abrogato l'ipotesi d'inutilizzabilità, considerata – evidentemente, è da desumere – non coerente con il postulato di partenza: più adatta, in simile contesto, una regola di valutazione che non una regola d'esclusione, purché accompagnata da una motivazione specifica sulla credibilità del soggetto narrante.

⁶⁴ Cfr., da ultimo, Cass., Sez. IV, 3 novembre 2010, n. 41073, Halilovic, in *Cass. pen.*, 2011, p. 3078, con efficace nota critica di F. IOVENE, *Giudizio immediato "custodiale" e reati a citazione diretta*, *ivi*, p. 3080. Si vedano anche Cass., 3 novembre 1999, Alice, in C.e.d. n. 216600; Cass., 3 dicembre 1996, Fusitto, in *Cass. pen.*, 1998, p. 877; 25 maggio 1994, Mancini, *ivi*, 1996, p. 595. Ancor prima, Cass., 11 febbraio 1992, Maradona, in *Giur. it.*, 1993, II, p. 283.

⁶⁵ Cass., Sez. Un., 25 gennaio 2005, n. 4419, Gioia, in *Cass. pen.*, 2005, p. 3434.

patologica e relativa non avrebbe ragion d'essere posto che la fattispecie originante l'invalidità si incentra sulla violazione di un divieto. Ne deriverebbe che, ogniqualvolta un divieto sia trasgredito – poco importa se per tutelare diritti fondamentali o genuinità del dato probatorio, e poco importa se originante una preclusione all'uso *erga omnes* o soltanto nei confronti di determinati soggetti – nessuna possibilità di sanatoria dipendente della volontà potrebbe essere efficacemente invocata⁶⁶. Così, anche con riferimento alla nullità, si è detto che l'asserzione dell'operatività della sanatoria per acquiescenza delle nullità pregresse appaia del tutto ingiustificata, e finisca per incorrere in una petizione di principio. La volontà manifestata per chiedere un rito alternativo premiale, infatti, è selettivamente preordinata ad attivare, per l'appunto, il rito prescelto, e non può essere considerata sintomatica di una implicita manifestazione di volontà sanante in relazione ai vizi processuali, dal momento che non v'è traccia di un comportamento univoco e preciso in tale direzione.

Le critiche mosse, indubbiamente fondate sul piano ermeneutico, non vedono – o meglio, rifiutano di vedere – l'approccio giurisprudenziale tutto orientato alla verifica alla offensività in concreto alla base delle conclusioni criticate. Quelle esposte dalla Cassazione, a ben vedere, appaiono più che altro giustificazioni di facciata, in omaggio al classico metodo esegetico che si sforza di mostrar d'osservare per rispetto alla tradizione: esse tuttavia non costituiscono le vere ragioni al fondo della scelta. Il sottotesto delle pronunce richiamate – certo implicito ma nondimeno chiaro nelle sue linee – è infatti tutto incentrato sulla mancanza dell'effettivo pregiudizio. Nel caso del patteggiamento lo si arriva ad esprimere in maniera palese; ma anche per quel che riguarda l'abbreviato lo si lascia intendere con una certa nettezza. Lo “scambio” alla base dei riti premiali, sembrano dire i giudici di legittimità, è dato dallo sconto di pena in contropartita di una accelerata decisione sul merito (possibilmente di condanna,

⁶⁶ Discorso diverso ovviamente varrebbe per le inutilizzabilità fisiologiche. Ma non già per la natura di tale ipotesi d'invalidità, bensì semplicemente per l'assenza, nel caso di specie, di una violazione. Non essendosi verificato il passaggio di fase al giudizio dibattimentale, in virtù della instaurazione del rito abbreviato, non viene infatti ad operare il divieto d'uso degli elementi d'indagine, tipico del giudizio ordinario dibattimentale.

sembrerebbe di capire). L'imputato, optando per i riti consensuali a sfondo premiale, mette sul piatto, quale prezzo da pagare, non soltanto il metodo di accertamento dei fatti, rinunciando al contraddittorio, ma soprattutto un controllo sui tempi della decisione. Ancor di più, innesca un rito che si giustifica per la sua tensione immediata alla sentenza sul merito della regiudicanda, con buona pace delle questioni formali, vale a dire legate al rispetto della procedura.

Sia chiaro, non si vuol dire che questa sia l'interpretazione giuridicamente corretta del sistema: tutt'altro. Essa tuttavia è la raffigurazione che se ne offre nelle soluzioni giurisprudenziali qui analizzate. Per essere brutali: se vuole l'imputato difendersi sul rito, oltre che sul merito, scelga il dibattimento. Ma se opta per l'abbreviato o il patteggiamento, a fronte del beneficio che ne ricava, deve implicitamente abbandonare ogni ambizione al pieno rispetto delle regole formali (salvo le *gross violations* – vale a dire le più stridenti violazioni dei diritti fondamentali). In tale ottica, tutti i casi di invalidità non assoluta (ed anche una parte di questi ultimi, magari opportunamente ricondotti a ipotesi più lievi con qualche ardito *escamotage* ermeneutico), degradano a vizio innocuo, di cui ormai è vano dolersi.

Come efficacemente si è osservato da parte della più attenta dottrina, il vero “tesoro” oggetto dello scambio tra il privato e lo stato riguarda il governo sui tempi del processo⁶⁷: e a tal fine, sembrano dirci le sentenze richiamate, non è sufficiente la mera rinuncia al contraddittorio da parte della difesa. Occorre infatti rinunciare a un rigoroso controllo di legalità formale sugli atti compiuti: giacché è proprio attraverso tale vaglio che il più delle volte si è in grado di ostacolare una pronta decisione sul merito dell'accusa; salvo, ovviamente, che non siano compiute trasgressioni davvero intollerabili per la correttezza del sistema. Emerge qui con nettezza – ma non è certo un aspetto nuovo – il contrasto, più volte coltivato dal dirit-

⁶⁷ Questa la tesi esposta da R. ORLANDI nell'incontro tenutosi nella primavera del 2001 organizzato dalla Associazione Franco Bricola a Bologna sul tema *Formazioni e deformazioni del processo penale*. Se ne veda il resoconto in M. CAIANIELLO, M. MANTOVANI, *L'irruzione della negozialità nel sistema penale. Il ciclo di Seminari 2000/2001 dell'Associazione Franco Bricola*, in *Ind. pen.*, 2002, p. 1195 s. (in particolare pp. 1211-1214).

to vivente nelle sue espressioni più repressive, tra sostanza e forma, tra legalità intesa come dovere (e diritto) di applicare la legge penale in chiave punitivo-repressiva, contrapposto alla legalità processuale, derogabile e subordinata alla omonima parente sostanziale. Per usare banali paradigmi economici, i diritti processuali hanno un costo (che si può misurare, o bilanciare, con la gravità della sanzione penale da irrogare): il sistema non può permettersi di sostenerne il peso, ove la pena pronosticabile sia bassa, e comunque risulti scontata rispetto a quella che verrebbe applicata all'esito del dibattimento. L'organo giurisdizionale, pertanto, è implicitamente indotto in tali casi a riconoscere la violazione delle disposizioni sul rito nella maniera più sporadica possibile.

Difficile rifuggire da una considerazione di valore: pare proprio, in ipotesi del genere, di trovarsi di fronte al lato più opaco della pratica del pregiudizio effettivo.

PARTE II – *Applicazioni estensive delle fattispecie d'invalidità in base al criterio del pregiudizio effettivo*

6. *Due percorsi, nel quadro di un'aspirazione unitaria*

Non di rado la prassi è stata chiamata ad intervenire per colmare un vuoto di tutela del diritto positivo. Del resto, questo dato è tutt'altro che sorprendente, in un sistema che, almeno in linea di principio, risulta ancorato al metodo della legalità-tassatività. In simile contesto l'intervento del legislatore facilmente si rivela disomogeneo, finendo per riconoscere come meritevoli di protezione soltanto le ipotesi formalmente previste; ne deriva come fisiologico il rischio che taluni casi, la cui natura non appaia magari tanto dissimile rispetto a quelle espressamente contemplate dalla legge, possano risultare tralasciate. In sostanza, per quanto temperato dal principio di uguaglianza, che in concreto è in grado – quando poi vi riesca – di porre rimedio alle lacune e alle discrepanze più evidenti, un sistema improntato alla tassatività facilmente crea un panorama puntiforme, e in tal senso non omogeneo. La considerazione, certo con una forte vena di paradosso, se si pensa agli ideali di razionalità e generalità che innervano la logica della legalità, non va intesa in senso assoluto, ma va contestualizzata nella temperie di attuale profonda crisi⁶⁸.

Nelle ipotesi, dunque, di intervento ampliativo-creativo, si rivela un altro aspetto del pregiudizio effettivo, opposto rispetto a quello emerso dall'analisi in precedenza condotta. L'operatore, in questi casi, muove alla ricerca di un rimedio per togliere efficacia a un comportamento che, sebbene formalmente non riconducibile ad alcuna ipotesi di invalidità, appaia colpire in concreto diritti riconosciuti essenziali nei principi generali dell'ordinamento. Talora, la soluzione elaborata con simile intento viene giustificata in via pura-

⁶⁸ Non ci si dilunga su questo snodo cruciale dell'attuale momento storico (e perdurante ormai da un quarantennio). Per riferimenti bibliografici, sia consentito il rinvio a M. CAIANIELLO, *Poteri dei privati nell'esercizio dell'azione penale*, cit., 2003, p. 25 s. e alle opere ivi menzionate ed analizzate.

mente ermeneutica, vale a dire usando categorie esistenti in maniera “inventiva” (inclusione in una ipotesi di invalidità codificata, sia pur ricavata con un percorso interpretativo *sui generis*): tale opzione è sovente praticata, proprio perché grazie ad essa è possibile sottrarsi alle critiche cui inevitabilmente si incorrerebbe, ammettendo la creatività della soluzione raggiunta. Prediligendo il metodo formalmente interpretativo, infatti, il giudice non potrà essere tacciato di aver travalicato i limiti insiti nella propria funzione. Tuttavia, i rilievi elusi sotto questo profilo vengono poi pagati sul piano propriamente esegetico, apparendo malferma la soluzione escogitata, secondo le tradizionali tecniche interpretative. In altri casi si sceglie di manifestare in maniera più scoperta l’opera di creazione della norma del caso concreto, riconoscendo esplicitamente l’originalità del rimedio adottato. Sia chiaro, la distinzione va intesa ai fini di una più agevole esposizione del discorso. A ben vedere, tutte le soluzioni che verranno esaminate non possono che essere ricondotte – in senso lato – all’interpretazione della legge, non essendo al giudice concessa altra strada. Soltanto che, in alcune ipotesi, l’operatore si sforza di usare la tecnica tradizionale della sussunzione; in altre, rinuncia a tale intento, e ammette più apertamente di avvalersi dell’analogia.

Va infine segnalato come non di rado i due percorsi si intreccino: partendo dunque da un approccio elaborato in via puramente creativa, si può con il tempo arrivare a ricondurre il caso – in origine nuovo – a una tradizionale fattispecie di invalidità.

Quel che rimane, tuttavia, è l’identità di metodo. Si muove da un *vulnus*, accertato in concreto, cui la legge non sembra offrire riparo, e si lavora al fine di togliere validità ed efficacia alla condotta considerata offensiva.

7. *L’uso della abnormità per rimediare a vuoti di tutela del sistema processuale*

Regina degli strumenti deputati a proteggere le parti da condotte atipiche ma offensive è certamente l’abnormità. Sia chiaro, essa – è ben noto – non è concepita ed applicata soltanto per raggiun-

gere questo scopo. Come è stato osservato già da diversi decenni, l'abnormità nasce quale mero rimedio al principio di tassatività delle impugnazioni, e non assurge, se non dopo lungo tempo, a nuova forma non codificata di invalidità⁶⁹. Si può tuttavia affermare che la natura più nuova di tale fenomeno giuridico abbia finito per prevalere – e forse per cancellare completamente – quella originaria: oggi nessuno in dottrina dubita di trovarsi di fronte a un istituto, per quanto multiforme e disomogeneo, dagli effetti in senso lato invalidanti⁷⁰. La definizione che ne elabora la giurisprudenza, ad ogni mo-

⁶⁹ In merito alle più tradizionali ricostruzioni della teoria dell'atto abnorme, cfr. G. FOSCHINI, *Sulla nozione di abnormità nel processo penale*, in *Studi sulle impugnazioni penali*, Milano, Giuffrè, 1955, pp. 7-8; U. ALOISI, *Applicazioni giurisprudenziali sui nuovi codici*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1935, p. 459 s.; ID., voce *Impugnazioni nel processo penale*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. VI, Torino, Utet, 1938, p. 855 s.; ID., *Manuale pratico di procedura penale*, Milano, Giuffrè, 1952, vol. III, pp. 45-47; G. LEONE, *Istituzioni di diritto processuale penale*, Napoli, Jovene, 1965, vol. I, p. 104; L. AMBROSOLI, voce *Provvedimenti del giudice (diritto processuale penale)*, in *Dig. pen.*, vol. X, Torino, Utet, 1995, p. 435 s.; F. MENCARELLI, *Il provvedimento abnorme nella teoria del processo penale*, Napoli, Jovene, 1984, pp. 32-55.

⁷⁰ Sulla abnormità si rinvia a 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. 305 s.; ID., *Il concetto di abnormità fra problemi definitivi ed applicazione giurisprudenziale*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, p. 1242; G. SANTALUCIA, *L'abnormità dell'atto processuale penale*, Padova, Cedam, 2003, pp. 54-72; C. VALENTINI, *I profili generali della facoltà di impugnare*, in AA.Vv., *Le impugnazioni*, a cura di A. Gaito, Torino, Utet, 1998, vol. I, p. 206; F. GIUNCHEDI, *L'atto "abnorme" nell'evoluzione giurisprudenziale*, in *Giur. it.*, 2002, p. 1907; D. ZIGNANI, *Sulla nozione di abnormità nel processo penale*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, p. 273; G. L. VERRINA, *Principio di tassatività delle impugnazioni, provvedimenti abnormi e ricorso per cassazione*, in *Giur. it.*, 2003, pp. 561-562; A. SCELLA, *Un uso improprio del concetto di atto processuale abnorme. La presenza di eventuali altre forme di invalidità esclude, per definizione, la possibilità di invocare il vizio di cui si discute*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, p. 1233 s.; A. BELLOCCHI, *L'abnormità*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Spangher, vol. I, *Soggetti e atti*, t. II, *Gli atti*, a cura di G. Dean, Torino, Utet, 2008, p. 477 s.; C. IASEVOLI, voce *Abnormità*, in *Enc. giur. Treccani*, Agg., 2004, p. 1 s. Per una ricognizione delle posizioni sul punto, volendo, M. CAIANIELLO, *Alcune considerazioni in tema di imputazione formulata in modo alternativo*, in *Cass. pen.*, 1997, p. 2468 s. Da ultimo, cfr. le efficaci considerazioni di G. TODARO, *Erronea declaratoria di nullità del decreto di citazione a giudizio e conseguente regressione del procedimento: spunti per una riflessione sull'abnormità dell'atto processuale penale*, in *Cass. pen.* 2009, 12, p. 4554 s.; F. CAPRIOLI, sub art. 568 c.p.p., in G. CONSO, V. GREVI (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura penale*, Padova, Cedam, 2005, p. 1955. ID., *Abuso del diritto e nullità inoffensiva*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 2444 (a commento di Sez. Un. 29 settembre 2011, n. 155/12, Rossi, anch'essa in *Cass. pen.*, 2012, p. 2410).

do, è quanto mai ampia. A ben vedere, essa è talmente ambigua da lasciare spazio alle più svariate applicazioni in concreto: a ben vedere, il concetto di abnormità sembra oggi rappresentare la versione moderna della *justice retenue*, vale a dire di quel potere d'intervento che l'organo sovrano si arrogava per intervenire ove gli fosse, per le più differenti ragioni, sembrato opportuno. Così, la definizione tratlizia che si rinviene nelle tante massime che applicano l'istituto in questione ripete, ormai da diversi anni, che deve considerarsi abnorme l'atto che, per singolarità e stranezza del suo contenuto, risulti avulso dall'intero ordinamento processuale, ma anche quello che, pur essendo in astratto manifestazione di legittimo potere, si espliciti al di fuori dei casi consentiti e delle ipotesi previste, al di là di ogni ragionevole limite⁷¹. Si aggiunge poi, a fianco di tale prima definizione, il caso in cui il provvedimento da cassare, benché espressione di legittimo potere, e dunque non estraneo al sistema normativo, determini la stasi del processo e l'impossibilità di proseguirlo⁷².

Come si nota, si tratta di due raffigurazioni in apparenza molto lontane tra loro, caratterizzate, già sul piano astratto, da finalità differenti. Se ne colgono tuttavia dei punti in comune: in particolare, quello di operare quale meccanismo di rielaborazione del sistema

⁷¹ Sez. un., 26 giugno 2008, Corna, in *Guida dir.*, 2008, n. 42, p. 88 ss.; Sez. un., 20 dicembre 2007, Battistella, in *Cass. pen.*, 2008, p. 2310 s.; Sez. un., 31 maggio 2005, Minervini, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2005, p. 787 s.; Sez. un., 25 febbraio 2004, Lustri, in *Giust. pen.*, 2004, III, c. 572 s.; Sez. un., 31 gennaio 2001, Romano, in *Cass. pen.*, 2001, p. 2339 ss.; Sez. un., 24 novembre 1999, Magnani, *ivi*, 2000, p. 1569 ss.; Sez. un., 10 dicembre 1997, Di Battista, *ivi*, 1998, p. 1607 s.

⁷² Il riferimento è in primo luogo alla sentenza delle Sezioni Unite 12 febbraio 1998, Di Battista, *cit.*, *supra*, alla nota precedente. In generale, la giurisprudenza tende ad equiparare la regressione del procedimento alla sua stasi, con la conseguenza che l'indebita retrocessione non giustificata dall'esercizio dei poteri propri del giudice è considerata causa di abnormità. Su questa linea, v. Sez. un., 29 maggio 2002, Manca, in *Cass. pen.*, 2002, p. 3363 ss.; Sez. un., 10 dicembre 1997, Di Battista, *cit.*; Sez. un., 9 luglio 1997, Baldan, *ivi*, 1998, p. 64 ss.; Sez. un., 18 giugno 1993, Garonzi, *ivi*, 1993, p. 2511 s. Occorre inoltre segnalare come la più recente Sez. un., 20 dicembre 2007, Battistella, *cit.*, resasi interprete – per usare le parole della Corte – «di una rilettura rigorosa e costituzionalmente orientata della categoria dell'abnormità», abbia affermato come «ogni fattispecie di indebita regressione costituisce un serio *vulnus* all'«*ordo processus*», inteso come sequenza logico-cronologica coordinata di atti, in spregio dei valori di rilievo costituzionale (art. 111, comma 2, Cost.: regola precettiva ed interpretativa, a un tempo) dell'efficienza e della ragionevole durata del processo».

delle invalidità (in particolare e prevalentemente delle nullità). Se la prima, ricondotta al sottoinsieme della c.d. “abnormità strutturale”, è stata in maniera trasparente considerata, in alcune pronunce, quale una deroga al principio di tassatività delle nullità, la seconda – pur con una connotazione quanto mai vischiosa – si presta prevalentemente in concreto allo scopo inverso, vale a dire, colpire le erronee declaratorie di invalidità degli atti – soprattutto nullità – da parte degli organi giudicanti. Può essere utile osservare come, nella ricostruzione dell’abnormità, la giurisprudenza ammetta si possa incorrere nel vizio anche osservando la lettera della legge. Per dirla diversamente, l’atto abnorme può sorgere anche ove il comportamento del giudice sia *secundum legem* (purché le conseguenze appaiano “inaccettabili”: stallo altrimenti irrisolvibile del processo, indebita regressione, etc.). Non occorre necessariamente – in sostanza – una condotta *contra legem* o *contra ius*⁷⁵.

In definitiva, con entrambe le forme che questo peculiare istituto assume si gravita intorno al concetto di invalidità, per cercare, in via pretoria, di riscriverne il catalogo, e forse anche la stessa identità. La prassi, in altre parole, si fa carico, attraverso l’istituto in esame, di allargare il novero dei comportamenti da ritenere fuori dal si-

⁷⁵ Questa posizione giurisprudenziale non è stata esente da critiche, in ambito accademico, per la sua eccessiva evanescenza. Da qui il tentativo di restringere la portata dell’istituto in questione, riportandolo a dimensioni e definizioni più ragionevoli. Si veda sul punto G. TODARO, *Erronea declaratoria di nullità del decreto di citazione a giudizio e conseguente regressione del procedimento*, cit., p. 4554. Volendo, M. CAIANIELLO, *Sulla abnormità della sentenza emessa dal giudice collegiale senza ritirarsi in camera di consiglio*, in *Cass. pen.*, p. 3957. Resta il fatto che, ad oggi, per il diritto vivente, può darsi un atto abnorme originato da condotte del tutto rispettose della *littera legis*. È questa la ragione per cui sembra potersi sostenere come – con il concetto in esame – ci si venga a trovare di fronte ad una manifestazione peculiare del concetto di pregiudizio effettivo. Diversamente si sarebbe potuto argomentare ove si fosse richiesto, per aversi abnormità, un atto formalmente irregolare, vale a dire in contrasto con una disposizione normativa pur non seguita da alcuna ipotesi di invalidità. Così tuttavia non è: anche l’atto formalmente rispettoso dei dettami normativi può essere tacciato di porsi fuori dal sistema. Ciò comporta la riconduzione della abnormità – nell’ottica di chi scrive – non solo nell’ambito del potere creativo giudiziario; ma di quel potere creativo che può giungere a disinteressarsi del rispetto delle disposizioni normative, per concentrarsi soltanto sui valori eventualmente offesi da un determinato comportamento. *Contra*, sembrerebbe, facendo leva sulle recenti Sezioni Unite (Sez. un., 26 marzo 2009, Toni, in *Cass. pen.*, 2009, p. 4550), F. CAPRIOLI, *Abuso del diritto di difesa*, cit., p. 2453.

stema, e per questo privi di effetto, ovvero di impedire il riconoscimento di certe forme di invalidità, salvando l'efficacia dell'atto.

Qui occorre focalizzare l'attenzione in particolare sulla prima delle due sottocategorie, l'abnormità strutturale. È indubbio che se ne faccia uso per restituire *in integrum* violazioni di interessi, ritenuti rilevanti, non altrimenti tutelabili. Si prendano, ad esempio, i casi della sentenza pronunciata e redatta – ivi compresa la parte motivata – all'esito della discussione senza che il giudice si fosse ritirato in camera di consiglio⁷⁴, o dell'ordinanza in cui la motivazione fosse scritta a mano con calligrafia illeggibile⁷⁵, entrambi oggetto di censura da parte della Cassazione. In tutti e due i casi, si percepisce il *vulnus* arrecato a una prerogativa degna di riconoscimento e protezione. Nella prima vicenda, i valori del contraddittorio e della collegialità. Se non rispetta il dovere di ascoltare le osservazioni delle parti, il giudice in primo luogo, ne preclude in maniera intollerabile il contributo e la partecipazione attiva alla decisione finale. Sebbene sia stato, negli ultimi vent'anni, valorizzato dalla dottrina il contraddittorio "per la prova", nondimeno non può essere tradito e conculcato quello "sulla prova", che si esprime nella discussione finale. A tal fine, al giudice è imposto un limite: quello di sospendere il giudizio sino a che l'ultimo dei contendenti non abbia finito di esporre le proprie osservazioni sul merito della regiudicanda. Usare *escamotages* che, sebbene formalmente inappuntabili, conculchino in concreto l'attività argomentativa delle parti costituisce comportamento inaccettabile, che con un linguaggio non giuridico potrebbe definirsi "antisistema", specie alla luce del novellato art. 111 Cost.⁷⁶ Ma quel

⁷⁴ Il caso è stato deciso da Cass., Sez. VI, 12 ottobre 2004, Sozzi e altro, in *Cass. pen.*, 2005, con nota di M. CAIANIELLO, *Sulla abnormità*, cit., pp. 3957-3965.

⁷⁵ In questo caso la Cassazione optava per una declaratoria di non meglio definita illegittimità: Cass., Sez. 5, 25 ottobre 2005, n. 46789, Ndaye, in *C.e.d. n.* 233032. Si veda anche Cass., Sez. 1, 12 maggio 2006, n. 18462, Riccardi, *ivi*, n., 234141, ove si optava per la nullità, equiparando il caso alla mancanza di motivazione. Si tratta nell'ottica della Cassazione, di una nullità intermedia, per lesione del diritto di difesa delle parti. Giova ricordare che le Sezioni Unite hanno sciolto l'incertezza, optando per la soluzione della nullità intermedia: Sez. Un., 28 novembre 2006, n. 42363, con nota di R. A. RUGGIERO, *Le conseguenze della indecifrabilità grafica della sentenza*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 2935 s.

⁷⁶ A tal proposito imprescindibile appare il richiamo a R. ORLANDI, *L'attività argomentativa delle parti nel dibattimento penale*, cit., pp. 8-10.

comportamento qui in esame tradisce anche, nei casi di organo giudicante pluricefalo, la logica della collegialità, che si consacra nella camera di consiglio, il luogo ove idealmente il potere giudiziario esplica la parte finale – e certo la più rilevante – della propria funzione. Dunque poco importa che una condotta del genere non si presti ad essere sussunta sotto una ipotesi di invalidità codificata: occorre comunque neutralizzarla, e dichiararla fuori dall'ordinamento processuale, per le ragioni esposte.

Ragioni altrettanto efficaci stanno alla base dell'annullamento della sentenza la cui parte motiva sia redatta a mano con grafia incomprendibile. Se non può invocarsi una nullità per mancanza di motivazione – essa, infatti, fisicamente è presente, ma rimane inaccessibile (perché illeggibile) agli esterni – nondimeno va considerata alla stessa stregua, costituendo una forma di lesione del tutto analoga alle sentenze prive di motivazione. Al pari di esse, non è possibile il controllo delle parti sull'operato del giudice, e dunque non può sprigionarsi quel potere di critica rappresentato dallo strumento delle impugnazioni. Per lo stesso motivo, è altresì precluso il controllo della collettività sull'amministrazione della giustizia, che si incentra inevitabilmente e in via principale sulle critiche agli argomenti adottati dal giudice a fondamento della propria decisione. Ne deriva dunque la necessità di intervenire, alla luce della antisistematicità del vizio che caratterizza simile situazione giuridica.

8. *Un primo profilo derivante dalla necessità di adeguarsi ai criteri ermeneutici europei: la nullità per modifica ex officio del titolo del reato*

Il settore dell'adeguamento dell'ordinamento nazionale alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo probabilmente rappresenta il punto di emersione più evidente di questo nuovo metodo di riconoscimento delle invalidità nel processo penale, tutto improntato al principio di offensività⁷⁷. Come si è già notato, si tratta di un

⁷⁷ Sul tema si tornerà *infra* Cap. IV, § 2 s. Sin d'ora si rinvia alle considerazioni di F. CAPRIOLI, *Abuso del diritto di difesa*, cit., p. 2448; R. E. KOSTORIS, *Verso*

percorso di matrice esclusivamente pretoria: imprevisto e imprevedibile dalla dottrina, che solo in tempi recenti, sia pur con riflessioni di indubbio interesse e pregio, ormai a cose fatte, sta intervenendo, per provare a ricondurre a razionalità e omogeneità il sistema.

Pur nelle differenti soluzioni che si sono venute avvicinando, unitaria pare l'ispirazione originaria: quella di porre rimedio a una ipotesi d'iniquità dichiarata dalla Corte europea. Sullo sfondo si staglia poi una esigenza tutta politica, quella di avvicinare il nostro ordinamento a una comune armonizzazione nell'alveo del Consiglio d'Europa (con la spinta, in tal senso, anche della Unione europea). Il dato è indirettamente confermato dagli sviluppi normativi adottati dal Consiglio dell'Unione europea dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona: rinforzata la cooperazione sul *coté* repressivo, si è trattato di provare a costruire un insieme di "pratiche comuni"⁷⁸ – prima ancora che di previsioni normative – in materia di tutela dei diritti fondamentali: la *road map* adottata con il Programma di Stoccolma del 2009⁷⁹ ne rappresenta una indiretta ma forte conferma. Simile esigenza, emersa in maniera trasparente in seno all'Unione a

un processo penale non più statocentrico, in A. BALSAMO, R. E. KOSTORIS (a cura di), *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, Torino, Giappichelli, 2008, p. 9-10.

⁷⁸ V. *supra*, Introduzione.

⁷⁹ Il programma di Stoccolma delinea le priorità dell'Unione europea per lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia per il periodo 2010-2014. Tenendo conto dei risultati conseguiti dai programmi di Tampere e dell'Aia, esso mira ad accogliere le sfide future e a rafforzare lo spazio europeo di giustizia, libertà e sicurezza con azioni concentrate sugli interessi e sulle esigenze dei cittadini. In particolare, in materia di giustizia penale, il programma di Stoccolma, adottato dal Consiglio europeo del 10 e 11 dicembre 2009, ha ribadito l'importanza dei diritti della persona nei procedimenti penali quale valore fondante dell'Unione, essenziale per garantire la fiducia reciproca tra gli Stati membri e la fiducia dei cittadini nei riguardi dell'Unione europea. È stata a tal proposito delineata dal Consiglio una "tabella di marcia", vale a dire un piano di misure volte a rafforzare progressivamente e in misura uniforme i diritti procedurali di indagati o imputati in procedimenti penali. Seguendo un approccio in varie tappe, la tabella di marcia ha invitato ad adottare misure concernenti il diritto alla traduzione e all'interpretazione (misura A), il diritto a informazioni relative ai diritti e all'accusa (misura B), il diritto alla consulenza legale e all'assistenza legale gratuita (misura C), il diritto alla comunicazione con familiari, datori di lavoro e autorità consolari (misura D), nonché le garanzie speciali per indagati o imputati vulnerabili (misura E). Il piano è consultabile alla GU C 295 del 4.12.2009, p. 1.

partire da quella data, con l'approvazione del Programma di Stoccolma di cui si è detto, è stata anticipata di qualche anno da un movimento convergente delle Corti supreme, tese tutte a valorizzare un approccio comune alla tutela dei diritti fondamentali nel processo penale. In questo quadro, l'attuazione, all'interno del sistema italiano, delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo non ne è che un peculiare epifenomeno. Il terreno comune su cui provare a edificare il lato delle garanzie in materia processuale penale europea, del resto, non poteva che risultare quello della giurisprudenza di Strasburgo, da molto tempo punto di riferimento per un insieme di Paesi più ampio di quello della sola Unione europea. Così dunque si spiega quell'accentuato dialogo tra le Corti, per quanto effettivamente, come è stato detto, non debba essere enfatizzato oltre misura⁸⁰: esso altro non rappresenta che un'anticipazione dello sviluppo di un comune sentire sul piano delle garanzie, *péndant* inevitabile, per essere credibile, di una efficiente cooperazione giudiziaria in materia penale. Per dirla in poche parole: creati nuovi strumenti repressivi, serviva mostrarsi attenti al rispetto dei diritti individuali. Nelle incertezze del legislatore – quello della Unione, si badi – ci ha pensato il diritto vivente, prendendo a parametro l'unico punto di riferimento possibile, la Convenzione europea come applicata e interpretata dalla sua Corte.

Se teniamo questo quadro sullo sfondo, facile risulta la lettura delle diverse soluzioni escogitate per dare attuazione alle sentenze di condanna pronunciate dalla Corte e.d.u. Tutte appaiono sospinte dalle medesime pulsioni ideali: e tutte, in maniera più o meno palese, creano diritto adattando il sistema interno al proprio scopo.

Il caso Drassich⁸¹ si presta ad essere letto come paradigma emblematico delle pulsioni di politica del diritto cui si è fatto sinteticamente riferimento. Come noto, esso opera su due fattori all'interno

⁸⁰ Sul tema v. ampiamente G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna, Il Mulino, 2010.

⁸¹ Se ne veda una ricostruzione in M. CAIANIELLO, *La riapertura del processo ex art. 625 bis c.p.p. a seguito di condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 1465 s. V anche A. CAPONE, *Iura novit curia. Studio sulla riqualificazione giuridica del fatto nel processo penale*, Padova, Cedam, 2010, pp. 3-5.

del nostro sistema penale: il tema della contestazione dell'accusa, da un lato; quello della riapertura del processo per adeguarsi ai *dicta* di Strasburgo, dall'altro.

Quanto al profilo attinente alla contestazione dell'accusa, la sentenza della Corte europea si è prestata a una rilettura da parte della Cassazione italiana tutta tesa ad abbattere una partizione da lungo tempo sotto critica, quella tra fatto e diritto. Da diversi anni la dottrina aveva evidenziato come simile separazione, forse utile a fini eminentemente pratici (comprensione sommaria di alcuni istituti del sistema⁸²), apparisse criticabile quanto al fondamento scientifico⁸³. L'ideale della accessibilità comune delle disposizioni normative, e di conseguenza la prevedibilità delle conseguenze giuridiche dei propri comportamenti – si osservava da lungo tempo – appare quanto mai lontano dal rappresentare la realtà. La fase ermeneutico-intellettuale – è cosa talmente risaputa da apparire superfluo spendervi troppe con-

⁸² P. FERRUA, *Il libero convincimento del giudice penale: i limiti legali*, in AA.VV., *Il libero convincimento del giudice penale. Vecchie e nuove esperienze*, Milano, Giuffrè, 2004, pp. 63-65 (anche se l'Autore sembra mettere in discussione alcuni postulati nel più recente P. FERRUA, *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, in P. FERRUA, F. M. GRIFANTINI, G. ILLUMINATI, R. ORLANDI, *La prova nel dibattimento penale*, cit., p. 326 s.). Si veda inoltre S. QUATTROCCOLO, *Riqualficazione del fatto nella sentenza penale e tutela del contraddittorio*, Napoli, Jovene, 2011, p. 61 s. Qualcosa di simile, sia pur nel diverso campo della distinzione tra argomentazione e prova, sembra pensare A. CAMON, *L'incompatibilità tra difensore e testimone*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 30.

⁸³ In particolare, si veda G. UBERTIS, *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Milano, Giuffrè, 1979, pp. 48, 70-76, il quale osserva che «se il giudizio sulla *quaestio facti* non può mai essere di "puro fatto" perché strutturato in riferimento a coordinate giuridiche, quello sulla *quaestio iuris* è necessariamente legato al "fatto" pure nella misura in cui, anche nella analisi della norma che si ritiene applicabile, si risente della "tensione" alla giustizia concreta propria di tutto l'ordinamento. [...] Come per la relazione tra fatto e valore, così per quella tra fatto e diritto, tra *quaestio facti* e *quaestio iuris* [...] si può parlare soltanto di una distinzione metodologica tra i due termini della coppia, funzionale alle varie esigenze che, in differenti momenti, vengono in rilievo nell'ambito processuale». Si veda ancora R. ORLANDI, *L'attività argomentativa delle parti*, cit., pp. 63-64, che riconosce come probabile che alla modifica del *nomen iuris* segua la necessità di acquisire nuove prove; T. RAFARACI, *Le nuove contestazioni nel processo penale*, cit., pp. 291-304; F. M. IACOVIELLO, *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in Cassazione*, Milano, Giuffrè, 1997, p. 158-163 e p. 234-242; e già G. CALOGERO, *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*, 2ª ed., Padova, Cedam, 1964, pp. 50, 51. Ancora, cfr. M. VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Torino, Giappichelli, 2007, pp. 54-71 e gli autori ivi citati.

siderazioni – implica operazioni, dubbi, opzioni, altrettanto complesse di quelle relative alla ricostruzione del fatto⁸⁴. Si aggiunga che le componenti creative sono tutt'altro che estranee ai passaggi *in iure* del ragionamento giuridico, e che, secondo alcuni, lo stesso metodo di verifica del percorso logico seguito e dell'accertamento della componente normativa della regiudicanda non si distingue rispetto a quello concernente la ricostruzione del fatto⁸⁵.

Da simili premesse, così sommariamente riportate, derivava una critica serrata all'art. 521 c.p.p.⁸⁶, là dove consente al giudice di mutare *ex officio* la qualificazione giuridica del fatto senza limiti formali. Si osservava – senza dubbio in maniera efficace – che sarebbe stato opportuno prevedere ipotesi di contraddittorio preventivo tra le parti sulla qualificazione giuridica dell'addebito⁸⁷.

Ricorrente di conseguenza era la proposta avanzata da alcuni studiosi per migliorare il sistema, ispirata a introdurre nel nostro

⁸⁴ Oltre agli autori menzionati alla nota antecedente, cfr. P. FERRUA, *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, cit., pp. 318-319, e 325-338 (si rinvia alle opere e agli autori ivi citati, in aggiunta ai precedenti).

⁸⁵ Volendo, M. CAIANIELLO, *Mutamento del nomen iuris e diritto a conoscere la natura e i motivi dell'accusa ex art. 6 C.e.d.u: le possibili ripercussioni sul sistema italiano*, in *Giust. pen.*, 2008, I, pp. 165-176 (in particolare pp. 171-174). Sul tema si rinvia soprattutto alle osservazioni di H. G. GADAMER, *Wahrheit und methode*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), trad. in *Verità e metodo*, vol. II, Milano, Bompiani, 1995, p. 291 s., in particolare con riferimento al lavoro del giurista, p. 305-307. Si veda inoltre M. VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto*, cit., pp. 236-242, con ampi riferimenti bibliografici.

⁸⁶ Come noto, il principio secondo il quale *iura novit curia* è considerato, nella giurisprudenza di legittimità, un carattere basilare dell'intero sistema processuale penale e, come tale, applicabile in ogni fase e grado del procedimento. Cfr. S. U., 19 giugno 1996, Di Francesco, in *Guida dir.*, 1997, f. 6, p. 63. Un richiamo sul tema, che conferma la pronuncia delle Sezioni Unite del 1996, si può rinvenire anche nella sentenza recente Cass., S. U., 20 dicembre 2007, p. m. in c. Battistella, in *C.e.d. n.* 238239, § 8, ult. capoverso. Per una panoramica giurisprudenziale più completa, si rinvia a A. TASSI, *Sub art. 521 c.p.p.*, in G. CONSO, V. GREVI (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura penale*, Padova, Cedam, 2005, pp. 1844-1846. Più ampiamente, con una interessante ricostruzione storica, ed efficaci analisi critiche, cfr. A. CAPONE, *Iura novit curia. Studio sulla riqualificazione giuridica del fatto nel processo penale*, Padova, Cedam, 2010, p. 31 s. (per gli aspetti critici, pp. 55-65).

⁸⁷ Cfr. da T. RAFARACI, *Le nuove contestazioni nel processo penale*, cit., pp. 303-304. Sul tema si vedano anche le proposte di R. ORLANDI, *L'attività argomentativa delle parti nel dibattimento penale*, cit., pp. 64-66.

ordinamento un meccanismo analogo a quello vigente in altri paesi europei – in particolare, in Germania e in Spagna. Si sosteneva la necessità di prevedere una riserva di contraddittorio anche sulla questione in diritto, pur mantenendo al giudice il potere di intervenire su tale aspetto della regiodicanda. In tal senso, ove al giudicante fosse parso emergere un nuovo profilo *in iure* rimasto trascurato dai contendenti – e soprattutto nella contestazione degli addebiti operata dall'accusa – sarebbe stato necessario darne avvertimento alle parti, di modo che esse potessero esprimere dialetticamente le proprie posizioni anche sul nuovo aspetto del *thema decidendum*. Le proposte richiamate inevitabilmente risultavano *de iure condendo*: nella impossibilità di allontanarsi dalla formulazione letterale del diritto positivo – manifesto nel permettere un intervento giudiziale libero da restrizioni sulla questione di diritto – si avanzavano progetti di riforma tesi a consentire una più efficace tutela del contraddittorio tra le parti in merito al profilo qui esaminato.

La vicenda Drassich, da questo punto di vista, si rivelava un vero e proprio punto di svolta. Si coglievano, infatti, le potenzialità insite, da un lato, in un caso *monstre*, difficilmente difendibile sul piano del *fair play* processuale⁸⁸ (mutamento del *nomen iuris* in ultima

⁸⁸ Questa in sintesi la vicenda storica del caso Drassich. All'esito del giudizio di cassazione, promosso dall'imputato condannato in primo grado e in appello per il reato di corruzione *ex art. 319 c.p.*, la Suprema Corte modificava di propria iniziativa il *nomen iuris* del fatto oggetto del processo: riteneva configurata, infatti, l'ipotesi di corruzione in atti giudiziari, contemplata dall'*art. 319 ter c.p.*, piuttosto che quella di corruzione semplice. Tale operazione comportava come conseguenza il rigetto del ricorso e la conferma della condanna, nonostante l'imputato e il Procuratore generale, nella discussione orale, constatato il decorso del termine di prescrizione del reato originariamente contestato, avessero chiesto che il giudice di legittimità rilevasse il venir meno del dovere di punire per estinzione del reato. La modifica apportata alla qualificazione giuridica dell'addebito conduceva, infatti, a ritenere non compiuto il decorso del tempo necessario per il maturare della prescrizione: come noto, il reato *ex art. 319 ter c.p.*, punito più severamente, si prescrive in un periodo più lungo rispetto alla corruzione semplice di cui all'*art. 319 c.p.* A fronte della doglianza presentata dall'interessato, la Corte europea dei diritti dell'uomo riscontrava nel procedimento da cui era scaturita la condanna una violazione dell'*art. 6 comma 3 lett. a e b* della Convenzione, osservando come il ricorrente non avesse potuto usufruire, nel corso del procedimento celebrato nei suoi confronti, di una *chance* concreta ed effettiva per preparare la propria difesa: in particolare, non gli sarebbe stata concessa la possibilità di conoscere e discutere un aspetto cruciale per l'esito della contesa quale la qualificazione giuridica dei fatti descritti nell'im-

istanza, al fine precipuo di salvare una condanna dall'operare della prescrizione); dall'altro, si mutuava l'approccio antiformalistico-sostanzialista proprio della Corte e.d.u. alla materia. Come noto, nel concetto di accusa la Corte di Strasburgo intende ogni componente della regiudicanda, senza distinguere tra fatto e diritto. Ciò che conta, secondo i giudici europei, è che ogni parte costitutiva dell'addebito sia stata con un tempo adeguato resa chiara all'imputato, di modo che questi abbia potuto predisporre le proprie difese. L'omissione di uno dei diversi profili in cui si condensa l'imputazione finisce, quasi sempre⁸⁹, per ledere l'art. 6 comma 3 lett. *a* e *b* della Ce.d.u., vale a dire il diritto ad essere resi edotti tempestivamente della natura e dei motivi a fondamento dell'accusa, e a godere del tempo e delle misure necessarie per apprestare le proprie difese.

putazione. Ottenuta ragione davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo, il ricorrente si rivolgeva alla Corte d'Appello di Venezia, in qualità di giudice dell'esecuzione, perché venisse dichiarata l'ineseguibilità e l'inefficacia – *ex art. 670 c.p.p.* – della sentenza di condanna irrevocabile pronunciata nei suoi confronti. Un primo aspetto di rilievo è costituito dal fatto che la condanna di cui si invocava l'inattuabilità era già stata eseguita: i giudici veneziani, ciononostante, ritenevano sussistente l'interesse del privato, così ritenendo il ricorso ammissibile. Inoltre, l'ordinanza della Corte d'appello considerava non sufficiente il rimedio dell'ineseguibilità del giudicato, disponendo, *ex officio*, un rinvio alla Cassazione volto a riparare all'*error in procedendo* a suo tempo compiuto. Siccome la violazione dell'art. 6 C.e.d.u. era dovuta ad una scelta processuale a suo tempo compiuta dalla Suprema Corte – si argomentava – logico sarebbe stato che in quella medesima sede ci si premurasse di trovare l'*escamotage* per restituire il ricorrente nella pienezza delle sue prerogative. Solo così, infatti, si sarebbe potuto dare attuazione a quel dovere di riaprire il procedimento invocato dalla Corte europea nel riconoscere le ragioni del condannato. La decisione produceva dunque l'effetto paradossale di invertire l'ordine fisiologico del sistema: il caso veniva rinviato al giudice superiore vincolandolo quanto al fine da perseguire, cioè quello di riparare alla violazione dell'art. 6 comma 3 lett. *a-b* C.e.d.u. a suo tempo perpetrata. Volendo, vi sarebbero stati gli estremi per una pronuncia di abnormità. Ciononostante, la Suprema Corte riteneva di dover cogliere l'occasione per sviluppare la propria linea interpretativa in materia di rapporti tra giudicato penale e attuazione delle sentenze emesse dalla Corte europea dei diritti dell'uomo per violazione del diritto ad un processo equo, giungendo ad applicare analogicamente l'art. 625-*bis* c.p.p., così revocando il giudicato dichiarato iniquo da Strasburgo e fissando una nuova discussione per la trattazione del ricorso a suo tempo presentato dall'interessato.

⁸⁹ Vale la pena ricordare come la Corte e.d.u. si riservi sempre una ponderazione dei diversi interessi in gioco, così attribuendosi un margine non indifferente di discrezionalità nella decisione specifica. Sul punto si tornerà più approfonditamente *infra*, Cap. IV, § 2.

Ne conseguiva una traduzione della pronuncia della Corte e.d.u., sul piano interno, progressivamente orientata a trattare l'omessa previa contestazione della modifica del titolo giuridico alla stregua di un nuovo caso di nullità, per lesione dell'art. 178 lett. c c.p.p. In un primo momento, nella decisione adottata dalla Corte di cassazione nell'*affaire* Drassich, per rimediare al *vulnus* subito dall'interessato si concludeva per l'applicazione analogica dell'art. 384 comma 3 c.p.c. alle ipotesi in cui, in Cassazione, il giudice avesse ritenuto di individuare un nuovo profilo giuridico nei fatti oggetto del processo. In tal guisa, ne sarebbe derivato un dovere di aggiornare l'udienza, concedendo termine alle parti per dedurre e replicare sul nuovo aspetto giuridico emerso. Tuttavia, nelle pronunce successive, si valorizzavano le conseguenze che – da una modifica del titolo dell'accusa – sarebbero potute derivare quanto all'accertamento del fatto. Così, a meno di due anni di distanza dalla sentenza Drassich, si optava per l'annullamento con rinvio in appello, ove, in seconde cure, il giudice avesse mutato *ex officio* il *nomen iuris* dell'imputazione in sentenza, senza dar modo alle parti di interloquire sul punto. Il rinvio alla sede di merito veniva giustificato con la necessità, potenzialmente sempre insita ove venga a cambiare anche il solo profilo giuridico della causa, di chiedere nuove prove per supportare la difesa⁹⁰.

⁹⁰ Cass., Sez. VI, 19 febbraio 2010, Fadda, n. 20500, in Ced. n. 247371. Si dispone che «La garanzia del contraddittorio in ordine alle questioni inerenti alla diversa qualificazione giuridica del fatto deve essere concretamente assicurata all'imputato sin dalla fase di merito in cui si verifica la modifica dell'imputazione». Si osserva in motivazione che «Questa Corte ha già avuto modo di affermare che la lettura data dalla Corte Europea all'art. 6 cit. e al principio del "processo equo", anche nella parte in cui riconosce all'imputato il diritto al contraddittorio sulla qualificazione giuridica dei fatti, è in linea con il principio del "giusto processo" delineato dall'art. 111 Cost., comma 2, escludendo che vi sia necessità di un intervento additivo della Corte costituzionale sull'art. 521 c.p.p., comma 1 "per stabilire che l'imputato e il difensore devono e possono essere messi in grado di interloquire sulla eventualità di una diversa definizione giuridica del fatto là dove essa importi conseguenze in qualunque modo deteriori per l'imputato così da configurare un suo concreto interesse a contestarne la fondatezza" [...]. Nel caso in esame, devono applicarsi i medesimi principi affermati nelle sentenze sopra citate, in quanto occorre garantire all'imputato di *interloquire concretamente, sin dalla fase di merito, sulla diversa definizione giuridica del fatto* appropriativo attribuitogli, tenuto conto dell'interesse alla contestazione della nuova qualificazione anche in relazione ai diversi termini di prescrizione dell'originario e meno grave reato di abuso d'ufficio rispetto al peculato. *L'imputato ha potuto contestare per la prima volta la diversa qualificazione giuridica*

Da ultimo, si arrivava esplicitamente a equiparare l'omessa contestazione del nuovo titolo giuridico individuato dal giudice ad un caso di nullità⁹¹, meritevole di annullamento con rinvio *ex* 623 c.p.p.

del fatto con il ricorso per cassazione, in questo modo perdendo una fase di merito. Così, nella presente fattispecie il motivo sulla erronea applicazione dell'art. 314 c.p. viene dedotto anche attraverso la critica alla lettura che i giudici d'appello hanno dato ai fatti, motivo che rischia di sconfinare in una valutazione alternativa delle risultanze probatorie non consentita in sede di legittimità, ma possibile nel giudizio di merito, in cui, ad esempio, avrebbe potuto chiedere la rinnovazione, anche solo parziale, dell'istruttoria dibattimentale [...] Il diritto al contraddittorio e alla difesa anche in ordine alle questioni giuridiche di qualificazione del fatto deve essere garantito, normalmente, nella *stessa fase in cui si verifica la modificazione dell'imputazione*, considerato che l'impugnazione non sempre può avere un effetto equipolente al mancato contraddittorio» (corsivo nostro).

⁹¹ Cass., Sez. I, 29 aprile 2011, Corsi, n. 18590, in Ced. n. 250275: «È causa di nullità generale a regime intermedio, per violazione del diritto di difesa, la riquificazione dell'imputazione operata in sentenza senza il previo contraddittorio, per quanto sia più favorevole per l'imputato». Si osserva in motivazione, che, «L'art. 111 Cost., comma 3, (inserito dalla novella costituzionale 23 novembre 1999, n. 2) sancisce il diritto della persona accusata di un reato a essere "informata [...] della natura e dei motivi della accusa". La norma rappresenta la trasposizione, pressoché letterale, della corrispondente disposizione contenuta nell'art. 6, comma 3, lett. a), della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, adottata a Roma il 4 novembre 1950 e resa esecutiva con L. 4 agosto 1955, n. 848, la quale recita in parte de qua "Ogni accusato ha più specificamente diritto a: a) essere informato [...] in un modo dettagliato della natura e dei motivi della accusa elevata a suo carico". L'inequivocabile tenore della formulazione esclude che la informazione possa essere limitata ai meri elementi fattuali posti a fondamento della "accusa". E impone, invece, pure la enunciazione della qualificazione giuridica dei fatti addebitati che necessariamente concorre a definirne la "natura" dell'addebito, alla quale l'ordinamento riconnette, in esito all'accertamento giudiziario, le conseguenze sanzionatorie [...]. Il contemperamento è, certamente, possibile, attraverso la interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 521 c.p.p., comma 1, la quale, escludendo la possibilità dell'attuazione "a sorpresa" del potere di nuova (e diversa) qualificazione della condotta, ne condiziona l'esercizio alla preventiva promozione a opera del giudice del contraddittorio tra le parti sulla quaestio juris relativa [...]. *Nel caso in esame la lesione del contraddittorio (non assicurato dal Tribunale) in ordine alla diversa definizione giuridica della condotta, operata colla sentenza di condanna, comporta la nullità generale comminata dall'art. 178 c.p.p., comma 1, lett. e), per violazione del diritto di difesa.* Né il rilievo che la diversa qualificazione del reato – consistita della derubricazione della ipotesi delittuosa contestata in quella contravvenzionale ritenuta – risulti più favorevole per la giudicabile, vale a sottrarre il provvedimento alla sanzione processuale. Pur se, in effetti, la posizione della giudicabile risulta meno gravata in dipendenza della derubricazione, non di meno residua il pregiudizio per il diritto di difesa. *La difesa, infatti, ben può diversamente atteggiarsi (quanto alle opzioni strategiche) e modularsi (sul piano tattico), in rapporto alla differente qualificazione giuridica della condotta, rispetto*

Emerge chiaramente come si tratti di un percorso – senza dubbio da condividere⁹² – con cui si viene a introdurre in via inventiva una nuova ipotesi di nullità, ricavata dai principi generali del sistema.

Ritornando brevemente sulle considerazioni sviluppate in precedenza in merito al fatto diverso, e più in generale al principio di correlazione tra accusa e sentenza, si trae la conclusione che il sistema, sul punto, sia stato radicalmente riscritto. Alcune ipotesi di nullità sono state implicitamente abrogate, quale quella sul fatto diverso, nella pratica quasi mai riconosciuta: essa è dunque generalmente trattata alla stregua di un vizio innocuo. Ancora, il fatto nuovo è stato ricondotto sotto la disciplina – meno garantita – di cui all'art. 516 c.p.p. Al tempo stesso, tuttavia, si è riconosciuta una nuova ipotesi di nullità generale, quella legata alla modifica d'ufficio del titolo giuridico del reato, su cui alle parti non sia stato dato modo di interloquire.

Non v'è dubbio che – così com'è ora – il capo delle nuove contestazioni appaia poco equilibrato, e con salienti aspetti d'irragionevolezza: per paradosso, stando al diritto vivente, il fatto diverso, su cui il legislatore si era premurato di prevedere condizioni e conseguenze invalidanti, è assai meno garantito della modifica del titolo giuridi-

alla quale, oltretutto, le emergenze processuali assumono, a loro volta, diversa e nuova rilevanza. Sicché, conclusivamente, la postuma definizione giuridica del fatto, operata dal Tribunale, ha privato la giudicabile della possibilità di esplicitare la propria difesa, sia in punto di fatto, che in punto di diritto, in ordine alla contravvenzione ritenuta. 6. – Conseguono l'annullamento della sentenza impugnata e il rinvio per nuovo giudizio sul punto» (corsivo nostro). Vale la pena ricordare che l'annullamento, nel caso di specie, implica il rinvio al Tribunale applicandosi l'art. 593 comma 3 c.p.p., secondo il quale sono inappellabili le sentenze di condanna per le quali sia stata applicata la sola pena dell'ammenda (come appunto era avvenuto nel caso di specie). Se ne deve desumere che, ove ci si fosse trovati di fronte a condanna pronunciata in sede d'appello – avvenuta in appello la modifica repentina del *nomen iuris* – ci sarebbe stato un annullamento *ex art* 623 lett. c c.p.p.

⁹² Si era a suo tempo espressa l'opinione che occorresse provvedere – pena lo squilibrio irragionevole del sistema – ad estendere, con i dovuti accorgimenti, le previsioni in materia di fatto diverso anche all'ipotesi di modifica *ex officio* della qualificazione giuridica del reato. Il percorso compiuto, che muove in questa direzione, non può dunque che essere in questa sede accolto favorevolmente (M. CARIANELLO, *Mutamento del nomen iuris.*, cit., pp. 175-176). Per un'altra interessante prospettiva, cfr. A. CAPONE, *Iura novit curia*, cit., p. 66 s. (in particolare quanto al dibattito pp. 79-83).

co, che invece, stando al codice, sarebbe sempre consentita, senza limiti o condizioni (salve le conseguenze sulla competenza o l'attribuzione). Occorrerà, di necessità, ritornare a valorizzare le previsioni poste in via normativa a tutela della modifica del fatto storico, se si vuole riportare l'intero Capo IV del Libro VII ad un maggior equilibrio (ed anzi, lo sviluppo della giurisprudenza più recente sul *nomen iuris* dovrebbe prestarsi come monito per un urgente ripensamento nel senso indicato).

Rimane tuttavia un dato difficilmente contestabile: il metodo di cui ci si è avvalsi, in un senso e nell'altro, per deformare e riscrivere il sistema, affonda le proprie radici nel medesimo approccio antiformale e sostanziale, cui si è più volte fatto riferimento.

9. *Un secondo profilo: l'adeguamento alle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo. Dalla sospensione del giudicato alla riapertura del processo*

Legato al caso Drassich, ma con ben altre ramificazioni, si presta ad essere letto come nuovo manifestarsi del pregiudizio effettivo nel processo penale anche il percorso di adeguamento del nostro ordinamento alle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Tutte le opzioni adottate in sede giurisprudenziale – senza che mai il legislatore sia stato in grado di mettere ordine la materia con una riforma razionale – mirano a riparare una lesione concreta apportata ad una prerogativa della difesa. In altre parole, ad apprestare un rimedio effettivo alla iniquità subita da un individuo nel corso di un processo penale, e, per così dire, “certificata” da una sentenza adottata dalla Corte e.d.u. Ogni volta, e sino alla pronuncia della Corte costituzionale del 2011, si è optato per vie che, se guardate con un minimo di rigore, si sarebbero dovute reputare precluse all'interprete.

Così è per la c.d. ineseguibilità del giudicato di condanna⁹³, sostenuta sulla base di argomenti, volendo, di carattere evocativo⁹⁴,

⁹³ Si tratta in particolare delle note sentenze Cass., Sez. I, 22 settembre 2005, n. 35616, Cat Berro, in *Guida al diritto*, 2005, n. 43, p. 84, con commento di E. SELVAGGI, *I dispositivi della Corte europea possono travolgere il giudicato*, p. 86 s.; Cass., Sez. I, 18 maggio 2006, Somogyi, in *Dir. e giust.*, 2006, n. 48, p. 51, con nota di G. UBERTIS, *Contumaci, doppia restituzione in termine. Ma la legge italiana non risulta ancora adeguata alla C.e.d.u.*, e in *Cass. pen.*, 2007, p. 1002, con nota di A. TAMIETTI, *Un ulteriore passo verso una piena esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di equo processo: il giudicato nazionale non è di ostacolo alla riapertura dei processi*; Cass. Sez. I, 1 dicembre 2006, Dorigo, n. 2800 in *Cass. pen.*, 2007, p. 1441, con nota di L. DE MATTEIS, *Le sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo ed il giudicato penale: osservazioni intorno al caso "Dorigo"*. Per un'analisi dei passaggi interpretativi effettuati nelle singole decisioni menzionate, si rinvia alla esaustiva analisi di E. APRILE, *I meccanismi di adeguamento del sistema penale nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, in V. MANES, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 512 s. Per una visione *ab externo* del medesimo problema – vale a dire visto dall'ottica della Corte europea – 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*, cit., p. 67 s.

⁹⁴ La giustificazione esegetica che se ne offre ricalca a grandi linee i seguenti passaggi. In primo luogo, le fonti vigenti dimostrerebbero la prevalenza delle norme convenzionali su quelle interne. Indice di questa prevalenza può essere ricavato dall'art. 46 C.e.d.u., come riformato con l'approvazione del Protocollo 14 del 13 maggio 2004, ratificato con la legge 15 dicembre 2005 n. 280, al tempo non ancora entrato in vigore a causa della mancanza del numero necessario di ratifiche; ancora, dalla legge 9 gennaio 2006, n. 12, che, interpolando l'art. 5 comma 3 della legge n. 400 del 1988 – riguardante la disciplina dell'attività di Governo e l'ordinamento della Presidenza del Consiglio dei Ministri – con la lettera *a-bis*, ha prescritto che il Presidente del Consiglio debba promuovere gli adempimenti di competenza governativa conseguenti alle pronunce della Corte e.d.u emanate nei confronti dello Stato italiano (ponendo il Parlamento in condizione di seguire e verificare le modalità di tale attività di adeguamento agli ordini provenienti dalla Corte di Strasburgo); infine, segno della volontà del legislatore di adeguarsi ai dettami della Corte europea, se del caso limitando la portata del giudicato formatosi in sede nazionale, sarebbe rappresentata dalla riforma del d. p. R. 14 novembre 2002, n. 313, testo unico sul casellario giudiziale. Come noto, l'art. 19 (R) di tale decreto legislativo prevede, ai commi 2-*bis* e 2-*ter*, aggiunti nel 2005, che l'ufficio centrale debba iscrivere nel sistema l'estratto delle decisioni definitive adottate dalla Corte e.d.u. nei confronti dello Stato italiano, concernenti i provvedimenti giudiziari definitivi delle autorità nazionali già iscritti nel medesimo casellario. Nel caso di inerzia degli uffici competenti, è dato inoltre diritto all'interessato di presentare istanza affinché nel casellario sia iscritto il provvedimento promanante dalla Corte di Strasburgo. L'ineseguibilità, in seconda battuta, si basa sul recepimento della soluzione indicata dalla Corte e.d.u. nel caso Stoichkov (sentenza 26 giugno 2005 nel procedimento contro

ma difficilmente giustificabile sul piano della esegesi dell'art. 670 c.p.p.⁹⁵ Uguale considerazione non può che essere riservata anche alla applicazione analogica del ricorso straordinario per errore materiale o di fatto, *ex art. 625-bis c.p.p.*, contro il quale osta, come subito è stato fatto rilevare, la preclusione imposta dal principio di tassatività⁹⁶.

Si tratta di soluzioni escogitate *ad hoc* e consapevolmente volte a forzare le disposizioni formali, per salvaguardare un valore, un principio considerato di rango superiore. Le giustificazioni tecniche addotte, sotto questo profilo, nient'altro rappresentano che una sovrastruttura, in omaggio alla nostra tradizione della giurisdizione come mera applicazione del diritto (sebbene qui, a ben vedere, siamo lontani da un'operazione definibile applicativa): come è stato osservato da un insigne comparatista⁹⁷, i giudici continentali cercano

la Repubblica Bulgara instaurato da Emil Georgiev Stoichkov – appl. no. 9808/02). Secondo la Cassazione, ove si fosse dato esecuzione ad una condanna dichiarata frutto di un processo iniquo ad opera della Corte di Strasburgo, si potrebbe incorrere nella violazione dell'art. 5 C.e.d.u., potendo essere considerata non legittima la detenzione ordinata in forza di una sentenza, sia pur definitiva, emessa a conclusione di un processo in cui è stato violato un diritto fondamentale dell'uomo come individuato dalla Convenzione stessa.

⁹⁵ Le ipotesi di iniquità sulla quali si può fondare la pronuncia della Corte e.d.u., a ben vedere, paiono richiamare casi di invalidità degli atti, se guardate con la lente del diritto interno: e come tali, esse dovrebbero essere superate definitivamente con il giudicato, senza poter più essere riproposte in sede esecutiva. Si tratta dunque di una soluzione di tenore inventivo, e senza dubbio frutto di un forte afflato equitativo. Sul punto cfr. F. CAPRIOLI, D. VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, 2ª ed., Torino, Giappichelli, 2011, pp. 265-266. Per maggiori riferimenti, sia consentito il rinvio a M. CAIANIELLO, *Profili critici e ipotesi di sviluppo nell'adeguamento del sistema interno alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in V. MANES, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, Giuffrè, 2011, pp. 556-560. Sul tema anche E. APRILE, *I meccanismi di adeguamento del sistema penale*, cit., pp. 512-522.

⁹⁶ Si vedano le fondate critiche rilevate da R. E. KOSTORIS, *Diversa qualificazione giuridica del fatto in cassazione e obbligo di conformarsi alle decisioni della Corte europea dei diritti umani: considerazioni sul caso Drassich*, in *Giur. it.*, 2009, p. 2514 s. Ancora, cfr. S. QATTROCOLO, *Giudicato interno e condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo. La Corte di Cassazione inaugura la fase rescissoria*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 2608; P. TROISI, *L'errore giudiziario tra garanzie costituzionali e sistema processuale*, Padova, Cedam, 2011, pp. 128-133.

⁹⁷ M. R. DAMAŠKA, *The Reality of Prosecutorial Discretion: Comments on a German Monography*, in *American Journal of Comparative Law*, vol. 29, 1981,

sempre di giustificare le proprie conclusioni in forma razionalmente disputabile – e dunque, come una opzione tecnicamente necessitata – anche quando, a ben guardare, abbiano optato per il puro esercizio di una scelta discrezionale.

Si noti come l'approccio casistico inventivo non possa dirsi superato, nel settore in esame, nemmeno a seguito della pronuncia della Corte costituzionale n. 113 del 2011 sull'art. 630 c.p.p. In primo luogo, la decisione lascia comunque nelle mani dell'interprete un numero rilevante di aspetti riparativi legati al nuovo caso di revisione, che dovranno essere decisi volta per volta a seconda del *vulnus* cui si debba apportare riparo⁹⁸. Ma, a ben vedere, la Corte mostra

p. 119-139, ove si evidenzia come, nel distinguere i processi decisori seguiti nei sistemi di *common law* rispetto a quelli continentali: «And in defining the difference one is tempted to take recourse to the old Weberian distinction of two kind of discretion, based on the difference between pre-bureaucratic and the bureaucratic forms of authority, a distinction which, albeit weakened in modern times, still retains something of its meaning. The broader discretion of the American prosecutor still shows traces of prebureaucratic decisionmaking, unstructured, and akin to personal dispensation by a local potentate, while continental prosecutors exercise discretion in a 'rationally debatable' form» (p. 138).

⁹⁸ Come si osserva (§ 8 dei "considerato in diritto"): «S'intende, per altro verso, che, quando ricorra l'evenienza considerata, il giudice dovrà procedere a un vaglio di compatibilità delle singole disposizioni relative al giudizio di revisione. Dovranno ritenersi, infatti, inapplicabili le disposizioni che appaiano inconciliabili, sul piano logico-giuridico, con l'obiettivo perseguito (porre l'interessato nelle condizioni in cui si sarebbe trovato in assenza della violazione accertata, e non già rimediare a un difettoso apprezzamento del fatto da parte del giudice, risultante da elementi esterni al giudicato), prime fra tutte – per quanto si è osservato – quelle che riflettono la tradizionale preordinazione del giudizio di revisione al solo proscioglimento del condannato». Non a caso, attenta dottrina ha definito la sentenza in esame una decisione "additiva di istituto". Cfr. M. GIALUZ, *Una sentenza "additiva di istituto": la corte costituzionale crea la "revisione europea"*, in *Cass. pen.*, 2011, 10, p. 3308; N. ROMBI, *Riflessioni in tema di revisione del giudicato penale*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 1157 (in particolare pp. 1171-1176). A commento della sentenza 113 del 2011 si vedano anche G. CANZIO, *Passato, presente (e futuro?) dei rapporti tra giudicato "europeo" e giudicato penale italiano*, in *Leg. pen.*, 2011, p. 465 s.; R. E. KOSTORIS, *La revisione del giudicato iniquo e i rapporti tra violazioni convenzionali e invalidità processuali secondo le regole interne*, *ivi*, p. 473 s.; A. RUGGERI, *La cedevolezza della cosa giudicata all'impatto con la Convenzione europea dei diritti umani... ovverosia quando la certezza del diritto è obbligata a cedere il passo alla certezza dei diritti*, *ivi*, p. 481 s.; M. CHIAVARIO, *La Corte costituzionale ha svolto il suo compito: ora tocca ad altri*, *ivi*, p. 495; S. LONATI, *La Corte costituzionale individua lo strumento per dare attuazione alle sentenze della Corte europea: un nuovo caso di revisione per vizi processuali*, in www.penalecontemporaneo.it;

di non ritenere le soluzioni in precedenza elaborate come del tutto inapplicabili: al contrario esse ancora parrebbero prestarsi a porre rimedio ad alcune violazioni individuate dalla Corte europea, in singole vicende⁹⁹.

P. GAETA, *Illegittimo negare revisioni del giudicato interno ritenuto non equo dalla Corte di Strasburgo. Al decisore interno la singola valutazione sul grado di "contaminazione" delle prove*, in *Guida dir.*, 2011, n. 17, p. 54.

⁹⁹ Così parrebbe infatti di potersi desumere dal seguente passaggio (§ 8 dei "considerato in diritto"): «La necessità della riapertura andrà apprezzata – oltre che in rapporto alla natura oggettiva della violazione accertata (è di tutta evidenza, così, ad esempio, che non darà comunque luogo a riapertura l'inosservanza del principio di ragionevole durata del processo, di cui all'art. 6, paragrafo 1, CEDU, dato che la ripresa delle attività processuali approfondirebbe l'offesa) – tenendo naturalmente conto delle indicazioni contenute nella sentenza della cui esecuzione si tratta, nonché nella sentenza "interpretativa" eventualmente richiesta alla Corte di Strasburgo dal Comitato dei ministri, ai sensi dell'art. 46, paragrafo 3, della CEDU». Quanto affermato sembra trovare conferma in una recente vicenda legata al c.d. Caso Scoppola. Come noto, in quella vicenda (Corte e.d.u., 17 settembre 2009, Scoppola c. Italia), lo Stato italiano era stato condannato per violazione degli artt. 6 e 7 C.e.d.u.: il ricorrente – condannato all'ergastolo in esito a giudizio abbreviato per omicidio aggravato in concorso con altri delitti – avrebbe dovuto beneficiare del trattamento sanzionatorio più favorevole previsto dalla norma in tema di giudizio abbreviato in vigore al momento della richiesta del rito alternativo, la quale contemplava per quest'ipotesi la sostituzione dell'ergastolo con la pena temporanea di trent'anni di reclusione, e non avrebbe dovuto invece essere condannato in forza della norma successiva, in vigore al momento della sentenza definitiva, dalla quale era discesa l'applicazione dell'ergastolo. Ai sensi dell'art. 41 C.e.d.u., la Corte europea non solo riconosceva un ristoro pecuniario al ricorrente per la violazione subita, ma ordinava altresì allo Stato italiano di por fine a tale violazione, rideterminando la pena da eseguire in quella di trent'anni di reclusione. Adita con ricorso straordinario *ex art. 625 bis c.p.p.* dal difensore di Scoppola, la Corte di cassazione rideterminava la pena dell'ergastolo in quella di trent'anni di reclusione, richiamandosi espressamente all'obbligo, gravante in forza dell'art. 46 C.e.d.u. sullo Stato italiano in tutte le sue articolazioni e poteri – compreso quello giudiziario – di dare esecuzione alle sentenze della Corte europea nelle controversie di cui lo Stato italiano è stato parte (Cass., sez. V, 11 febbraio 2010 n. 16507, Scoppola).

Risolta così la questione concernente la posizione individuale di Scoppola, restava tuttavia il problema di che fare con tutti gli altri condannati all'ergastolo che, pur non essendo ricorsi alla Corte e.d.u., si trovassero in una situazione analoga, o addirittura identica, a quella di Scoppola, avendo fatto istanza di giudizio abbreviato nel lasso di tempo in cui il testo allora vigente dell'art. 442 comma 2 c.p.p. disponeva la sostituzione dell'ergastolo – senza ulteriori precisazioni – con la pena temporanea di trent'anni di reclusione (ed essendo invece stati condannati alla pena perpetua in forza di una modifica normativa sopravvenuta). Una parte della Cassazione aveva ritenuto di porre rimedio alla disparità di trattamento ricorrendo all'incidente di esecuzione, e in particolare applicando l'art. 670 c.p.p. (così conti-

Quello che pare difficilmente contestabile, di nuovo, è l'approccio adottato, tutto empirico e volto alle conseguenze effettive, sia sul piano della diagnosi – vale a dire delle forme d'invalidità derivanti dalla declaratoria d'iniquità della Corte e.d.u.¹⁰⁰ – sia sul piano dei rimedi da apprestare.

nuando ad avvalersi della soluzione facente leva sulla ineseguitabilità). Come noto, in data 19 aprile 2012, il caso è stato dalle Sezioni Unite rimesso alla Corte costituzionale.

Sul dibattito in merito ai procedimenti seguiti al caso Scoppola, cfr. F. VIGANÒ, *Figli di un dio minore? Sulla sorte dei condannati all'ergastolo in casi analoghi a quello deciso dalla Corte edu in Scoppola c. Italia*; G. ROMEO, *L'orizzonte dei giuristi e i figli di un dio minore. Ancora sui "fratelli minori" di Scoppola, aspettando le Sezioni Unite*; F. VIGANÒ, *Giudicato penale e tutela dei diritti fondamentali. Una replica a Gioacchino Romeo sulla vicenda dei "fratelli minori" di Scoppola all'esame delle Sezioni Unite della Cassazione*. I contributi sono consultabili al sito web www.penalecontemporaneo.it.

¹⁰⁰ Utile focalizzare l'attenzione su un ultimo passaggio: «Occorre considerare, d'altro canto, che l'ipotesi di revisione in parola comporta, nella sostanza, una deroga – imposta dall'esigenza di rispetto di obblighi internazionali – al ricordato principio per cui i vizi processuali restano coperti dal giudicato» (§ 8 dei "considerato in diritto", ultimo periodo).

Parte III – Nuovi sincretismi

10. *La fusione del modello empirico-sostanziale con quello formale tradizionale. Un quadro di sintesi*

Vi sono situazioni nelle quali il nuovo modo di porsi in relazione col diritto, che qui si cerca di evidenziare, riesce a fondersi con quello più tradizionale, dando vita a un ibrido difficilmente inquadrabile secondo gli schemi ordinari. A ben vedere, si tratta di soluzioni e metodi che avevano già fatto la loro comparsa da alcuni anni, ma che nel momento attuale mostrano una forte tendenza a consolidarsi. In linea generale, l'opzione per questo genere di meticcio metodologico con cui si cerca di fondere le due diverse scuole appare appetibile – nell'ottica degli operatori – quando si profilino differenti necessità. Da un lato, quella di trovare una forma di tutela per lesioni alle prerogative di una delle parti legata a inefficienze – talora prevalentemente pratiche – del sistema. Dall'altro, la necessità di non pregiudicare il lavoro svolto – vale a dire di non usare l'invalidità processuale – per neutralizzare la progressione procedimentale, preservando i risultati sino a quel momento compiuti.

In altre parole, e rinviando al capitolo successivo per considerazioni più approfondite, ci troviamo di fronte a un uso proattivo delle ipotesi di invalidità, riconducibile, volendo usare le categorie di Damaška¹⁰¹, al modello gerarchico, attraverso il quale il giudice cerca di salvaguardare due risultati: apprestare una qualche protezione a una situazione che appaia meritevole, al tempo stesso incanalando il processo verso binari sicuri, senza provocarne il regresso.

¹⁰¹ Cfr. sul tema M. R. DAMAŠKA, *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo*, Bologna, Il Mulino, 1991, p. 98 s. (orig. *The Faces of Justice and State Authority. A Comparative Approach to the Legal Process*, Yale University Press, 1986); B. SWART, *Damaška and the Faces of International Criminal Justice*, 6 *Journal of International Criminal Justice* (2008) 87-114, pp. 89-92. Cfr. anche M. CAIANIELLO, *Disclosure before the ICC: The Emergence of a New Form of Policies Implementation System in International Criminal Justice?*, in *International Criminal Law Review* 10 (2010) 23-42, pp. 24-25.

Un caso tradizionale concerne l'ipotesi della imputazione generica. Ci si è già in precedenza soffermati sul tema¹⁰², ma vale la pena di tornare a rifletterci in una diversa prospettiva. Come si è osservato, in linea teorica simile situazione dovrebbe essere colpita da nullità. Due sono – è cosa ben nota – le fattispecie sotto le quali simile violazione appare riconducibile: la lesione dell'intervento e della rappresentanza dell'imputato, riconosciuta all'art. 178 lett. c c.p.p., e, ancor più, l'iniziativa del pubblico ministero nell'esercizio dell'azione penale. Se il primo *vulnus*, quello al diritto difensivo, appare percepibile immediatamente, dal momento che non può dubitarsi di come la stessa concezione teorica della difesa presupponga un'accusa, cui contrapporsi dialetticamente¹⁰³, più sfumato – e generalmente misconosciuto – appare il secondo: eppure, è difficile negare che, quanto meno l'attore istituzionale si premuri di individuare i fatti per i quali formula la domanda penale al giudice, tanto più quest'ultimo – se vorrà decidere – dovrà intervenire per colmare le lacune e le incertezze lasciate dal requirente nella definizione della regiudicanda¹⁰⁴. Così facendo, tuttavia, il giudice finisce per calarsi nella attività di manipolazione della accusa penale, per riplasmarla in una più precisa e puntuale fattispecie giudiziale¹⁰⁵, dalla quale invece dovrebbe rimanere rigorosamente estraneo¹⁰⁶.

¹⁰² Cfr. *supra*, in questo Capitolo, Parte I, § 3 a.

¹⁰³ Sul punto si rinvia a P. FERRUA, voce *Difesa (diritto di)*, in *Dig. pen.*, vol. III, Torino, Utet, 1989, p. 466 s.

¹⁰⁴ Nel ben noto caso Dell'Utri (Cass., Sez. 5, 9 marzo 2012, n. 597, Dell'Utri). La sentenza è consultabile al sito web: www.penalecontemporaneo.it, con un commento a prima lettura di A. BELL, *La sentenza della Cassazione sul caso Dell'Utri*, la Cassazione parrebbe pervenire a soluzioni non lontane da quelle qui sostenute. In particolare, alla base dell'annullamento con rinvio deciso dalla Corte di legittimità starebbe un vizio di motivazione dovuto alla genericità del capo d'imputazione. Come a dire, se la regiudicanda è indeterminata, inevitabile risulta il difetto di motivazione del giudice, nella sentenza adottata. Certo la tesi è diversa da quella qui proposta (che da imputazione generica derivi un difetto di correlazione, essendo il giudice spinto a colmare i vuoti nel fatto da accertare). Tuttavia, la Suprema Corte sembra sensibile al problema, giungendo a individuare nel caso in discussione un difetto attinente alla parte motiva del provvedimento decisorio.

¹⁰⁵ Sul tema il riferimento è a G. DE LUCA, *Concorso formale di reati e limiti oggettivi della cosa giudicata penale*, in *Riv. proc. pen.* 1960, p. 187 e s., in particolare p. 197; G. LOZZI, *Profili di un'indagine sui rapporti tra ne bis in idem e concorso formale di reati*, Milano, Giuffrè, 1974, pp. 67-71.

¹⁰⁶ Sul punto sia consentito il rinvio a M. CAIANIELLO, *Alcune considerazioni in tema di imputazione formulata in modo alternativo*, cit., p. 2468 s.; ID., *Il pro-*

Sebbene dunque nel fenomeno della imputazione generica – ma anche in quella della imputazione alternativa – in linea generale, siano da ravvisare, a stretto rigore, ipotesi di nullità, difficile risulta in concreto per la prassi giudiziale resistere alla tentazione di intervenire, attraverso lo strumento processuale, non già per togliere efficacia all'atto imperfetto – così come vorrebbe il principio di legalità – bensì per incanalarlo verso un alveo più sicuro. Da qui derivano le soluzioni, dapprima sollecitate dalla Corte costituzionale¹⁰⁷, poi fatte proprie dalla Cassazione¹⁰⁸, con cui è fatto obbligo al giudice di sollecitare l'attore pubblico a specificare i fatti rimasti indefiniti nell'atto propulsivo – generalmente la richiesta di rinvio a giudizio. Si noti: quello che, al limite (ma sul punto è lecito nutrire più d'una perplessità¹⁰⁹) pare un suggerimento di buon senso – che il giudice, nel caso concreto, attenda a dichiarare la nullità, eventualmente dando tempo al pubblico ministero di chiarire i passaggi oscuri del proprio atto – diviene, con l'evolversi degli anni, un obbligo, e addirittura, corrispondentemente, un divieto¹¹⁰. Il giudice – nella fattispecie il g.u.p. – deve astenersi dal dichiarare la nullità, se prima non provveda a richiamare l'accusatore negligente, affinché riaggiusti l'atto im-

cesso penale nella giustizia internazionale: casi giurisprudenziali dall'esperienza dei tribunali ad hoc, cit., p. 135 s. (con un'analisi sviluppata in ambito penale internazionale).

¹⁰⁷ Così le già menzionate decisioni della Corte costituzionale 7-15 marzo 1994, n. 88, in *Giust. pen.*, 1994, c. 161, con nota di A. VIRGILIO, *Fatto diverso: trasmissibilità degli atti dal giudice dell'udienza preliminare al pubblico ministero?*; Corte cost. 5-14 aprile 1995, n. 131, in *Cass. pen.*, 1995, p. 2088.

¹⁰⁸ Il riferimento è alle precedentemente citate sentenze Cass., Sez. Un., 10 dicembre 1997, Di Battista, in *Cass. pen.*, 1998, p. 1607; Cass. Sez. Un., 20 dicembre 2007, n. 5307, p. m. in c. Battistella, in *Cass. pen.* 2009, p. 633.

¹⁰⁹ L'opzione infatti cela un atto di ribellione alla legge. Di fronte ad un atto nullo, al giudice non resterebbe che dichiarare il vizio, con le conseguenze del caso. Rifiutarsi di farlo, per ragioni giustificate in base al buon senso e alla precauzione, nasconde infatti una opzione politica: che la conseguenza invalidante sia in concreto – dall'operatore che sarebbe tenuto meramente ad applicarla – inaccettabile, in un bilanciamento tra le istanze di tutela dei valori processuali coinvolti e quelle di conservazione dell'attività processuale compiuta sino a quel momento. Ove, si noti, la necessità di non vanificare gli sforzi profusi nell'attività procedimentale svolta evidenzia una netta opzione per l'utilizzo in chiave repressiva del processo penale.

¹¹⁰ Cfr. Cass. Sez. Un., 20 dicembre 2007, n. 5307, p. m. in c. Battistella, in *Cass. pen.* 2009, p. 633. Si rinvia alle considerazioni operate *supra*, § 3 a.

perfetto. Il limitarsi ad obbedire alla legge viene così – per paradosso – ad essere considerato come un gesto di protervia.

Al di là delle critiche che si possono muovere alla soluzione ermeneutica qui esaminata, merita di essere evidenziato il punto saliente, ai fini della ricerca in corso: il metodo consistente nell'uso della invalidità a fini correttivi – al fine di introdurre nuove previsioni processuali in parziale deroga, anche se rilevante, rispetto a quelle positive – riscuote un certo gradimento, nel corso degli anni, e viene riproposto, in altre situazioni. L'invalidità, in altre parole, funge, come una minaccia, allo scopo di correggere prassi che – lungi dall'essere dichiarate in violazione di legge – vengono così a risultare poco opportune.

L'acme di questo nuovo modo di usare lo strumento della invalidità, come un meccanismo di *moral suasion* nei confronti della parte poco diligente (o poco prudente), sembra esser stato raggiunto dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 142 del 2009¹¹¹. Si trattava di stabilire se dalla difficoltà di accesso al fascicolo del pubblico ministero dovessero derivare forme di nullità. La difesa eccepiva al giudice dell'udienza preliminare due diversi profili di doglianza, tra loro legati da un omogeneo comportamento “deviante” del requirente. Da un lato, il fascicolo avrebbe contenuto atti non più pertinenti al processo; ma, soprattutto, esso sarebbe stato conservato e presentato dal pubblico ministero in maniera del tutto disordinata: a tal punto che – causa la complessità della vicenda – non sarebbe risultato possibile per le parti orientarsi in maniera adeguata.

Da qui la censura proposta dalla difesa, e fatta propria dal giudice remittente: una ipotesi aggiuntiva di nullità dell'art. 416 c.p.p., nella parte in cui non colpisce i casi in cui il fascicolo trasmesso al giudice con la richiesta di rinvio a giudizio sia stato predisposto senza l'osservanza delle prescrizioni contenute nello stesso art. 416 c.p.p. e nell'art. 130 disp. att. c.p.p. (che imporrebbe l'osservanza di un ordine nel compilare il fascicolo, ove più siano gli imputati). Nel dichiarare infondata la questione, la Corte proponeva una soluzione

¹¹¹ Corte cost., sent. 4-8 maggio 2009, n. 142, in *Cass. pen.*, 2009, p. 4219, con nota di G. TODARO, *Fascicolo delle indagini, udienza preliminare, diritto di difesa*, p. 4224 s.

senza dubbio di buon senso sul piano empirico, ma certo difficile da inquadrare secondo le tradizionali categorie di interpretazione e applicazione del diritto nel settore processuale penale.

Da un lato si riconosceva che la conservazione disordinata del fascicolo, e ancor più l'assenza di un indice adeguato, costituissero lacune tali da compromettere, potenzialmente, il diritto di difesa delle parti. Tuttavia, si riteneva che la migliore soluzione fosse quella che il giudice si adoperasse, in concreto, per sollecitare il pubblico ministero affinché provvedesse, nel corso della udienza preliminare, a rimediare agli errori e alle inefficienze richiamati, riportando nel dovuto ordine gli atti d'indagine inseriti nel proprio fascicolo (e redigendo l'indispensabile indice). A tal fine, anche se non esplicitamente prevista simile possibilità dalle disposizioni del codice, ben avrebbe potuto il giudice della udienza preliminare optare per un adeguato rinvio del procedimento¹¹², di modo che vi fosse il tempo, per il requirente, di mettere ordine nelle proprie carte, e per la difesa, di prendere più adeguata contezza delle risultanze investigative ed apprestare di conseguenza la propria strategia processuale. Del resto, si osservava, l'introduzione di una nuova causa di nullità per mezzo di una sentenza additiva da parte Corte avrebbe rischiato di determinare una eccessiva rigidità delle conseguenze derivanti da una irregolare formazione del fascicolo: rigidità che si sarebbe potuta porre in contrasto con altri legittimi interessi delle parti e, soprattutto, con il principio della ragionevole durata del processo *ex art. 111 comma 2 Cost.* In sostanza, la "sanzione processuale" (così nel testo) avrebbe rischiato di rivelarsi sproporzionata, per lo meno in molti casi, e quindi controproducente rispetto alle stesse finalità di tutela che avevano mosso

¹¹² Si veda il passaggio al par. 2.2 dei "Considerato in diritto": «Il rinvio di fatto conseguente al provvedimento del giudice avrebbe peraltro una funzione compensativa per le parti, dando alle stesse un margine di tempo aggiuntivo per la preparazione delle rispettive difese, anche considerato che la richiesta di rinvio a giudizio è preceduta, comunque, da un deposito preliminare degli atti a norma dell'art. 415-*bis* cod. proc. pen. Si consideri ulteriormente, per il caso che l'udienza sia già stata fissata, che rientra nei poteri del giudice regolarne le scadenze in guisa da rendere concreta la possibilità per le parti di spiegare la propria attività, garantendo l'effettività del contraddittorio, anche, se del caso, mediante il rinvio per un tempo necessario e sufficiente a compensare le difficoltà "aggiuntive" derivanti da fascicoli non razionalmente organizzati o molto complessi».

il remittente a sollevare la questione: «*Il giudice infatti deve avere la possibilità di valutare caso per caso la gravità della situazione venutasi a creare, allo scopo di indicare, quando ciò sia possibile, un congruo termine, entro il quale il pubblico ministero deve provvedere al riordino della documentazione secondo i criteri dettati dalle norme vigenti, e comunque allo scopo di garantire effettività di esercizio per i diritti delle parti*» (corsivo nostro).

La decisione tuttavia non si fermava a fornire un utile consiglio al giudice remittente, ma poneva anche un monito: quello, per l'appunto, di arrivare a riconoscere una ipotesi di invalidità per i comportamenti negligenti del pubblico ministero nella redazione del fascicolo d'indagine. La Corte dunque non escludeva in assoluto che la caoticità del fascicolo – composto in quella vicenda da diverse migliaia di pagine – potesse esser tale, anche dopo un insufficiente riordino, da incidere seriamente sul diritto di difesa delle parti. Solo in tale eccezionale eventualità si sarebbe dovuto arrivare a ritenere simile comportamento equivalente ad omesso deposito, con la conseguenza – si badi l'alternativa lasciata all'interprete – «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.»: questo ove si fosse ritenuto che l'attività difensiva fosse in concreto risultata compromessa dalla mancata conoscenza degli elementi di indagine¹¹⁵. Dunque, come osservato in apertura, un consiglio, seguito da una minaccia di invalidità, in questo caso adoprata – senza dubbio, e con buona pace della categorie dogmatiche – come una vera e propria sanzione, considerati gli auspicati effetti generalpreventivi per gli operatori del sistema.

Eppure, quanto osservato sino a questo momento non è ancora tutto. Quel che ancora più colpisce, infatti, è l'ultimo passaggio, in cui la Consulta traccia la linea del nuovo modo di applicare la legge processuale: «L'effettività dei diritti fondamentali, tra i quali va certamente annoverato il diritto di difesa di cui all'art. 24, secondo comma, Cost., viene meno non soltanto se le norme vigenti consentono che sia radicalmente impedito il loro esercizio, pur formalmente riconosciuto, ma anche se è possibile che si creino, senza la pre-

¹¹⁵ Così al par. 2.3 del “Considerato in diritto”.

visione di adeguati rimedi, situazioni tali da rendere eccessivamente difficile l'esercizio stesso [...]. Nel caso di specie, l'ordinamento rende praticabile una gamma di possibili reazioni all'eventuale, censurabile comportamento dell'ufficio del pubblico ministero, che abbia depositato un fascicolo difforme dalle prescrizioni legislative e regolamentari in materia. Gli effetti che si possono verificare, proporzionati alla gravità delle anomalie concretamente riscontrate, vanno da una sollecitazione a regolarizzare la documentazione allegata alla richiesta del decreto che dispone il giudizio ad un rinvio disposto dal giudice – con segnalazione della disfunzione al capo dell'ufficio ai sensi dell'art. 124, comma 2, cod. proc. pen. – sino alla equiparazione della impossibile o troppo difficile lettura degli atti e documenti contenuti nel fascicolo al mancato deposito dello stesso [...]. In definitiva, proprio l'interesse costituzionalmente tutelato delle parti e dell'intera collettività ad un sollecito svolgimento del processo penale *richiede che non si irrigidisca*, con una previsione di nullità, l'effetto della violazione delle disposizioni sulla formazione del fascicolo, *ma che si lasci al giudice il potere e la responsabilità di adottare provvedimenti ispirati ad una reazione flessibile*, proporzionale alle irregolarità riscontrate, nella prospettiva del soddisfacimento, nei singoli specifici casi, della prescrizione di cui all'art. 111, terzo comma, Cost.» (corsivo nostro).

11. *Alcune considerazioni desumibili dall'analisi dei casi esaminati*

Non si tratta di concetti nuovi. Sono infatti anni che, in dottrina, si discute di diritto flessibile, *à la carte*, di diritto *flou*, e analoghe etichette¹¹⁴. Raramente, tuttavia, simili rielaborazioni avevano trovato

¹¹⁴ Si vedano, in ordine a questo genere di considerazioni, le riflessioni di M. R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, Il Mulino, 2000, pp. 49-52. Osserva l'Autrice a tal proposito che: «Le regole si fanno mutevoli e instabili, spesso seguono l'accadimento dei fatti e il prodursi dei bisogni. Semmai è l'istituzione giudiziaria, per la sua attitudine a funzionare come istituzione di raccordo tra casi particolari e istanze generali, tra pubblico e privato, tra locale e globale, che si candida ad essere l'istituzione centrale e funzionale rispetto ai percorsi della globalizzazione [...]. La globalizzazione

un riconoscimento esplicito nelle più alte sedi giurisprudenziali. Con la pronuncia in esame, di cui è stato necessario riportare numerosi passaggi, un percorso sembra arrivare a compimento, giungendosi a sancire come dovuta una applicazione elastica, flessibile, caso per caso, della norma processuale, e rifiutandosi al contrario una interpretazione rigida e formale, per le conseguenze sproporzionate che essa provocherebbe.

Vale la pena ricordare che la sentenza n. 113 del 2011, in precedenza richiamata, con la quale la Corte costituzionale introduceva il nuovo caso di revisione, riproponeva i passaggi di metodo così chiaramente esposti nella sentenza n. 142 del 2009. In particolare, come si è osservato, il richiamo alla molteplicità di soluzioni adatte a dare attuazione alle decisioni di condanna provenienti dalla Corte e.d.u. ripropongono proprio quella “reazione flessibile”, quella “gamma di possibili reazioni” cui ci si riferisce nella pronuncia del 2009.

Se guardiamo nel suo complesso all’insieme dei casi esaminati, ne emergono alcune linee comuni. In primo luogo, l’attenzione costante dell’interprete è alle conseguenze causate in concreto, e non alla verifica dell’osservanza formale dei precetti. Non è determinante se la legge sia stata osservata. Ciò che conta è vedere se in qualche misura un interesse meritevole di tutela sia stato vulnerato nella pratica. Questo porta, di volta in volta, ad una restrizione delle ipotesi d’invalidità codificata, o, al contrario, al loro allargamento (sino alla creazione di fattispecie del tutto nuove). La norma processuale in sostanza diviene, lo si osservava in apertura, l’inizio di un percorso dai caratteri più o meno inventivi, e comunque rimessi al sapiente (si spera) organo giudicante, artigiano degli accorgimenti del caso con soluzioni sempre più spesso escogitate *ad hoc*¹¹⁵.

sembra aggredire il mondo giuridico europeo-continentale nei suoi moduli più tipici, a partire dall’idea di un diritto che è monopolio dello Stato» (p. 52). Si veda, linea di continuità, anche M. R. FERRARESE, *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna, Il Mulino, 2002, in particolare pp. 181-185, per quanto concerne le conclusioni sul punto esaminato. V. ancora, con particolare riferimento al sistema C.e.d.u., M. VOGLIOTTI, *La logica floue della Corte europea dei diritti dell’uomo tra tutela del testimone e salvaguardia del contraddittorio: il caso delle testimonianze anonime*, in *Giur. it.*, 1998, p. 851 s.

¹¹⁵ Si è come noto a tal proposito parlato di giudice tessitore, o rapsodo. Cfr. sul tema M. VOGLIOTTI, *Production du droit en réseau et juge “tisseur”*. *De quel-*

In sostanza, ci troveremmo di fronte oggi, sembra di poter azzardare, non più a fattispecie chiuse, né tantomeno a un'opera di sussunzione, che l'interprete è chiamato a porre in essere, bensì a *problemi*, a pratiche criticità da risolvere, con rimedi sempre più spesso concepiti e realizzati come dei prototipi, difficilmente passibili di applicazione seriale. Il ragionare per principi – di cui è data traccia nei continui riferimenti alla Costituzione, o alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo – produce l'allontanamento dalle regole¹¹⁶: esse non vengono più percepite come compimento di quei principi generali, ma quali ostacoli, capaci di volta in volta di produrre risultati sproporzionati per eccesso – con il rischio di vanificare il lavoro processuale svolto – o per difetto – e dunque colpevoli di imbrigliare le potenzialità insite nel principio generale. Meglio dunque, e in definitiva, allontanarsene, dalle regole, o, al limite, considerarle con occhio diverso: come dei semplici suggerimenti, da cui l'operatore avveduto – ed anzi ben più avvezzo alla pratica del processo che non un velleitario legislatore – potrà distaccarsi, in virtù della sua maggiore esperienza.

Se mai vi sia stata in passato una vigenza in concreto del principio di legalità processuale¹¹⁷, se mai il principio di tassatività abbia effettivamente innervato il sistema delle invalidità nel giudizio penale, sembra comunque che oggi quei momenti stiano per essere definitivamente trascorsi.

ques épiphanies de l'expérience juridique médiévale au sein de la justice pénale internationale, in M. DELMAS MARTY, E. FRONZA, E. LAMBERT ABDELGAWAD (a cura di), *Les sources du droit international pénal. L'expérience des Tribunaux Pénaux Internationaux et le Statut de la Cour Pénale Internationale*, Paris, Société de Législation Comparée, 2004, p. 361 s. Ancora, M. VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto*, cit., pp. 54-71.

¹¹⁶ Cfr. La celebre distinzione di R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, Bologna, Il Mulino, 1982 (orig. *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard Un. Press, 1977), pp. 90-99.

¹¹⁷ Sul tema si vedano le pagine memorabili di M. NOBILI, *Nuovi modelli e connessioni: processo - teoria dello Stato - epistemologia*, in *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, Milano, Giuffrè, vol. II, 2000, p. 479 s. (già in *Ind. pen.*, 1999, p. 27 s.); ID., *Principio di legalità e processo penale (in ricordo di Franco Bricola)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 648 s.

CAPITOLO III

CRISI DELLA LEGALITÀ E RIFLESSI SUL SISTEMA DELLE INVALIDITÀ NEL PROCESSO PENALE

SOMMARIO: 1. Vecchio e nuovo. – 2. Crisi della legalità processuale e sua declinazione in materia di invalidità: nullità. – 3. *Segue*: inutilizzabilità e inammissibilità. – 4. Due errori e un'unica conseguenza. L'uso "a cascata" delle ipotesi di invalidità e il vuoto di tutela a fronte di fattispecie regolamentate con disposizioni complesse. – 5. Un quadro di sintesi.

1. *Vecchio e nuovo*

La prima reazione che si prova, nel considerare i casi esemplificativi esaminati nel capitolo precedente, è che in fondo non ci si trovi di fronte a nulla di nuovo. Discrasie tra diritto scritto e diritto applicato, tra dottrina e giurisprudenza si sono sempre verificate. Così, è possibile imbattersi in una decisione molto risalente in cui la Cassazione considerava innocua la violazione di un termine perentorio, posto dalla legge a pena di nullità: caso nel quale certo non si sarebbe potuto ragionevolmente dubitare della chiarezza della disposizione normativa¹.

Si può dunque essere tentati di concludere che l'esame dei diversi casi giurisprudenziali in precedenza condotto non costituisca

¹ F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, Giuffrè, 1983, p. 888. Vedi anche, sul tema, F. CAPRIOLI, *Abuso del diritto e nullità inoffensive*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 2444 s. (a commento di Sez. Un. 29 settembre 2011, n. 155/12, Rossi).

se non l'ennesima riproposizione di un modo d'operare presente da sempre. Peraltro, che il formante giudiziale – come talora è stato chiamato – rappresenti una realtà non trascurabile anche nei paesi di *civil law* è considerazione ben risaputa, da lungo tempo tenuta presente dagli studiosi delle materie giuridiche².

In definitiva, *quid novi?*

L'obiezione probabilmente coglie nel segno, sebbene in modo parziale. Alcuni fattori di degenerazione nella produzione del diritto – in ambito processuale penale – sono presenti e oggetto di studio da numerosi anni, e su di essi si può soltanto osservare come il tempo non abbia contribuito a mitigarne l'effetto. Altri invece sono del tutto nuovi, e finiscono per dare a loro volta luce nuova anche ai comportamenti devianti già noti, portando gli studiosi che riflettono sull'evoluzione del sistema giuridico penale a chiedersi se l'allontanamento dai paradigmi tradizionali sia reversibile, o se non sia il caso piuttosto di trovare una diversa cornice teorica di riferimento. In sostanza, il congiungersi di più risalenti cause degenerative con fenomeni più recenti porta a ridiscutere i canoni fondanti del sistema nella sua interezza.

Tra gli aspetti critici più tradizionali, da lungo tempo oggetto di studio, si possono annoverare non solo le pulsioni antiformalistiche giurisprudenziali (sui cui recenti sviluppi ci si è soffermati nel precedente capitolo), ma soprattutto la ben nota crisi della legalità, intesa come incapacità del legislatore di definire in maniera limpida e coerente le fattispecie normative attraverso lo *ius positum*: è, per l'appunto, l'argomento sul quale si incentrerà l'analisi del presente capitolo (sebbene senza addentrarsi a fondo nelle diverse tematiche,

² Il tema come noto è vastissimo, ed esula dalla ricerca. Per uno spunto sugli ultimi sviluppi di questa grande area, con riferimento in particolare alle interrelazioni tra diritto nazionale e ordinamenti sovranazionali, cfr. M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 67 s. Per considerazioni sul quadro generale, per tutti, cfr. M. VOGLIOTTI, *Il tempo della giurisprudenza: l'invisibile retroattività della sentenza penale in malam partem*, in T. A. CAMELIO (a cura di), *Coordinate spazio-temporali e sistema penale. Dimensione transnazionale e «logica flou»*, Pisa, Stamperia editoriale pisana, 2007, pp. 40-53. Dello stesso Autore, con ampi riferimenti bibliografici, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Torino, Giappichelli, 2007, *passim*.

in parte per via della notorietà del tema, in parte per non allontanarsi troppo dall'oggetto principale della ricerca).

Rimane, tuttavia, che il vero aspetto di novità – come già emerso sin dall'esordio di questo lavoro³ – coinvolge la progressiva inarrestabile permeabilità del nostro ordinamento da parte alle fonti giuridiche sopranazionali, così prorompente da indurre a ridiscutere l'intero sistema delle fonti⁴. È questo il vero inatteso e ancora insondato fenomeno che, congiungendosi con la già radicata crisi della legalità, finisce per produrre (e condurre a) un mondo nuovo, una sorta di *common law* declinato e applicato in una cultura giuridica di radici continentali. È quanto si cercherà di approfondire nel capitolo successivo, tentando, nel finale, un (provvisorio) quadro di sintesi.

2. *Crisi della legalità processuale e sua declinazione in materia di invalidità: nullità*

Un vecchio problema, certamente non risolto a tutt'oggi e ormai radicatosi in maniera inestirpabile è rappresentato dal principio di tassatività in materia di invalidità processuali. In ogni manuale o voce enciclopedica si afferma, in apertura, che questo – pur con i dovuti distinguo⁵ – costituirebbe un principio generale *in subiecta materia*. Tuttavia, l'analisi delle fattispecie, e dei singoli casi d'invalidità, conduce, già sul piano del diritto positivo, a mettere in forte discussione il postulato di partenza.

Il banco di prova di quanto affermato sembra essere costituito dalle nullità. Ad onta dell'art. 177 c.p.p., che predicherebbe un si-

³ Cfr. *supra*, Capitolo I, § 4.

⁴ Cfr. R. ORLANDI, *La prolusione di Rocco e le dottrine del processo penale*, in *Criminalia*, 2010, p. 207 s. (in particolare, con riferimento al processo penale nel sistema delle fonti, pp. 219-225).

⁵ M. PANZAVOLTA, voce *Nullità. II) Dir. proc. pen.*, in *Enc. Giur. Treccani*, Agg. 2005, Roma, p. 3; T. RAFARACI, voce *Nullità (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Agg. II, Milano, Giuffrè, 1998, pp. 598-601; C. IASEVOLI, *La nullità nel sistema processuale penale*, Padova, Cedam, 2008, pp. 170-183; N. GALANTINI, voce *Vizi degli atti processuali*, in *Dig. pen.*, Torino, Utet, 1999, vol. XV, pp. 345-346; G. LOZZI, voce *Atti processuali. II Diritto processuale penale*, *Enc. Giur. Trecc.*, 1995, p. 7. Si rinvia inoltre agli autori citati *supra*, al Capitolo I, § 1 e 2.

stema chiuso e puntuale delle ipotesi in cui operi la sanzione processuale⁶, la disciplina che ne segue appare irta di previsioni poco pregnanti, sul piano della chiarezza del precetto, e capaci di prestarsi a multiformi interpretazioni. Di più, le fattispecie che si rinvengono risultano non di rado volutamente aperte: concepite, parrebbe, in modo da non lasciare zone non coperte dalla invalidità, e talora orientate alle conseguenze, vale a dire alla lesione sostanziale dell'interesse protetto. In altre parole, alcune delle fattispecie che – secondo il postulato di partenza – dovrebbero concretizzare in specifiche regole la proclamata tassatività, evocano piuttosto con le loro previsioni dei valori sostanziali di fondo, cui viene attribuito un ruolo preminente (il diritto di difesa; la necessità dell'accusa; l'avvalersi della facoltà in concreto protetta dalla norma processuale, per fare solo qualche esempio). Questo induce a comportamenti dell'interprete inevitabilmente incompatibili con la logica della tassatività. Quanto alle fattispecie aperte – o a normazione sintetica⁷, come talora si è efficacemente detto – esse spingono il lettore a cogliere nella legge una volontà tesa a colmare ogni ipotesi meritevole di intervento invalidante, imprevedibile *a priori*. Per dirla diversamente, si tratta di previsioni con cui il legislatore pare ammettere di non essere in grado di prevedere i casi in cui occorrerà intervenire, così optando per la redazione di una ipotesi a maglie larghe, capace di adattarsi ed applicarsi alle multiformi evenienze che la realtà del processo penale potrà presentare. Si badi, simile modo di operare sembra radicalmente in contrasto con la logica della tassatività, proprio per l'aspirazione alla uniformità e alla omnicomprensività che la caratterizza. Vale la pena osservare come, in linea di massima, la tassatività implichi risultati contrari a quelli appena evocati: esiguità, limitatezza, restrizione ai soli casi predeterminati (con esclusione di altri che non parrebbero poi così diversi, per forma e contenuto).

In sostanza, essa non aspira alla omogeneità, al non lasciare spazi “scoperti” rispetto al dettato normativo, bensì esattamente al suo contrario. In altre parole, un portato inevitabile della tassatività do-

⁶ Sul punto, per tutti, in particolare cfr. M. PANZAVOLTA, voce *Nullità*, cit., p. 3 (ma vedi anche gli altri cui si è fatto riferimento in precedenza).

⁷ M. PANZAVOLTA, voce *Nullità*, cit., p. 3. T. RAFARACI, voce *Nullità (dir. proc. pen.)*, cit., p. 601 parla invece di «categorie, o paradigmi, di riferimento».

vrebbe essere quello della tutela disomogenea e puntiforme, proprio in nome della chiarezza e certezza del sistema⁸. Qui invece assistiamo all'aspirazione inversa, con ovvie ripercussioni sul piano ermeneutico. Un esempio emblematico è ovviamente l'art. 178 lett. c c.p.p., il quale non si può sostenere contempra fattispecie specifiche e pregnanti sul piano semantico. Innanzi tutto, ciò è dovuto all'utilizzo di termini astratti, latamente valoriali: intervento, assistenza, e forse anche rappresentanza costituiscono definizioni di concetti ideali – nemmeno propriamente di “tipi” di condotta – e come tali sono agli antipodi di una raffigurazione empirica di modelli di comportamento. Ne consegue che potenzialmente un novero indeterminato di condotte – tanto attive quanto omissive – può rientrarvi, tutto rimanendo nelle mani creative di colui che è chiamato ad applicare la disposizione. Inoltre, benché non propriamente predicati di valore (non si usano aggettivi quali “adeguato”, “ingiusto”, e simili), nei concetti richiamati dall'art. 178 lett. c c.p.p. è percepibile il fine che il diritto di difesa non sia irragionevolmente conculcato, inducendosi così il lettore ad una applicazione che in concreto non trascuri le ripercussioni sul piano della effettività. Per evitare, infatti, di rendere la previsione eccessivamente aperta, le «disposizioni concernenti... l'intervento, l'assistenza e la rappresentanza dell'imputato e delle altre parti private», si possono prestare a essere intese come riferi-

⁸ Ci si ispira in questo passaggio al principio di frammentarietà, ben noto nella dottrina penalistica sostanziale. Evocato anche dalla Corte costituzionale nella sentenza 23-25 ottobre 1989, n. 487, esso viene così presentato nelle parole del giudice delle leggi: «Ed infine, anche il principio di frammentarietà, inteso come intervento penale 'puntiforme', che attua la garanzia 'liberal' determinata dai necessari 'vuoti di tutela', e adeguatamente rispettabile dall'organo statale di produzione legislativa: quest'ultimo, che appunto possiede la più generale visione di beni e valori presenti nella società, è particolarmente idoneo a confermare, con la determinatezza della legge penale, la concezione della libertà quale regola e dell'illecito penale quale eccezione».

In dottrina, si rinvia, senza pretesa di completezza, a F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale: la fattispecie*, Padova, Cedam, 1979, p. 171 s.; ID., voce *Legge penale*, in *Dig. pen.*, VII, Torino, Utet, 1993, p. 338; F. BRICOLA, voce *Teoria del reato*, in *Noviss. Dig. it.*, XIX, Torino, Utet, 1973, pp. 46-47. Si rinvia inoltre alla manualistica. Tra questa, cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, 6^a ed., Bologna, Zanichelli, 2012, p. 77; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, 6^a ed., Padova, Cedam, 2009, p. 159; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 2^a ed., Milano, Giuffrè, 2006, pp. 47-48.

te a lesioni “rilevanti” degli interessi inclusi nel diritto di difendersi: ne deriva che in pratica si tende facilmente a scriminare tra lesioni innocue o puramente formali, e lesioni nocive, e dunque sostanziali dell’interesse protetto dalla norma. Così si spiega quella giurisprudenza che, in relazione all’intervento dell’imputato, tende a interpretare i termini dell’art. 178 lett. c c.p.p. come “intervento utile” della parte, in tal maniera facendovi rientrare un giudizio di valore teso alla tutela sostanziale del bene giuridico protetto⁹.

Analoghi problemi implica il caso previsto all’art. 178 lett. b c.p.p., in riferimento all’iniziativa del pubblico ministero nell’esercizio dell’azione penale. Proprio il sostantivo che, nell’auspicio del legislatore, avrebbe dovuto ridurre l’area di incertezza nella applicazione della disposizione, si rivela foriero di dubbi e di applicazioni poco uniformi. Che cosa infatti dovrebbe intendersi per “iniziativa”, è questione non semplice da risolvere. Se si accetta l’approccio giurisprudenziale, per cui la nullità assoluta colpirebbe solo i casi in cui il pubblico ministero non abbia *tout court* adottato l’iniziativa che gli compete¹⁰, e questa sia stata adottata da altro soggetto (il giudice, in genere, salvo ipotesi peculiari per il procedimento davanti al giudice di pace¹¹), ne discendono conseguenze, di nuovo, orientate

⁹ Così Cass., 17 luglio 1997, Masone, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1997, p. 450, in materia di interrogatorio e di omesso avviso. Ma analogo approccio si riscontra in materia di traduzione dell’imputato detenuto in udienza: si veda Cass., 16 giugno 1996, Salamone, in *Cass. pen.*, 1996, p. 3063. O ancora, con riferimento alla inosservanza della sospensione feriale dei termini processuali, la quale può comportare nullità solo ove abbia influito sulla regolare costituzione del rapporto processuale sui diritti delle parti a intervenire in udienza e in definitiva sul diritto di difesa (Cass., 21 febbraio 1996, p.m. in c. Martinez, in C.e.d. n. 204599). Emblematica poi è la lesione del contraddittorio nella formazione del fascicolo dibattimentale una volta conclusa l’udienza preliminare. Dal momento che tale omissione non comporta preclusioni di sorta, essa viene considerata alla stregua di un vizio innocuo (proprio perché non compromette in maniera tangibile “l’intervento” dell’imputato): Cass., 10 gennaio 2007, Pronestì, in *Cass. pen.*, 2008, 1990; 4 marzo 2010, Valerio, in C.e.d. n. 246705. Si vedano, sul tema del giudizio di valore teso alla tutela sostanziale del diritto di difesa, le considerazioni di G. TODARO, *Fascicolo delle indagini, udienza preliminare, diritto di difesa*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 4233.

¹⁰ Come noto, è questa l’opinione di F. CORDERO, *Procedura penale*, 9^a ed., Milano, Giuffrè, 2012, p. 1184; ID., *Codice di procedura penale commentato*, 2^a ed., Torino, Utet, p. 209.

¹¹ Come noto, il sistema processuale per la competenza penale davanti al giudice di pace delinea un modello *sui generis* di promozione della domanda penale, in

alla verifica in concreto del pregiudizio arrecato. Infatti, ogni esercizio imperfetto della azione costituirà, semmai, nullità intermedia, in quanto riconducibile nell'alveo dell'art. 178 lett. c c.p.p. Ma, a tal fine, occorrerà di volta in volta andare a vedere se il vizio formale in cui il requirente è incorso ha effettivamente pregiudicato la difesa dell'imputato, con inevitabili soluzioni legate alla vicenda specifica (e dunque affondanti lo sguardo sull'interesse sostanziale protetto): del resto, come si è già detto, il campo della imputazione generica, ambigua, alternativa, rappresenta un ottimo terreno di conferma di quanto qui si osserva¹². Si noti, a tal proposito, che una ipotesi di nullità speciale legata al tema della azione penale – quella prevista dall'art. 429 comma 2 c.p.p. – esplicitamente pone un giudizio di valore, così autorizzando l'interprete a scelte discrezionali, finalisticamente orientate¹³. L'indicazione del fatto in maniera "insufficiente", infatti, altro non rappresenta se non la negazione del postulato di tassatività cui ci si dovrebbe attenere, lasciando la porta aperta a considerazioni empirico-pragmatiche: in sostanza, quella disposizione appare un invito all'operatore ad evitare eccezioni "frivole", basate su meri errori o incertezze formali, ma colmabili *aliunde*, in base a valutazioni di carattere fattuale. A ben vedere, la norma induce il comportamento che il principio generale avrebbe voluto evitare – e che sarebbe bene evitare, a parere di chi scrive. Ancor più, essa sollecita a una verifica caso per caso, e dunque incerta, e dalle conseguenze imprevedibili *a priori*.

Così è anche per alcune ipotesi di preclusione o di sanatoria. Nonostante il tentativo, evidenziato dalla dottrina¹⁴, di rendere le fatti-

concorrenza con quella dell'attore istituzionale. In materia, sia consentito il rinvio a M. CAIANIELLO, *Poteri dei privati nell'esercizio dell'azione penale*, Torino, Giapichelli, 2003, pp. 183-188 (anche per riferimenti bibliografici sul dibattito instauratosi in materia). Volendo, per una questione più recente, cfr. ID., *Il ricorso immediato della persona offesa dal reato al giudice di pace: da strumento alternativo di avvio della giurisdizione penale a mera sollecitazione per il pubblico ministero*, in *Giur. cost.*, 2008, pp. 3429-3442.

¹² Cfr. *supra*, Capitolo II, § 3 b.

¹³ Sul tema cfr. M. PANZAVOLTA, *L'imputazione difettosa nel decreto di rinvio a giudizio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 357 s. (e le note da 32 a 34 per i riferimenti dottrinali e giurisprudenziali).

¹⁴ M. PANZAVOLTA, voce *Nullità*, cit., pp. 12-13, T. RAFARACI, voce *Nullità*, cit., pp. 618-622; C. IASEVOLI, *Le nullità nel processo partecipato: ovvero legalità e garan-*

specie meno vaghe, rimangono aree indeterminate, e dunque preda del ragionamento casistico orientato alle conseguenze in concreto. Si può anzi dire che queste finiscano per prevalere, deformando un sistema che si sarebbe voluto simmetrico e ordinato, nella sua concezione originaria. Per dirla diversamente, non è semplice attribuire un significato definito al concetto di interesse a eccepire la nullità¹⁵ – concetto che, come efficacemente è stato ricordato, sempre è legato ad un fine economico¹⁶ – o a quello individuabile nell'avvalersi della facoltà alla cui tutela era posta la previsione normativa violata, se non si guardano i casi in concreto decisi. E anche così si stenta a estrarne un quadro d'insieme. Peggio ancora, poi, il cercare di rendere oggettivo il termine entro il quale devono essere eccepite le nullità cui la parte ha assistito: nel concetto esplicitato con la locuzione “immediatamente dopo” è insita la rinuncia a condurre la mano all'operatore, cui viene lasciato campo libero¹⁷.

Da ultimo, un terreno ambiguo è costituito dall'art. 185 c.p.p. In particolare – tralasciando il tema della dipendenza degli atti, perché troppo complesso ai fini della trattazione qui condotta – non risolto appare il rapporto tra rinnovazione e regressione. Così, ne sono derivate due accezioni, in contraddizione tra loro. Da un lato, l'affermazione per cui la nullità di un atto comporta la regressione al momento in cui essa è stata compiuta, al fine della rinnovazione dell'atto stesso. Dall'altro, quella inversa, per cui, ove possibile, il giudice dovrebbe provvedere, nel momento in cui rilevi l'invalidità, a rinnovare lui stesso l'atto viziato, disponendo la regressione solo ove non sia possibile fare altrimenti (vale a dire, non sia possibile la rinnovazione diretta ad opera di colui che ha rilevato l'invalidità).

zie nell'etica della responsabilità, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, p. 664 s. (in particolare da p. 676). Sul tema v. il recente e interessante contributo di G. DI PAOLO, *La sanatoria delle nullità nel processo penale*, Padova, Cedam, 2012, pp. 109 s., 171 s.

¹⁵ Si veda per esempio la soluzione escogitata dalle Sezioni unite in materia di nullità e patteggiamento, cui si è fatto riferimento *supra*, Cap. II, § 5 (vedi in particolare Cass., Sez. Un., 25 gennaio 2005, n. 4419, Gioia, in *Cass. pen.*, 2005, p. 3434).

¹⁶ S. CARNEVALE, *L'interesse ad impugnare nel processo penale. Profili generali*, Bologna, 2002, pp. 63-66.

¹⁷ Si tace qui sul tema della acquiescenza, che pur costituisce un altro immenso campo di arbitrio. Sul punto si rinvia alle considerazioni svolte *supra*, Cap. II, § 5 in tema di scelta dei riti negoziali e sanatorie delle invalidità.

Non che non siano state elaborate soluzioni ermeneutiche efficaci, e coerenti con i principi generali. Ad esempio, in materia di interesse ad eccepire la nullità, si è osservato che esso dovrebbe venire inteso come mero pregiudizio potenziale, come mera possibilità che il provvedimento viziato produca la lesione di un diritto o di un altro interesse giuridico tutelato¹⁸. Così, in materia di esercizio della facoltà cui l'atto nullo era preordinato, si è osservato che la sanatoria appare oggi fortemente tipizzata dalla definizione legislativa: sul piano testuale verrebbe infatti stabilito che lo scopo dell'atto è quello di porre la parte nelle condizioni di avvalersi di una determinata facoltà, con la conseguenza per cui solo se quest'ultima sia stata effettivamente esercitata le istanze economiche prevarranno sulle carenze morfologiche dell'atto¹⁹. Tuttavia, anche queste analisi, pur pregevoli, stentano a condizionare gli operatori in casi difficili²⁰, o in comportamenti al limite dell'abusivo, quale quello deciso da una recente pronuncia delle Sezioni Unite²¹. Peraltro, non altrettanto sembra potersi dire quanto all'opera di sistematizzazione condotta dalla dottri-

¹⁸ Sul punto si rinvia alla già citata S. CARNEVALE, *L'interesse ad impugnare nel processo penale*, cit., p. 204; T. RAFARACI, *Nullità*, cit., p. 671; P. P. PAULESU, *sub art. 182*, in G. CONSO, V. GREVI (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura penale*, Cedam, Padova, 2005, p. 513.

¹⁹ Così la *Relazione al progetto preliminare al codice di procedura penale* 1988, p. 58.

²⁰ Si prenda ad esempio il caso dell'interrogatorio del collaboratore di giustizia tenuto in assenza del suo difensore. Prevalente, in giurisprudenza, la tesi per cui l'imputato non sarebbe legittimato a sollevare l'eccezione, per carenza di interesse (Cass., 14 gennaio 2008, Di Domenico e al., in C.e.d. n. 238754). Eppure, è evidente come tale soluzione appaia fortemente discutibile. L'assenza del difensore mette potenzialmente in pericolo le scelte strategiche del dichiarante – se divenire collaboratore, se *edere contra alios* – con ciò ripercuotendosi sulla autonomia della opzione, e sulla sua credibilità. Simili valori, certamente tutelati dalla disposizione che impone, a pena di nullità, la presenza del difensore, sono messi potenzialmente in pericolo dalla violazione del dettato normativo. E, d'altro canto, all'osservanza di tali regole, e alla protezione dei sottesi valori, è indubbiamente interessato anche colui contro cui le dichiarazioni ottenute si vogliono usare.

²¹ Il riferimento è a Sez. Un. 29 settembre 2011, n. 155/12, Rossi in *Cass. pen.*, 2012, p. 2410. Questo il caso: a fronte di ripetute sostituzioni del difensore dell'imputato nel corso del dibattimento di primo grado (nel complesso addirittura otto, dovute in parte a revoche della nomina fiduciaria e in parte a rinunce al mandato difensivo), il giudice, a partire dal quarto passaggio di consegne, aveva concesso al difensore subentrante termini a difesa inferiori a quelli imposti dall'art. 108 c.p.p., fino a negare *tout court* l'assegnazione del termine in occasione dell'ultima

na sul tema della diffusione delle nullità: qui, a fronte di una teoria dogmaticamente più forte – quella della operatività del rapporto di derivazione solo in presenza di atti propulsivi – se ne pongono altre, tese a valorizzare l’impatto in concreto esercitato dall’atto nullo, anche in assenza di atti propulsivi (è il tema, tipicamente, della relazione tra la nullità degli atti probatori e la decisione²², sul quale si rinvia alle osservazioni svolte nel paragrafo successivo).

3. *Segue: inutilizzabilità e inammissibilità*

I vizi codificati diversi dalle nullità presentano altri aspetti di ambiguità e lasciano ben più inquietanti margini di manovra all’interprete.

Quanto alla inutilizzabilità, nata per dare veste formale al principio di legalità della prova²³, essa finisce per rivelarsi terreno di soluzioni inventive – di necessità, si badi – sotto numerosi profili, tutti determinanti per la decifrazione dell’istituto. Il primo aspetto da richiamare, il più importante ai fini del tema qui trattato, riguarda la nozione di divieto implicito²⁴, che necessita sempre di una integra-

rinuncia al mandato. Se ne veda il commento ad opera di F. CAPRIOLI, *Abuso del diritto di difesa e nullità inoffensive*, cit.

Ma si pensi ai casi, in precedenza analizzati, in cui l’imputato non sia stato effettivamente messo al corrente della *vocatio in ius*, perché la notificazione della citazione è stata effettuata al domicilio sbagliato. Qui la soluzione prevalente della giurisprudenza, come non si è mancato di evidenziare, appare deontologicamente orientata: in altre parole ci avrebbe dovuto pensare il difensore, lui sì regolarmente citato. Sul tema cfr. *supra*, Cap. II, § 1.

²² Si vedano comunque, in tema di nullità della prova e del nesso di derivazione rispetto al provvedimento che se ne avvalga, in senso sensibilmente difforme rispetto alla teoria degli atti propulsivi, P.P. PAULESU, *sub art. 185*, in G. CONSO, V. GREVI (a cura di), *Commentario breve*, cit., pp. 520-521.

²³ Così M. NOBILI, *Il “diritto delle prove” e un rinnovato concetto di prova*, in M. CHIAVARIO (a cura di), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, vol. II, Torino, Utet, 1990, p. 381 s.; G. ILLUMINATI, *L’inutilizzabilità della prova nel processo penale italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 522; F. M. GRIFANTINI, *Voce Inutilizzabilità*, in *Dig. pen.*, vol. VII, Torino, Utet, 1993, p. 243 s.

²⁴ A tal proposito, giova ricordare le parole di Franco Cordero, cui forse non si è dato il dovuto peso, nell’analisi del problema: «poiché la prescrizione di un comportamento a titolo di dovere importa che siano riprovati tutti quelli che non

zione con riferimento all'interesse sotteso. Nei casi in cui si dubiti della sussistenza di un divieto, nota la più attenta dottrina, ci troviamo di fronte a opzioni ermeneutiche tutte plausibili, e dunque a nessuna soluzione univocamente selezionabile. Ciò avviene, come ben noto, ove la legge ponga una prescrizione positiva, che si presti, cosa che sarebbe semanticamente pressoché sempre possibile, a essere letta come implicita preclusione. La soluzione finale, sulla sussistenza del divieto, inevitabilmente viene ricavata dalla natura della lesione apportata all'interesse tutelato dalla norma, e dal modo in cui tale interesse eventualmente si assuma violato, ove non ottemperi alla prescrizione positiva²⁵.

Come si osserva, «Si ritiene in dottrina che l'esistenza di uno specifico divieto non dipenda dalla formulazione letterale della norma: sono divieti tanto quelli enunciati in modo esplicito ("è vietato", "non è consentito", "non può essere utilizzato"), quanto quelli espressi in forma indiretta, come un potere subordinato a presupposti o condizioni tassative. Va però precisato che non ogni inosservanza delle forme stabilite dalla legge ai fini della legittima ac-

collimano con esso, con linguaggio poco rigoroso si potrebbe anche parlare di un dovere di astensione da tutti i possibili tipi di condotta difformi da quello previsto dalla norma: senonché, operando con un simile criterio si finisce per attuale un'esemplare moltiplicazione di enti superflui, ipotizzando un pulviscolo di doveri omissivi in situazioni le quali sono univocamente individuate dalla prescrizione normativa di un'unica condotta.[...]. In tanto, insomma si profila un dovere omissivo, in quanto la norma preveda come doverosa l'astensione del soggetto da un comportamento in essa ipotizzato» (F. CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, Torino, Giappichelli, 1955, pp. 184-185).

²⁵ Ragion per cui nessuno dubita (o quasi: v. M. NOBILI, *La nuova procedura penale*, Bologna, Clueb, 1989, p. 151) che la violazione dell'art. 251 c.p.p. sui limiti temporali – quand'anche si ritenesse irrefutabile un nesso giuridico di derivazione tra perquisizione e sequestro – non conduca al verificarsi della invalidità; mentre altrettanto appare pacifico che dietro all'art. 500 comma 2 si celi il più importante dei divieti: perché, appunto, è in esso che si condensa, secondo l'insegnamento emerso sin dal Convegno di Lecce e Bellagio del 1963/1964, il carattere primario della oralità e del contraddittorio cui il nuovo metodo accusatorio deve improntarsi. Sul punto si rinvia alle osservazioni alla base di tutto il nostro nuovo sistema, formulate da Franco Cordero in quella occasione. Cfr. F. CORDERO, *Linee di un processo accusatorio*, in *Ideologie del processo penale*, La Sapienza, 1997, p. 159 s. [già in *Jus*, 1964, pp. 137-162, nonché in AA.Vv., *Criteri direttivi per una riforma del processo penale*, Atti del Convegno di Lecce (1-3 maggio 1964) e Bellagio (3-4 ottobre 1964) del Centro Nazionale di prevenzione e difesa sociale, Milano, Giuffrè, 1965, p. 61 s.].

quisizione della prova è di per sé sufficiente a ritenere quest'ultima inutilizzabile. Occorre pertanto accertare per via interpretativa se nel singolo caso sia riconoscibile un divieto probatorio violato, verificando l'esistenza o meno del potere istruttorio dell'autorità giudiziaria ovvero facendo ricorso alla natura dell'interesse protetto da ciascuna previsione, interesse che può essere interno (esempio: la tutela del contraddittorio) o esterno al processo penale (esempio: la libertà delle comunicazioni). In ogni caso la giurisprudenza ammette che rientrino fra le prove vietate anche quelle formate o acquisite in violazione dei diritti soggettivi tutelati direttamente dalla Costituzione, dei quali è consentita la limitazione solo nei casi e nei modi stabiliti dalla legge»²⁶.

In verità, il riferimento all'interesse protetto emerge, implicitamente ma in modo netto, anche là dove si tratterebbe di dare applicazione ad un divieto espressamente previsto e non affetto da alcuna ambiguità. Si prenda ad esempio il caso delle dichiarazioni assunte, nella veste di persone informate dei fatti, da individui in prima battuta coinvolti in un reato collettivo (per esempio, una rissa). In teoria, occorrerebbe, sin dal primo contatto con gli inquirenti, che fossero adottate le garanzie imposte dal codice agli artt. 63 e 64 c.p.p., pena la inutilizzabilità delle dichiarazioni raccolte (ed eventualmente la nullità, per il profilo concernente la partecipazione del difensore). Si supponga, tuttavia, che nel prosieguo delle indagini sia possibile una ricostruzione diversa della vicenda, secondo la quale quegli individui che originariamente apparivano coinvolti come concorrenti (nel nostro caso, co-rissanti) risultino successivamente essersi

²⁶ G. ILLUMINATI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale italiano*, cit., p. 525. Nello stesso senso N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Padova, Cedam, 1992, p. 139; EAD., voce *Inutilizzabilità (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Agg. I, Milano, Giuffrè, 1997, p. 698. Osserva C. CONTI, *Il volto attuale dell'inutilizzabilità: derive sostanzialistiche e bussola della legalità*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 782, a proposito del concetto di divieto, che «Si tratta di un concetto che finisce per prescindere dall'esistenza di una norma espressa formulata in chiave di divieto; una simile caratteristica è risultata evidente fin dai primi anni di vigenza del codice Vassalli e, probabilmente, non era esclusa neppure dalla *voluntas legis*». Sulla tematica, per tutti, A. SCELLA, voce *Inutilizzabilità della prova (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, Annali, vol. II, t. 1, Milano, Giuffrè, 2009, p. 484 s.; ID., *Prove penali e inutilizzabilità. Uno studio introduttivo*, Torino, Giappichelli, 2000, p. 152 s.

meramente difesi dall'aggressione altrui. Pacifico in questo caso che non sia loro applicabile la fattispecie sostanziale di cui all'art. 588 c.p., secondo la giurisprudenza consolidata²⁷. Ma come dovrebbero essere considerate le dichiarazioni raccolte quando quelle persone apparivano affette da indizi di reità, successivamente rivelatisi infondati: occorre applicare il divieto in un'ottica *ex ante*, come risulta senza dubbio formalmente più corretto, così escludendo le informazioni rinvenute dal novero di quelle utilizzabili o piuttosto occorre dare applicazione delle previsioni coinvolte in un'ottica *ex post*, così salvando i risultati investigativi ottenuti? In fondo, adottando un approccio *a posteriori*, si può dire che in sostanza i valori protetti dal divieto *ex artt. 63 e 64 c.p.p.* non siano stati lesi. Non sorprendentemente, nella prassi, prevale la seconda soluzione²⁸, che, a ben vedere, risulta una applicazione *in parte qua* del criterio del pregiudizio effettivo: la verifica a cose fatte permette così di andare ad accertare se le prerogative alla cui salvaguardia le forme sono state poste abbiano subito una reale compromissione.

Il secondo aspetto della inutilizzabilità che mal si concilia con la logica della tassatività, meno problematico ma anch'esso con profili di interesse, colpisce il concetto di legge, non risultando a tutt'oggi definito in maniera concorde se con esso debbano intendersi previsioni extracodicistiche, e in particolare, se vi debbano essere incluse le violazioni di norme di diritto sostanziale²⁹. Inoltre, al tema della

²⁷ Cfr. ad esempio Cass., Sez. I, 11 dicembre 2007, n. 1476, Arapaj e al., in C.e.d. n. 238766; Sez. V, 13 maggio 2004, n. 43524, Galletta e al., in C.e.d. n. 230323.

²⁸ Cfr. Cass., 29 gennaio 2002, n. 8099, Pascali, in C.e.d. n. 221327. Pubblicata anche in *Cass. pen.*, 2003, con nota di N. MENNUNI, *Portata e limiti dell'art. 63 comma 2 cod. proc. pen. Le dichiarazioni rese da persone meramente coinvolte nei fatti-reato addebitati a tempi*, *ivi*, p. 1259. Si veda ancora Cass., Sez. I, 8 novembre 2007, n. 4060, Sommer e al., in C.e.d. n. 239195; Sez. Un., 23 aprile 2009, n. 23868, Fruci, in *Cass. pen.* 2009, p. 4142. Se ne veda un commento ad opera di A. PATANÈ, *La notitia criminis: dall'iscrizione formale all'iscrizione di fatto*, in *Giur. it.*, 2010, p. 675 e s.

²⁹ M. NOBILI, *La nuova procedura penale*, cit., pp. 156-157; D. SIRACUSANO, voce *Prova: III) nel nuovo codice di procedura penale*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXV, Roma, 2003, p. 11; F. R. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 54 s. Si richiama inoltre in giurisprudenza la nota (ma isolata) decisione delle Sezioni Unite 30 ottobre 2002, Carnevale, in *Cass. pen.*, 2003, p. 3276.

fonte del divieto, si affianca quello del suo oggetto, essendo dibattuto se debba concernere la sola ammissione o anche l'acquisizione della prova³⁰.

Ma il dato che maggiormente conferma l'approccio sostanzialistico ed empirico all'inutilizzabilità riguarda i vizi derivanti dall'uso di una prova vietata. La natura della invalidità, infatti, impone inevitabilmente di andare a verificare quanto quel dato probatorio abbia inciso nella decisione giudiziale. A tal punto che le due tesi – quella formalistica e quella sostanzialistica – divergono più per profili quantitativi che qualitativi.

In altre parole, non si nega, ormai pressoché in alcuna ricostruzione, che per stabilire se vi sia derivazione tra il vizio e la decisione che vi si fonda occorra una verifica quanto all'uso in concreto della prova vietata³¹. Quello che cambia è quanto a fondo simile verifica si debba spingere.

Nella accezione giurisprudenziale maggioritaria vale la regola della prova di resistenza, secondo la quale, come noto, è consentito valutare se gli elementi acquisiti illegittimamente abbiano avuto un peso reale sulla decisione del giudice di merito, attraverso il controllo della struttura della motivazione, al fine di stabilire se la scelta di una determinata soluzione sarebbe stata la stessa, anche senza l'utilizzazione di quegli elementi, per la presenza di altre prove ritenute di per sé sufficienti a giustificare l'identico convincimento³². Ma anche nelle ricostruzioni più dogmatiche tese a separare con nettezza

³⁰ Si tratta di un altro dibattito più dottrinario che giurisprudenziale, ma che indubbiamente stenta a sopirsi, anche nelle più recenti produzioni scientifiche. Per un quadro riassuntivo, si veda F. M. GRIFANTINI, voce *Inutilizzabilità*, cit., p. 246; G. ILLUMINATI, *L'inutilizzabilità della prova*, cit., p. 527.

³¹ Non mancano posizioni che si spingono verso il formalismo puro. Vi è chi, con argomenti di indubbia efficacia, sostiene come ogni atto a contenuto decisorio dovrebbe ritenersi inficiato, ove faccia uso di elementi affetti dal vizio in esame. Così, ad esempio, anche il decreto che dispone il giudizio in cui si menzionasse l'uso di prove inutilizzabili dovrebbe essere invalidato, a causa dell'operazione preclusa. Sul punto cfr. F. M. GRIFANTINI, voce *Inutilizzabilità*, cit., p. 243 s., in particolare p. 254. Ancor prima, N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, cit., p. 70 s. La soluzione non trova accoglimento nel diritto vivente, tutto orientato a soluzioni tese a verificare in concreto quanto e come la prova vietata sia stata usata in giudizio.

³² Così Cass., 22 febbraio 2005, Ricco e al., in C.e.d. n. 231832. Ma, in termini non lontani, Cass., S. U., 23 aprile 2009, Fruci, in *Cass. pen.*, 2009, p. 4142.

regole di esclusione e regole di valutazione, si finisce per ammettere la necessità di un vaglio in concreto sul come la prova viziata è stata usata, al fine di stabilire se la decisione che vi si fonda debba essere ritenuta invalida⁵³.

Tutti i fattori evidenziati tendono in definitiva verso una inevitabile apertura alla lesione effettiva dell'interesse protetto in materia di inutilizzabilità, essendo impossibile farne a meno a causa della struttura normativa dell'istituto in questione.

Considerazioni non meno stringenti valgono per l'inammissibilità, di cui, nonostante il predicato di tassatività postulato dalla dottrina, si stenta a offrire una ricostruzione unitaria⁵⁴. L'analisi del vizio in questione è indubbiamente complessa; e sebbene non costituisca in sé l'oggetto della presente ricerca, può essere utile ai nostri fini focalizzare l'attenzione su due aspetti che lasciano comprendere quanto quel postulato di tipicità assoluta rimanga in concreto irrealizzato, e dunque predicato sulla carta. Da un lato, la legge non

Per altri riferimenti si rinvia a G. ILLUMINATI, *L'inutilizzabilità della prova*, cit., p. 530-531.

⁵³ Si veda la lucida analisi di M. DANIELE, *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*, Torino, Giappichelli, 2009, pp. 184-188. Come già evidenziato in precedenza, secondo l'Autore, in Cassazione occorrerà verificare se la prova risulti "indispensabile" per la decisione del caso. Quando ciò avvenga, la Suprema Corte non può rifare il giudizio escludendo la prova, ma deve rimettere gli atti al giudice che sia incorso nell'errore. In tal maniera, la Cassazione si limita a un ragionamento interpretativo, e non ricognitivo. Riecheggiano in queste parole alcune soluzioni avanzate dagli studiosi d'oltreoceano in materia di *harmless error*. Si veda in particolare la ricostruzione dell'istituto offerta da H. T. EDWARDS, *To Err Is Human, But Not Always Harmless: When Should Legal Error Be Tolerated?*, 70 *New York Un. Law Rev.* 6, 1995, pp. 1167-1228.

⁵⁴ Sul tema cfr. T. DELOGU, *Contributo alla teoria dell'inammissibilità nel diritto processuale penale*, Milano, Giuffrè, 1938, p. 51; G. GALLI, *L'inammissibilità dell'atto processuale penale*, Milano, Giuffrè, 1969, pp. 107-115; A. GHIARA, voce *Inammissibilità (Diritto processuale penale)*, *Noviss. Dig. it.*, vol. VIII, Torino, Utet, 1962, p. 479; M. FAVALLI, *L'ammissibilità nel processo penale*, Napoli, Jovene, 1968, pp. 158-174; G. CONSO, *Il concetto e le specie di invalidità*, Milano, Giuffrè, 1955, p. 85; F. DE PRIAMO, voce *Inammissibilità*, in *Dig. pen.*, vol. VI, Torino, Utet, 1992, p. 296; R. FONTI, *L'inammissibilità degli atti processuali*, Padova, Cedam, 2008; in particolare, si vedano le considerazioni generali, p. 29 s. (pp. 43-46 sulla tassatività).

Per una analisi in tempi recenti di indubbia efficacia, cfr. M. PANZAVOLTA, *Inammissibilità*, in *Studi Urbinati di Scienze giuridiche, politiche ed economiche*, 2004/05, p. 217 s.

detta una disciplina generale delle forme di invalidità in questione, con ciò lasciando non risolti nodi cruciali dell'istituto, oggetto per questa ragione di soluzioni non di rado orientate in senso empirico sostanziale. Si pensi ai soggetti i cui atti possano essere dichiarati inammissibili: dottrina e giurisprudenza hanno a tutt'oggi lasciato non risolto il problema rappresentato dalle domande propulsive del pubblico ministero (in particolare, ci si riferisce alle richieste di giudizi speciali, quali l'immediato e il direttissimo³⁵). Secondo una prima ricostruzione, dal silenzio della legge occorrerebbe desumere che simile patologia possa prestarsi ad operare anche per questo tipo di atti. Secondo altra, diametralmente opposta, il silenzio lascerebbe intendere esattamente il contrario, potendo la domanda del requirente essere affetta soltanto, ove ne ricorrano le condizioni, da nullità³⁶. Ne deriva dunque che si possano avere richieste *ex art.* 453, 450 c.p.p. di cui non appare consolidata la forma d'invalidità, oscillando tra soluzioni ermeneutiche entrambe plausibili.

Ma l'apporto creativo dell'operatore è destinato ad accentuarsi ove si rifletta su determinate ipotesi, sempre riconducibili al vizio in questione, in cui incerta appare la natura della declaratoria di inammissibilità. Si pensi al maturare della fattispecie, e in particolare se si possano dare dichiarazioni giudiziali d'inammissibilità costitutive e non meramente ricognitive. È il caso – ben noto – della manifesta infondatezza, parametro affondante le proprie radici in considerazioni di merito³⁷, e oggetto di soluzioni tra loro opposte, avvicendatesi nel

³⁵ Per il decreto penale la questione è diversa, lasciando la legge intendere, con indubbia maggiore chiarezza che negli altri due giudizi menzionati, come la richiesta del pubblico ministero possa, se del caso, essere dichiarata inammissibile. Cfr. sul tema M. CAIANIELLO, *sub art.* 459, in G. CONSO, V. GREVI (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura penale*, Padova, Cedam, 2005, p. 1661; S. RUGGERI, *Il procedimento per decreto penale. Dalla logica dell'accertamento sommario alla dinamica del giudizio*, Torino, Giappichelli, 2008, p. 34 s.

³⁶ In tal senso cfr., per tutti, M. PANZAVOLTA, *Inammissibilità*, cit., pp. 230-232 (e nt. 54 per i riferimenti bibliografici e la diatriba sul vizio relativo alla invalida domanda di rito speciale presentata dal pubblico ministero).

³⁷ Sul tema della manifesta infondatezza di un istituto in particolare, il ricorso immediato al giudice di pace, sia consentito il rinvio a M. CAIANIELLO, *Poteri dei privati nell'esercizio dell'azione penale*, cit., pp. 186-188. Sull'uso della manifesta infondatezza al fine di elevare un solido argine contro le forme di abuso del processo, E. M. CATALANO, *L'abuso del processo*, Milano, Giuffrè, 2004, pp. 105, 244 s.

corso degli anni. La giurisprudenza con la quale si è giunti ad affermare l'operatività *ex tunc* di ogni forma d'inammissibilità³⁸ pare legata a esigenze sostanzialistiche, alla cui base si pongono considerazioni legate al pregiudizio effettivo (se non addirittura un giudizio di bilanciamento tra valori sottesi alle norme processuali): da un lato, il ricorso manifestamente infondato starebbe a dimostrare che l'interessato non ha subito lesioni effettive alle proprie prerogative – ché altrimenti sarebbe stato in grado di dar vita a una impugnazione con qualche elemento di fondatezza. Dall'altro, l'operare della forma d'invalidità *ab initio* permette di salvaguardare i "risultati" raggiunti con le fasi e i gradi precedenti del processo, consentendo così al sistema di non perdere il lavoro svolto a causa dell'operare della prescrizione del reato.

Si tratta di una soluzione criticabile, e la dottrina non ha certo mancato di manifestare efficaci argomenti contro la soluzione fatta propria dalle Sezioni Unite³⁹. Tuttavia, essa è resa possibile primariamente dalla indeterminatezza del vizio in esame, e in particolare da quella peculiare fattispecie costituita dalla manifesta infondatezza. L'accostare un criterio valutativo di merito ad una ipotesi d'invalidità formale inevitabilmente conduce a disfunzioni del sistema, sotto il profilo del rispetto della tassatività, tutte già prevedibili *in nuce*.

Si badi che un percorso analogo è rinvenibile anche nella giurisprudenza, in precedenza analizzata, concernente le liste testimoniali⁴⁰. Qui il parametro incerto è rappresentato dalla non rigorosa formulazione dell'art. 468 c.p.p., in cui finiscono per essere equiparati tutti gli aspetti potenzialmente patologici degli atti, in un'unica forma di invalidità: dalla mancata presentazione della lista, alla sua presentazione tardiva, alla sua compilazione incompleta, o con informazioni inadeguate. Logico che, nella prassi, si finisca per operare una lettura riduzionista dell'istituto, approfittando di una genericità della fattispecie. Del resto, l'ipotesi normativa appare generica proprio perché tesa a comprendere tutto: ciò in contrasto con il me-

³⁸ Cfr. Cass., Sez. Un. 22 novembre 2001, De Luca, in *Cass. pen.*, 2001, p. 1760.

³⁹ Si veda per una ricostruzione del dibattito, e una analisi critica della giurisprudenza delle Sezioni Unite, F. CAPRIOLI, D. VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, 2^a ed., Torino, Giappichelli, 2011, pp. 44-46.

⁴⁰ Cfr. *supra*, Cap. II, § 4 a.

todo che dovrebbe improntare la tassatività, implicante di necessità una tutela soltanto puntiforme delle diverse tipologie di condotta potenzialmente devianti. Per dirla diversamente – e ribadendo un concetto già espresso – se il legislatore ambisce con la norma positiva a non escludere, e dunque a colpire, attraverso la forma d’invalidità prescelta, tutte le possibili forme di inosservanza del precetto, finisce inevitabilmente per mancare di precisione, aprendo così la strada a letture restrittive, caratterizzate per il fatto di compiere una valutazione empirica sui pregiudizi effettivamente subiti.

4. *Due errori e un’unica conseguenza. L’uso “a cascata” delle ipotesi di invalidità e il vuoto di tutela a fronte di fattispecie regolamentate con disposizioni complesse*

L’evoluzione degli ultimi anni ci pone di fronte a due modi di operare opposti, che tuttavia si prestano entrambi a fungere da spunto per una applicazione empirico-sostanziale ad opera dell’interprete. Si allude, da un lato, ai casi in cui il legislatore fa uso ridondante delle diverse ipotesi di invalidità, affastellandole senza un criterio limpido; dall’altro, a quelli ove il codice impone l’osservanza di una serie fitta di regole complesse, senza premurarsi di esplicitare che cosa ne debba derivare, in caso d’inosservanza.

Due esempi del primo tipo sembrano – tra i molti che certamente si potrebbero menzionare – l’art. 292 c.p.p., in materia di ordinanza cautelare, e l’art. 224-bis c.p.p., introdotto con l’art. 24 legge 30 giugno 2009, n. 85, con la quale, come noto, è stato ratificato il Trattato di Prüm dettandosi previsioni per l’istituzione di una banca dati del DNA e per disciplinare la prova scientifica nel processo penale⁴¹.

⁴¹ L’argomento è di deciso interesse per il nostro settore, e oggetto di un numero crescente di studi. Su di esso si vedano, senza pretesa di completezza, G. GIOSTRA, *Gli importanti meriti e i molti limiti della nuova disciplina*, in *Giur. it.*, 2010, pp. 1217-1221; M. PANZAVOLTA, *Il profilo dell’istituto*, in *Giur. it.*, 2010, p. 1223; P. FELICIONI, *L’Italia aderisce al Trattato di Prüm: disciplinata l’acquisizione e l’utilizzazione probatoria dei profili genetici*; in *Dir. pen. e proc.*, 2009, p. 6 s.; C. CONTI, *I diritti fondamentali della persona tra divieti e “sanzioni processuali”: il punto sulla perizia coattiva*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 993 s.; D. CURTOTTI NAPPI, L. SARAVO, *L’ap-*

Quanto alle previsioni regolanti l'ordinanza con cui venga disposta una misura cautelare, ne è ben conosciuta l'origine. Ritoccata più volte, la previsione deve la sua veste attuale principalmente alle interpolazioni prodotte dall'art. 9 legge 8 agosto 1995, n. 332⁴². Sin dalla prima e più ingenua lettura, colpiscono le plurime ipotesi di nullità, che si accavallano, pur con sfumature tese a differenziarle, e con regimi diversi quanto alla rilevabilità. Quella del comma 2, che si verifica quando una sola delle previsioni delle sei lettere non sia rispettata – e queste lettere, a loro volta, contemplano più disposizioni ciascuna – costituisce, come fu subito osservato⁴³, un *quartum genus*, nella sua rilevabilità d'ufficio pur non appartenendo a nessuna delle ipotesi generali di cui all'art. 178 c.p.p. Quella del comma 2-ter appare invece di carattere generale, riconducibile alla lett. c dell'art. 178 c.p.p., essendo dettata per tutelare le prerogative della difesa, che si trova a subire la misura senza aver potuto esercitare il previo contraddittorio.

La moltitudine delle diverse ipotesi, tra loro parzialmente sovrapposte, produce un senso di spaesamento: ad esempio, perché

proccio multidisciplinare nella gestione della scena del crimine, *ivi*, 2011, p. 263 s.; E. DI SALVO, *Prova scientifica, indagini preliminari e garanzie difensive*, in *Giur. merito*, 2010, p. 1177 s.; M. CORASANITI, *La banca dati del DNA: primi aspetti problematici dell'attuazione del Trattato di Prüm*, in *Dir. informatica*, 2009, p. 437; B. GALGANI, *Libertà personale e "raccolta" di campioni biologici: eccessi di zelo difensivo o formalismi della Suprema Corte?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2008, p. 1812. Inoltre, cfr. il recente volume a cura di C. CONTI, *Scienza e processo penale. Nuove frontiere e vecchi pregiudizi*, Milano, Giuffrè, 2011. In particolare, quanto specificamente alla prova del DNA, si vedano i contributi di P. FELICIONI, *Questioni aperte in materia di acquisizione e utilizzazione probatoria dei profili genetici* (p. 143 s.); G. LAGO, *Legge n. 85 e banche dati del DNA a fini di giustizia: spunti di studio comparato con raccomandazioni internazionali* (p. 183).

⁴² Ma ci sono anche le interpolazioni prodotte dall'art. 5 del decreto legge 13 maggio 1991, n. 152 conv. in legge 12 luglio 1991, n. 203, nonché quelle risalenti all'art. 6 l. 7 dicembre 2000, n. 397.

⁴³ G. GIOSTRA, *Art. 9 l. 8 agosto 1995, n. 332*, in AA.VV., *Modifiche al codice di procedura penale. Nuovi diritti della difesa e riforma della custodia cautelare*, Padova, Cedam, 1995, p. 133; G. ILLUMINATI, *Presupposti delle misure cautelari*, in V. GREVI (a cura di), *Misure cautelari e diritto di difesa nella l. 8 agosto 1995, n. 332*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 105 s. Sulla difficoltà di osservare ciascuna delle prescrizioni imposte dall'art. 292 c.p.p. in materia di motivazione del provvedimento cautelare, con ironia, A. ALBIANI, *I nodi al pettine del tribunale della libertà*, Bologna, BUP, 2011, pp. 137-138.

trattare diversamente due casi così simili quali l'omessa considerazione degli «elementi forniti dalla difesa», come si stabilisce all'art. 292 comma 2 lett. *c-bis* c.p.p., da un lato, e la mancata valutazione degli elementi «a carico e a favore dell'imputato, di cui all'articolo 358, nonché all'articolo 327-*bis*»? Per tacere del fatto che, al comma 2 lett. *c* della disposizione in esame si colpisce la mancanza di motivazione sulle «specifiche esigenze cautelari e [sugli] indizi che giustificano in concreto la misura disposta». È chiaro che ci si trova di fronte ad un dedalo di proposizioni, il cui significato, se separate le une dalle altre, tende a sfumare, mentre quel che si coglie è – grosso modo – il senso complessivo che il legislatore si proponeva di esprimere. Da qui una lettura orientata – inevitabilmente – alla “sostanza” del problema (e velenosamente – verrebbe da dire – restrittiva quanto alle ipotesi di invalidità). Quel che conta, si finisce per sostenere, è che l'imputato sia stato in grado di comprendere le ragioni di fatto alla base della misura disposta, con buona pace delle intricate previsioni di dettaglio. Come la Cassazione ha osservato, la nullità *ex art.* 292 c.p.p. non è ravvisabile «quando risulti evidente, dal complesso motivazionale, l'incidenza assoluta e prevalente che hanno assunto le considerazioni riferibili alla gravità della pericolosità sociale ed alla personalità dell'indagato»⁴⁴.

Una lettura di questo genere – si può obiettare – finisce per sviare lo scopo della riforma, tutto teso a evitare motivazioni superficiali, preconfezionate, e a valorizzare gli apporti favorevoli alla difesa, pur nel suo silenzio *ex ante*: in particolare con riferimento al materiale d'indagine da essa prodotto “a futura memoria”, così come permesso dall'art. 391-*octies* comma 2 c.p.p. Vero: ma l'intricato disordine favorisce atteggiamenti gordiani, quale quello che si è affermato nella prassi. Con il risultato che, nell'impossibilità di fare ordine tra le singole disposizioni, se ne è imposta una, la più brutale, asseritamene orientata a raggiungere “lo scopo” voluto dal legislatore (magari grazie a ciò perdonando talune lacune motivazionali ritenute veniali)⁴⁵. Come efficacemente si fa notare, «l'idea di fondo

⁴⁴ Cass., Sez. 2, 2 dicembre 2005, Neri, in C.e.d. n. 232922.

⁴⁵ Discorso diverso (o simile?) deve invece farsi per l'abrogazione tacita – quanto meno parziale – dell'art. 292 comma 2 lett. *d*, il quale dispone la nullità ove l'ordinanza non contenga «la fissazione della data di scadenza della misura, in rela-

sembra potersi individuare nell'assunto che il discrimine fra validità e nullità del provvedimento ricalchi la distinzione fra possibilità ed impossibilità [...] di utilmente difendersi [...]. La verifica dell'avvenuta compromissione [del diritto di difesa] può così divenire la cartina di tornasole della sussistenza o meno della nullità»⁴⁶.

È realistico pensare che si andrà incontro a soluzioni non lontane da quella esposta con riferimento alle nuove disposizioni in materia di prelievo di campioni biologici, ai fini della prova del DNA. Le previsioni che ne compongono il dettato normativo paiono riuscite paradossalmente a risultare indeterminate – ad onta della verbosa disciplina – e contraddittorie tra loro, così facilitando l'intervento ricostruttore dell'interprete. Intervento che – è facile pronostico – tenderà ad operare in chiave riduzionista (*id est*, limitazione rilevante delle ipotesi di invalidità formalmente previste dalle norme di riferimento), e sostanzialista (sguardo al danno subito dall'interessato in concreto). Quanto alla indeterminatezza, essa emerge in almeno due passaggi dell'art. 224-*bis* c.p.p. Da un lato, il riferimento, con riguardo alle operazioni per le quali il giudice possa adottare l'ordinanza per compiere atti peritali idonei a incidere sulla libertà della persona, a meri «accertamenti medici», non ben altrimenti definiti. Che cosa si possa, e dunque si debba intendere in questa locuzione, è quesito di non facile soluzione, stante il tenore di chiusura e omnicomprensivo della disposizione⁴⁷. Dall'altro, è fonte d'incertez-

zione alle indagini da compiere, allorché questa è disposta al fine di garantire l'esigenza cautelare di cui alla lettera a) del comma 1 dell'articolo 274». La giurisprudenza individua, in merito alla disposizione citata, una anomala forma di sanatoria: la nullità sarebbe sanata ove – pur omettendo il giudice di indicare la data di scadenza in relazione al pericolo di inquinamento probatorio – la misura cautelare fosse disposta anche per altra esigenza cautelare.

Una soluzione di questo genere cancella in via interpretativa il limite rigido imposto dal sistema, e tutelato attraverso la invalidità, per i casi di restrizione adottata al fine di preservare la genuinità del quadro probatorio. Di fatto, quando il giudice affianchi un'altra esigenza a quella in questione – il che nella prassi avviene praticamente sempre – l'omissione degrada a vizio innocuo.

⁴⁶ Così A. ALBIANI, *I nodi al pettine del tribunale della libertà*, cit., p. 139.

⁴⁷ Così M. PANZAVOLTA, *Il profilo dell'istituto*, in *Giur. it.*, 2010, p. 1223; C. CONTI, *I diritti fondamentali della persona tra divieti e "sanzioni processuali"*, cit., p. 995 s.; ID., *Accertamenti medici sulla persona e diritti fondamentali: il legislatore di fronte all'oceano*, in C. CONTI (a cura di), *Scienza e processo penale*, cit., pp. 130-131.

za l'uso della nullità per tutte le eterogenee ipotesi di cui al comma 2 della previsione in esame: si pensi alla difficoltà di attuare in concreto paradigmi quali la «descrizione sommaria del fatto», o l'indicazione delle ragioni che rendono il prelievo o l'accertamento «assolutamente indispensabile». A che punto si dovrà collocare la nullità, in provvedimenti sciatti o vagamente tautologici da parte dell'organo giurisdizionale (quali è ipotizzabile che sovente si presentino)⁴⁸? Facile prevedere che, se in settori ben più sensibili quali le misure cautelari o le intercettazioni, sono prevalsi orientamenti indulgenti da parte della giurisprudenza di legittimità, *a fortiori* ciò tenderà a verificarsi nel campo in questione.

Ma quel che più colpisce è il contrasto tra il trattamento riservato all'inosservanza dei precetti di cui ai commi 4 e 5 dell'art. 224-*bis* c.p.p. e quello previsto in caso di identiche violazioni, all'art. 359-*bis* c.p.p.: vizio innocuo nella previsione che esplicitamente li pone (non si dà caso di invalidità per la loro trasgressione); causa di «nullità delle operazioni» e di «inutilizzabilità delle informazioni così acquisite» (sempre meglio abbondare, verrebbe da dire), nella previsione che li evoca per riferirvisi, vale a dire l'art. 359-*bis* c.p.p. Con il risultato paradossale che – se si vuole dare applicazione al principio di tassatività – operazioni condotte dal pubblico ministero, nei casi d'urgenza, in violazione della dignità della persona, dovranno comportare le conseguenze invalidanti di cui s'è detto; mentre uguali trasgressioni compiute nell'eseguire un provvedimento giudiziale *ex art. 224-bis* c.p.p. non dovrebbero condurre ad alcuna invalidità⁴⁹.

Si può tuttavia peccare anche per difetto, ove si scelga di non prevedere alcuna ipotesi di invalidità a fronte di una corposa opera d'interpolazione legislativa intervenuta a riformare un settore nuovo del sistema. È quanto pare essersi verificato, nonostante la meticolosità delle interpolazioni, e il tentativo di dettare regole più stringenti, per l'acquisizione in modo genuino e scientificamente adeguato dei relativi dati, con riferimento alla c.d. “prova informatica”, in merito

⁴⁸ C. CONTI, *Accertamenti medici sulla persona e diritti fondamentali*, cit., pp. 134-135.

⁴⁹ G. GIOSTRA, *Gli importanti meriti e i molti limiti della nuova disciplina*, cit., p. 1219; C. CONTI, *Accertamenti medici sulla persona e diritti fondamentali*, cit., p. 137-139.

alla quale il legislatore ha introdotto diverse nuove disposizioni con la legge di ratifica della Convenzione di Budapest 18 marzo 2008, n. 48. Si pensi ai nuovi art. 247 comma 1-*bis* e 254-*bis* c.p.p., ai riscritti artt. 244 comma 2 e 354 comma 2 c.p.p.: nessuna condizione di invalidità è stata specificamente stabilita. Ne è conseguita l'incertezza da sempre connotante l'applicabilità della inutilizzabilità generale: il dilemma sul se le nuove regole rappresentino meri consigli per l'addetto ai lavori, consigli che in quanto tali possono essere disattesi senza conseguenze di rilievo, o piuttosto divieti impliciti, vale a dire da regole di esclusione in caso d'inosservanza⁵⁰.

La prassi – non ce se ne si stupisce – ha optato per la prima ricostruzione, spostando semmai sul terreno della valutazione i problemi derivanti dalla mancata obbedienza alle nuove regole. Se del caso, comportamenti devianti potranno riverberarsi sulla credibilità dei dati estrapolati, fermo restando che essi permangono utilizzabili sul piano formale.

Il paradosso è che, grazie alla indeterminatezza della scelta legislativa, tutta la riforma introdotta appare inutile, non avendo spostato in maniera rilevante – o forse non avendo spostato affatto – le conclusioni cui già prima era giunta la giurisprudenza. Nel vuoto d'indicazione sui valori di fondo, la prassi ha optato per considerare oggetto di tutela la sola credibilità delle prove, così avvalendosi della generale clausola del libero convincimento per salvaguardare al processo ogni dato, acquisito con qualsivoglia metodo, quand'anche deviante rispetto alle regole.

5. *Un quadro di sintesi*

Il panorama che emerge dalle analisi sinora condotte è che i principi tradizionali posti dal sistema per limitare le scelte discrezionali – e i possibili arbitrii – da parte del giudice stentano progressivamente a raggiungere lo scopo prefissato. In parte ciò è dovuto alla natura della norma processuale, e a quella concernente le invalidi-

⁵⁰ Sul punto il rinvio è a M. DANIELE, *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*, cit., pp. 3-8 (e *passim*, per approfondimento), pp. 95-98.

tà in particolare. Come si è osservato, le regole processuali aspirano – salvo rare, e talora apparenti eccezioni – alla omnicomprensività. In altre parole, in questo settore il legislatore ambisce a non lasciare “impunito” alcun comportamento ipotizzabile deviante, rispetto ad alcuni valori di fondo (l’esempio più chiaro sotto questo aspetto è quello delle nullità). Ne deriva una tecnica di normazione che poco si adatta alla logica della tassatività, che implica, per sua natura, la disomogeneità e la frammentarietà del sistema, non già i suoi opposti. Peraltro, la scelta di non chiarire passaggi essenziali in alcune tipologie, per esempio di non dettare una disciplina legata alle conseguenze della inutilizzabilità, o di non cercare di descrivere il fenomeno della inammissibilità in linea generale, si presta ad applicazioni creative, facilmente legate a una ricerca dei valori processuali di fondo tutelati, con lo scopo di verificarne l’effettiva lesione.

Il latente conflitto tra legislatore e potere giudiziario, poi, ha portato il primo, in alcune riforme, a peccare per eccesso di zelo, assommando tra loro le ipotesi di invalidità, con pochi benefici per la linearità e la chiarezza del settore riformato. Simile scelta, lungi dal limitare la lettura riduttiva e empirico-sostanzialista delle disposizioni da parte della giurisprudenza, ha finito per rafforzarla, a causa della necessità di riportare – con adeguata opera ermeneutica – ordine e ragionevolezza nelle previsioni introdotte. Del resto, a ulteriore sconforto dei fautori della legalità, anche la scelta opposta, rinunciataria, per così dire, di non prevedere specifiche ipotesi di invalidità a fronte di regole minuziose approvate in determinati settori (quelli della *computer forensics* e della *digital evidence*) ha reso inefficaci le nuove disposizioni normative, relegandole al ruolo di suggerimenti per il buon operatore, dai quali ci si può serenamente allontanare senza dover temere alcuna conseguenza sul piano processuale.

Ne emerge un quadro di progressivo affrancamento dell’interprete dal testo normativo, che, al momento, appare difficilmente arginabile, sembrando in via di progressiva affermazione. Del resto, come è stato osservato, la postulazione del principio di legalità non sembra essere mai stata, fin dal momento in cui si cercò di attuarlo (e di assoggettarvi la classe dei giuristi), uno strumento idoneo a ga-

rantire uniformità e certezza del sistema giuridico⁵¹. Del pari, si può dubitare che il principio in esame sia mai stato in grado di esonerare la cerchia degli interpreti (vale a dire di quanti erano chiamati – a diverso titolo – all’applicazione del diritto) da qualunque responsabilità di carattere politico: non si vede come potrebbe essere diversamente nel settore specifico qui considerato.

⁵¹ Sul punto si rinvia a M. CAIANIELLO, *Poteri dei privati*, cit., pp. 25-26 (e *passim*, per l’analisi e i riferimenti bibliografici).

CAPITOLO IV

L'EFFETTIVITÀ IMPOSTA. LE CONSEGUENZE DERIVANTI DAL PROROMPERE DEL DIRITTO EUROPEO NEL CAMPO DEL PROCESSO PENALE

SOMMARIO: 1. Il movimento di affermazione del diritto sovranazionale su quello nazionale. Ripercussioni sul tema delle invalidità. – 2. L'approccio antiformalistico caratteristico del sistema C.e.d.u. *a. L'imporsi del diritto C.e.d.u. su quello nazionale.* – *b. Il caso italiano. La riapertura del processo a seguito di condanna da parte della Corte e.d.u.* – *c. Il metodo antiformalistico ed empirico attuato dalla Corte e.d.u., e il suo affermarsi all'interno del nostro ordinamento.* – 3. Il diritto processuale penale della Unione europea a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. Ricadute sul metodo di individuazione e applicazione delle invalidità processuali. *a. L'interpretazione conforme.* – *b. Gli effetti derivanti dal principio del mutuo riconoscimento.* – *c. La fusione delle Carte dei diritti, e le ripercussioni sul sistema delle fonti. L'affermarsi del metodo sostanzialistico-empirico.* – *d. Le nuove direttive in materia processuale penale adottate dall'Unione europea. L'attenzione al criterio della effettività.*

1. *Il movimento di affermazione del diritto sovranazionale su quello nazionale. Ripercussioni sul tema delle invalidità*

I fattori sinora esaminati non presentano novità di sorta, sotto alcun aspetto. Che sia difettoso, e anzi largamente insoddisfacente il metodo di produzione legislativa, a tal punto che si stenta a sperare di arrestare un simile degrado, è constatazione su cui si dibatte da decenni. La patologia è a tal punto diffusa che si tende ormai a riflettere su essa in chiave storica: quando è iniziata, a quale fattore, o a quale generazione sia da addebitare la primaria responsabilità

di simile degenerazione, apparentemente irreversibile. Correlativamente, è sempre più raro che si provi ad affrontare la questione in un'ottica ricostruttiva, provando a chiedersi come si potrebbe tornare alle origini.

Del resto, come si è constatato in precedenza, la norma processuale, per quanto si cerchi di innestarvi il principio di legalità-tassatività, sembra restia, per sue caratteristiche tecniche, e soprattutto per gli scopi cui ambisce, a piegarsi del tutto alla logica della tutela puntiforme tipica di quel principio. Così, si è da sempre tutti consapevoli che, anche nei settori ove la tassatività è proclamata, il legislatore processuale si è nella maggior parte delle ipotesi accontentato di una tecnica di normazione contratta: tanto è vero che talora si prediligono definizioni più sfumate, quale quella del principio di tipicità, declinato in stile più flessibile¹. Infine, è cambiato l'approccio degli interpreti alle norme, e al sistema nel suo insieme. In un periodo più risalente, era diffusa la convinzione che un metodo ermeneutico coerente col postulato della tassatività avrebbe saputo portare a compimento l'opera sovente lasciata incompleta dal legislatore; oggi, salvo rare eccezioni, si stenta a mantenere un simile atteggiamento, che presuppone forti basi comuni sul piano culturale tra il ceto dei giuristi².

Tuttavia, se gli agenti degenerativi si limitassero a quelli sinora analizzati, si potrebbe considerare non impossibile – sia pur con una forte dose di ingenuo idealismo – un ripristino delle antiche tradizioni. Nulla vieta, ad esempio, che il processo di produzione legislativa conosca una nuova fase di razionalità. Così come non è del tutto illusorio ipotizzare una nuova stagione di linguaggio e valori condivisi tra gli interpreti, tale da rendere plausibile un approccio rigoroso, sul piano formale, alla norma processuale penale, capace di ricondurre a tassatività le fattispecie lasciate aperte dalla previsione positiva.

¹ Cfr. C. PEYRON, voce *Invalidità. d) Diritto processuale penale*, in *Enc. dir.*, vol. XXII, Milano, Giuffrè, 1972, p. 618; M. PANZAVOLTA, *Inammissibilità*, in *Studi Urbinati di Scienze giuridiche, politiche ed economiche*, 2004/05, p. 223.

² Si rinvia ai riferimenti operati in M. CAIANIELLO, *Poteri dei privati nell'esercizio dell'azione penale*, Torino, Giappichelli, 2003, p. 34.

Senonché le prospettive di recupero paiono allo stato del tutto improponibili a causa di nuovi fattori, che hanno condotto a decostruire – quasi interamente – il sistema delle fonti giuridiche. Si allude alle interferenze prodotte dal diritto europeo in ambito penale, e in particolare nel settore del processo. Il fenomeno, tutto di origine recente³, è talmente dirompente da indurre la dottrina penalistica a rivedere le categorie sistemiche e dogmatiche su cui il diritto penale è stato concepito⁴. Per provare a esporre in sintesi le tesi che di seguito verranno analizzate, si può dire, in prima battuta, che 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. Il percorso ermeneutico è dunque sempre più spesso guidato sino alla fine dal principio generale, che si presta a plurime realizzazioni in concreto; per converso, la regola viene estrapolata, ben più che dall'esegesi del testo positivo della legge, dall'analisi della decisione adottata per risolvere lo specifico problema posto all'attenzione del giudice. Ciò è dovuto al fatto che la quasi totalità delle previsioni positive di provenienza europea in materia processuale pena-

³ In pratica, esso comincia a fare sentire i propri effetti in concreto solo con il nuovo millennio, sebbene i semi della pianta fossero stati piantati in precedenza.

⁴ Si veda, in primo luogo, M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, Giuffrè, 2011, pp. 43-56. Ancora, sulla natura e sugli effetti prodotti dalle fonti europee in ambito penale – in generale – cfr. A. KLIP, *European Criminal Law. An Integrative Approach*, 2nd edition, Intersentia, Cambridge-Anterwerp-Portland, 2012, p. 10 (e p. 479), il quale definisce il diritto penale europeo «*as a kind of common law, which is in its development similar to anglo-saxon common law. The main developments of the law take place under the influence of the Court*» (evidenziato nel testo) – fermo restando che, nel momento attuale, l'individuazione della Corte che crea il diritto europeo rappresenta – anch'essa – una questione problematica, cui non è agevole dare una risposta univoca. Si veda anche, dello stesso autore, *Towards a General Part of Criminal Law for the European Union*, in A. KLIP (ed.), *Substantive Criminal Law of the European Union*, Maklu, Antwerpen-Apeldoorn-Portland, 2011, pp. 30-33.

le è impregnata di effettività, già sul piano astratto. In altre parole, le disposizioni normative impongono l'adozione di un approccio antiformalistico e sostanziale, pragmatico, orientato a verificare le conseguenze in concreto prodotte sugli attori del sistema. Ciò, a sua volta, condiziona il metodo applicato dagli interpreti, in cui prevale l'attenzione agli effetti prodotti in pratica, mentre passano in secondo ordine le tecniche ermeneutiche tradizionali (interpretazione letterale, sistematica, teleologica). Va infine ricordato come il sistema delle fonti europee non appaia allo stato facilmente decifrabile. Diversi ne sono i centri di produzione: e, ancora, non facilmente accostabili sono gli influssi da essi prodotti sui sistemi nazionali – e anche tra loro, in senso reciproco. Ne deriva che il livello normativo europeo, che si pone su un piano sovraordinato rispetto a quello nazionale, non si presta, a sua volta, a essere ricondotto a ordinata gerarchia: così facendo, inevitabilmente, induce gli operatori ad argomentazioni circolari, più che a ragionamenti fondati sulla logica deduttiva. Del resto, se l'intrecciarsi delle disposizioni positive non si presta più a operazioni passibili di verifica logico-formale, se – in ultima istanza – il significato estrapolabile dalle fonti formali non è più difendibile con il metodo della logica matematica (vale a dire con il principio di non contraddizione), non resta che rifarsi al caso concreto: in fondo, esso rimane l'unico elemento dotato di un certo margine di oggettività, su cui dunque è possibile fondarsi per elaborare una soluzione. Siamo in definitiva nell'ambito del metodo *problem based*: il punto di partenza non è rappresentato dalle fonti normative, ma dai problemi pratici, cui il diritto è chiamato a dare soluzione (facendo leva quasi esclusivamente su principi generali).

Nel campo qui analizzato – l'individuazione e l'applicazione delle invalidità nel processo penale – il fenomeno descritto finisce per portare a compimento la dissoluzione del tradizionale modo di applicare il diritto di stampo continentale. Al suo posto ne emerge uno nuovo, fondato prevalentemente sul criterio del pregiudizio effettivo.

2. *L'approccio antiformalistico caratteristico del sistema C.e.d.u.*

a. L'imporsi del diritto C.e.d.u. su quello nazionale

L'ordinamento europeo che da più tempo è stato capace di condizionare i sistemi nazionali, e in particolare quello italiano, è, come noto, quello facente capo al Consiglio d'Europa. La Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, da oltre mezzo secolo, è diritto vivente nel nostro Paese, in grado di orientare, negli ambiti da essa toccati, in primo luogo le riflessioni dottrinarie; in secondo, le scelte del legislatore e quelle del diritto giurisprudenziale. In particolare, con l'avvio della stagione delle grandi riforme nell'ambito della procedura penale, dalla metà degli anni Sessanta, costante è stato, da parte della dottrina, il riferimento alla C.e.d.u. quale fonte di ispirazione e di riflessione, sul piano ermeneutico e su quello *de iure condendo*⁵. Si potrebbe dunque obiettare che la realtà recente, sotto questo punto di vista, non presenti aspetti di rilevante novità: il diritto europeo, infatti, già da tempo esercitava il proprio influsso in ambito nazionale, e tutt'al più i mutamenti verificatisi devono essere apprezzati sul piano quantitativo, e non qualitativo. L'osservazione in realtà non coglie nel segno. È indubbiamente vero che la C.e.d.u. è stata capace sin dal principio di esercitare una certa influenza sul nostro ordinamento. Quanto tuttavia si è verificato negli ultimi anni rappresenta un cambio di passo talmente marcato – e di portata così estesa, nell'intero oriz-

⁵ Non per nulla, il nuovo codice era chiamato, nella legge delega (art. 2 n. 1), a dare attuazione alle norme delle convenzioni internazionali ratificate dall'Italia e relative ai diritti della persona e al processo penale. Sugli studi dedicati al rapporto tra Convenzione e ordinamento nazionale in epoca più risalente, per tutti, cfr. M. CHIAVARIO, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Milano, Giuffrè, 1969; G. LOZZI, *Favor rei e processo penale*, Milano, Giuffrè, 1968, pp. 37-40; G. ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Bologna, Zanichelli, 1979, pp. 24-30 (in particolare p. 25, nt. 61). Di M. CHIAVARIO, che ha dedicato gran parte dei suoi studi al rapporto tra Convenzione europea e processo penale, si veda il recente 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*, Torino, Giappichelli, 2008, p. 11 s.

zonte europeo – da non poter essere accostato a quel che si è verificato in passato.

Innanzitutto, colpisce il contesto generale. Non solo l'Italia si è segnalata per essersi lasciata così pervasivamente permeare dal diritto di Strasburgo nell'ultimo quindicennio. Il fenomeno coinvolge infatti la maggior parte degli Stati europei, sempre più propensi ad attribuire efficacia diretta alle disposizioni della C.e.d.u.: attraverso meccanismi tecnicamente diversi, si è così arrivati in una gran parte di essi a porre le sue previsioni e le decisioni della sua Corte su un piano superiore rispetto alle fonti ordinarie adottate a livello nazionale⁶. Nello stesso periodo, correlativamente, la quasi totalità degli Stati membri del Consiglio d'Europa si sono dotati di strumenti per riaprire la procedura in caso di condanna da parte della Corte e.d.u. Ne deriva una rafforzata capacità di condizionare il diritto vivente, da parte dei giudici di Strasburgo, e di armonizzare in linea tendenziale i sistemi nazionali, che sino alla fine del secolo scorso appariva difficilmente pronosticabile⁷.

In simile quadro, la vicenda italiana appare interessante sotto due profili, tra loro antitetici: da un lato, l'inerzia e la mancanza di progettualità sul piano legislativo; dall'altro, il forte protagonismo giurisprudenziale, grazie al quale il diritto convenzionale è giunto a

⁶ Si veda a tal proposito l'analisi condotta da 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., pp. 90-91 (e nota 24-25).

⁷ In tal senso un ruolo di rilievo è da attribuire alla istituzione di sistemi di giustizia penale internazionale, quali i Tribunali *ad hoc* per i crimini commessi sul territorio di ex Jugoslavia e Ruanda, e la Corte penale internazionale. L'influenza da questi esercitata è culturale, considerata l'attenzione con la quale si è soliti guardare al loro operato. Se si esaminano le decisioni adottate nei numerosi procedimenti celebrati davanti a quelle giurisdizioni, emerge come il testo della C.e.d.u., e l'applicazione che ne viene data dalla Corte di Strasburgo, costituiscano costanti punti di riferimento: a tal punto che, in taluni provvedimenti, i giudici internazionali arrivano a definire alcuni principi C.e.d.u. quali norme di diritto internazionale generalmente riconosciute. Simile assunto non è recepito automaticamente, a livello nazionale (si vedano in proposito le sent. 348 e 349 del 2007 della Corte costituzionale): è noto, per tornare a noi, come la Corte costituzionale italiana lo rifiuti, inquadrando le previsioni della C.e.d.u. tra le fonti di tipo pattizio. Tuttavia è innegabile la capacità di esercitare una forte influenza culturale da parte di tali istituzioni internazionali verso le Corti superiori degli Stati nazionali.

esercitare un'influenza di rara efficacia. Contrariamente ad altri Paesi, il nostro non è stato in grado di governare il movimento di armonizzazione indotto dalla nuova capacità di penetrazione del sistema C.e.d.u. Il legislatore, in altre parole, è intervenuto in maniera sporadica e non uniforme, di solito sospinto da specifiche emergenze, ma sprovvisto di un progetto d'insieme⁸. La pervasività della fonte convenzionale, nel nostro sistema, è in effetti opera, se non esclusiva, certo principalmente della giurisprudenza. Ci troviamo dunque di fronte a un fenomeno in prevalenza di carattere pretorio, dove la pratica è intervenuta per rispondere a nuove esigenze lasciate irrisolte dal diritto statuale scritto⁹. Sotto questo aspetto, sembrano emer-

⁸ Si pensi alla legge Pinto (l. 24 marzo 2001, n. 89), o, ancor più importante sotto il profilo che qui si esamina, al d.l. 21 febbraio 2005, n. 17 conv. in l. 22 aprile 2005, n. 60, per il giudizio in contumacia.

⁹ Può essere interessante, a tal proposito, cercare di vedere più da vicino che cosa si debba intendere con il predicato di "giurisprudenziale" qui usato. Ne viene fuori, indubbiamente, un fenomeno di dialogo tra le corti, nazionali ed extranazionali, tipico del nostro tempo, e decisivo, quanto al modo odierno di declinare – in altre parole di intendere – il principio di legalità. Sul tema del dialogo tra le Corti, quale nuova frontiera problematica del principio di legalità, si ricordano qui, tra gli altri, D. TEGA, *La Cedu nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2007, p. 431 s.; A. GUAZZAROTTI, *La Cedu e l'ordinamento nazionale: tendenze giurisprudenziali e nuove esigenze teoriche*, in *Quad. cost.*, 2006, p. 491 s.; V. MANES, *Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 739 s.; ID., *L'applicazione retroattiva della pena più mite: prove di dialogo «multilevel»*, in *Quad. cost.*, 2007, p. 374 s. Sul tema si veda, più in generale, G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le corti: giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna, Il Mulino, 2010.

Il primo atto, che si può ritenere abbia dato inizio ad un moto inarrestabile, che ha indotto ormai la quasi totalità degli Stati membri del Consiglio d'Europa a rivedere i propri ordinamenti interni, è costituito dalla nota Raccomandazione (2002)2 del 19 gennaio 2000: con essa si invitavano gli Stati contraenti a introdurre nel proprio ordinamento la possibilità per la vittima di una violazione dei diritti tutelati dalla Convenzione europea di ottenere il «riesame o la riapertura» del caso in seguito alle sentenze della Corte di Strasburgo. A questo primo monito seguivano nuovi avvertimenti, nel 2004, sempre di origine non propriamente giurisdizionale. Con la raccomandazione 12 maggio 2004, il Comitato esortava gli Stati a valutare i rispettivi ordinamenti nazionali e la loro applicazione alla luce di pronunce della Corte europea che avessero evidenziato limiti strutturali o generali. Infine, con la Risoluzione n. 3 del 12 maggio 2004, si invitava la Corte e.d.u., per la prima volta in maniera esplicita, ad identificare con la propria decisione, per quanto possibile, la sussistenza di eventuali carenze o patologie strutturali che potessero ritenersi all'origine della violazione del testo della Convenzione da parte dello Stato contraente. Se da un lato è dunque nella giurisprudenza della Corte e.d.u., e più

gere alcune somiglianze tra il movimento di diretta applicazione della Costituzione, avviato con l'inizio degli anni Sessanta, e quello attuale, di immediata attuazione della C.e.d.u. Come quella iniziativa aveva travolto la teoria delle norme programmatiche, in contrapposizione a quelle direttamente efficaci, con riferimento alla Carta fondamentale¹⁰, così quello attuale viene ad ottenere lo stesso risultato, per passaggi progressivi, con riferimento al testo Convenzionale.

in generale, in seno al Comitato d'Europa, che va ricercata l'origine di questo vasto movimento che ha dato vita alla questione dell'adeguamento dei sistemi nazionali ai principi della Convenzione nell'amministrazione dei casi concreti, dall'altro occorre riconoscere che le giurisdizioni statuali hanno accolto con favore gli inviti provenienti da Strasburgo. Dove il legislatore non è (o non è ancora) intervenuto ad adeguare formalmente le previsioni normative alle nuove esigenze di ottemperanza alle decisioni della Corte, ci hanno pensato le prassi giurisprudenziali. Sul punto si rinvia a M. CAIANIELLO, *Profili critici e ipotesi di sviluppo nell'adeguamento del sistema interno alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in V. MANES, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 550.

¹⁰ Il riferimento è al Congresso dell'Associazione nazionale magistrati di Gardone del 1965. Il superamento della distinzione tra norme programmatiche e norme direttamente efficaci, che peraltro era un dibattito già in evoluzione anche in dottrina, era tutto sommato solo uno degli aspetti di quell'incontro. È infatti da quel congresso che si sviluppa il metodo della interpretazione conforme a Costituzione, con cui si cerca di porre in tensione il testo legislativo nell'ottica di una attuazione diretta e progressista della Carta fondamentale, e più ancora la tesi sulla politicità della giurisdizione. Gli atti del Convegno sono pubblicati in ASSOCIAZIONE NAZIONALE MAGISTRATI, *XII Congresso nazionale, Brescia-Gardone 25-28 settembre 1965. Atti e commenti*, Roma, Arti grafiche Jasillo, 1966. Ben conosciuta è la relazione introduttiva di G. Maranini, sul tema *Funzione giurisdizionale e indirizzo politico* (la relazione è parzialmente riprodotta in A. PIZZORUSSO, *L'ordinamento giudiziario*, Bologna, Il Mulino, 1974, p. 257). Nella mozione finale del Congresso, si affermava che «Il giudice [...] deve essere consapevole della portata politico-costituzionale della propria funzione di garanzia, così da assicurare, pur negli invalicabili confini della sua subordinazione alla legge, un'applicazione della norma conforme alle finalità fondamentali volute dalla Costituzione [...] spetta pertanto al giudice, in posizione di imparzialità ed indipendenza nei confronti di ogni organizzazione politica e di ogni centro di potere: 1) applicare direttamente le norme della Costituzione quando ciò sia tecnicamente possibile in relazione al fatto concreto controverso; 2) rinviare all'esame della Corte costituzionale, anche d'ufficio, le leggi che non si prestino ad essere ricondotte, nel momento interpretativo, al dettato costituzionale; 3) interpretare tutte le leggi in conformità ai principi contenuti nella Costituzione, che rappresentano i nuovi principi fondamentali dell'ordinamento giuridico statale». La mozione viene definita come «concordata dalle tre correnti Magistratura democratica, Magistratura indipendente e Terzo potere». Per maggiori riferimenti, cfr. E. BRUTI LIBERATI, *L'Associazione dei magistrati italiani*, in E. BRUTI

Quello che è indubbio, ad ogni modo, è il dominio pressoché incontrastato della fonte europea su quella nazionale. Se sino a non molti anni orsono si dibatteva in dottrina – e nella dottrina più evoluta, si badi – sul ruolo di legge ordinaria rafforzata da riconoscere alla C.e.d.u all'interno del nostro ordinamento, il panorama, a partire dalle sentenze n. 348 e 349 del 2007 – ma le prime avvisaglie sono sensibilmente più risalenti¹¹ – è del tutto ribaltato¹².

b. Il caso italiano. La riapertura del processo a seguito di condanna da parte della Corte e.d.u.

All'interno del nostro sistema, nel campo processuale penale, la superiorità del diritto convenzionale su quello interno si è affermata

LIBERATI, L. PALAMARA (a cura di), *Cento anni di Associazione magistrati*, Milano, Ipsoa, 2009, p. 14. L'idea della C.e.d.u., e più in generale delle Carte dei diritti, come nuova frontiera dell'approccio costituzionale alla materia penale è sostenuta da V. MANES, *Introduzione. La lunga marcia della Convenzione europea ed i "nuovi" vincoli per l'ordinamento (e per il giudice) penale interno*, in V. MANES, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, cit., pp. 2-9. Vede un legame tra l'attuale europeismo giudiziario e il modello di magistratura moderna degli anni Settanta M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale*, cit., p. 43.

¹¹ Si veda ad esempio la sentenza della Corte costituzionale 12-19 gennaio 1995, n. 10 (se ne veda un commento, in relazione ai temi qui coinvolti, in S. SAU, *Le garanzie linguistiche nel processo penale. Diritto all'interpretazione e tutela delle minoranze*, Padova, Cedam, 2010, p. 115).

¹² Sulle sentenze n. 348 e 349 vedi M. CARTABIA, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'ordinamento italiano*, cit., p. 49-56; G. ABBADESSA, *Il nuovo rango (sub-)costituzionale della Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, in *ius17@unibo.it*, 2008, p. 399 s.; A. RUGGERI, *La Cedu alla ricerca di una nuova identità, tra prospettiva formale-astratta e prospettiva assiologico-sostanziale 'inquadramento sistematico* (Nota a C. Cost. 22 ottobre 2007, n. 348 e C. Cost. 22 ottobre 2007, n. 349), in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2008, fasc. 1, pp. 215-220; M. CHIAVARIO, *La "lunga marcia" dei diritti dell'uomo nel processo penale*, in A. BALSAMO, R. E. KOSTORIS (a cura di), *Giurisprudenza europea*, cit., pp. 28-31; T. F. GIUPPONI, *Corte costituzionale, obblighi internazionali e "controlimiti allargati": che tutto cambi perché tutto rimanga uguale?*, in *Forum Quaderni Costituzionali*, 2007, online sul sito www.forumcostituzionale.it; D. TEGA, *Le sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007: la Cedu da fonte ordinaria a fonte "sub-costituzionale" del diritto*, in *Forum Quaderni Costituzionali*, 2007, online sul sito www.forumcostituzionale.it. Per accenti critici ad un ruolo creativo della Corte costituzionale nel nostro sistema, ruolo che sempre più prenderà vigore alla luce del fenomeno del dialogo tra le Corti, cfr. L. STORTONI, *La Corte costituzionale: un nuovo legislatore?*, in *ius17@unibo.it*, 2008, p. 29 s.

attraverso lo strumento della riapertura del processo, per le ipotesi in cui la sentenza di condanna divenuta irrevocabile sia dichiarata iniqua dalla Corte e.d.u.

Sotto questo aspetto, si possono individuare due momenti essenziali. Il primo, il più risalente, è rappresentato dalla dottrina della ineseguibilità, mentre il secondo, ben più rilevante, è rappresentato dalla già citata sentenza della Corte costituzionale n. 113 del 2011, con cui si è introdotto un caso di revisione nuovo nel sistema. Quanto all'indirizzo più risalente – che forse non può dirsi del tutto superato¹³ – esso ha le proprie origini nel caso Cat Berro, del 2005, trovando poi successivamente sviluppo nei casi Somogyi e Dorigo¹⁴. La soluzione giurisprudenziale ideata consente di porre la condanna divenuta definitiva, ma dichiarata iniqua, in una sorta di limbo:

¹³ Il riferimento è al c.d. “Caso Scoppola” (v. *supra*, cap. II, § 9), o, per meglio dire, ai casi analoghi a quello menzionato. È ad essi applicabile il dovere di commutare la pena dell'ergastolo in 30 anni di reclusione, o ciò è precluso, non avendo gli interessati proposto ricorso davanti alla Corte e.d.u.? Sul tema, come già ricordato, le Sezioni Unite, il 19 aprile 2012, hanno rimesso la questione alla Corte costituzionale. Il punto che qui interessa evidenziare riguarda l'attualità del rimedio apprestato attraverso l'incidente d'esecuzione, e in particolare del ricorso per ineseguibilità del provvedimento *ex art.* 670 c.p.p.: la Cassazione mostra infatti, in alcune decisioni anche successive alla sentenza 113 del 2011, di ritenerlo ancora praticabile.

¹⁴ Si tratta in particolare delle note sentenze Cass., Sez. I, 22 settembre 2005, n. 35616, Cat Berro, in *Guida al diritto*, n. 43, p. 84, con commento di E. SELVAGGI, *I dispositivi della Corte europea possono travolgere il giudicato*, p. 86 s.; Cass., Sez. I, 18 maggio 2006, Somogyi, in *Dir. e giust.*, 2006, n. 48, p. 51, con nota di G. UBERTIS, *Contumaci, doppia restituzione in termine. Ma la legge italiana non risulta ancora adeguata alla C.e.d.u.*, e in *Cass. pen.*, 2007, p. 1002, con nota di A. TAMIETTI, *Un ulteriore passo verso una piena esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di equo processo: il giudicato nazionale non è di ostacolo alla riapertura dei processi*; Cass. Sez. I, 1 dicembre 2006, Dorigo, n. 2800 in *Cass. pen.*, 2007, p. 1441, con nota di L. DE MATTEIS, *Le sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo ed il giudicato penale: osservazioni intorno al caso “Dorigo”*. Per un'analisi dei passaggi interpretativi effettuati nelle singole decisioni menzionate, si rinvia all'esauritivo contributo di E. APRILE, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano. I meccanismi di adeguamento interno della giurisprudenza della Cassazione: da Dorigo a Drasich*, cit., *sub* § 2 e 3. Per una visione *ab externo* del medesimo problema – vale a dire visto dall'ottica della Corte europea – 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*, cit., p. 67 s.

essa, benché esistente, non produce effetti. La giustificazione che se ne offre è di tenore più evocativo che dimostrativo: richiama, in altre parole, una tendenza – quella del nostro ordinamento di adeguarsi al sistema C.e.d.u., nel suo complesso – per ricavarne come conseguenza l'impossibilità di dare esecuzione ai giudicati di condanna dichiarati iniqui¹⁵. A tale primo percorso argomentativo se ne affianca un altro, fondato sul recepimento della soluzione indicata dalla Corte e.d.u. nel caso Stoichkov. Secondo la Cassazione, ove si desse attuazione ad una condanna dichiarata frutto di un processo iniquo ad opera della Corte di Strasburgo, si potrebbe incorrere nella violazione dell'art. 5 C.e.d.u. Infatti, la detenzione disposta in forza di una sentenza emessa a conclusione di un processo in cui è stato violato un diritto fondamentale rischierebbe di essere considerata illegittima alla stregua della disposizione convenzionale richiamata¹⁶.

¹⁵ Le fonti vigenti – questo il percorso argomentativo – dimostrerebbero la prevalenza delle norme convenzionali su quelle interne. Indice di questa prevalenza può essere ricavato dall'art. 46 C.e.d.u., come riformato con l'approvazione del Protocollo 14 del 13 maggio 2004, ratificato con la legge 15 dicembre 2005 n. 280 e, all'epoca, non ancora entrato in vigore a causa della mancanza del numero necessario di ratifiche; ancora, dalla legge 9 gennaio 2006, n. 12. che, interpolando l'art. 5 comma 3 della legge n. 400 del 1988 – riguardante la disciplina dell'attività di Governo e l'ordinamento della Presidenza del Consiglio dei Ministri – con la lettera *a-bis*, ha prescritto che il Presidente del Consiglio debba promuovere gli adempimenti di competenza governativa conseguenti alle pronunce della Corte e.d.u. emanate nei confronti dello Stato italiano (ponendo il Parlamento in condizione di seguire e verificare le modalità di tale attività di adeguamento agli ordini provenienti dalla Corte di Strasburgo); infine, segno della volontà del legislatore di adeguarsi ai dettami della Corte europea, se del caso limitando la portata del giudicato formato in sede nazionale, sarebbe rappresentata dalla riforma del d. p. R. 14 novembre 2002, n. 313, testo unico sul casellario giudiziale. Come noto, l'art. 19 (R) di tale decreto legislativo prevede, ai commi *2-bis* e *2-ter*, aggiunti nel 2005 che l'ufficio centrale debba iscrivere nel sistema l'estratto delle decisioni definitive adottate dalla Corte e.d.u. nei confronti dello Stato italiano, concernenti i provvedimenti giudiziari definitivi delle autorità nazionali già iscritti nel medesimo casellario. Nel caso di inerzia degli uffici competenti, è dato inoltre diritto all'interessato di presentare istanza affinché nel casellario sia iscritto il provvedimento promanante dalla Corte di Strasburgo.

¹⁶ Con la sentenza 26 giugno 2005 nel procedimento contro la Repubblica Bulgara instaurato da Emil Georgiev Stoichkov (appl. no. 9808/02), si è stabilito che, una volta riconosciuto che la condanna è stata emessa a conclusione di un processo non equo – cioè in violazione di una delle disposizioni dell'art. 6 della Convenzione – la privazione della libertà conseguente alla esecuzione di detta condanna deve considerarsi non legittima, violando l'art. 5 della Convenzione. V. sul punto

Forti sono state le critiche avverso questa prima soluzione innovativa (critiche – vale la pena evidenziarlo – senza dubbio fondate, sul piano dei canoni tradizionali d’interpretazione del diritto). Innanzi tutto, si è osservato, le ipotesi di iniquità sulla quali si fonda tipicamente la pronuncia della Corte e.d.u. – quelle ove si applichi l’art. 6 par. 3 C.e.d.u. – paiono richiamare, con tutti i distinguo del caso, forme in senso lato di invalidità degli atti, se guardate con la lente del diritto interno: e come tali, esse dovrebbero considerarsi definitivamente precluse con il giudicato, senza poter più essere riproposte in sede esecutiva¹⁷. Peraltro, l’art. 670 c.p.p. non sembra applicabile alla ipotesi qui esaminata, postulando come condizione l’inesistenza del titolo giuridico¹⁸, vale a dire il mancato formarsi della irrevocabilità del provvedimento decisorio di condanna, cui soltanto è legata l’impossibilità di dar seguito alla pena inflitta. Nei casi in questione – al contrario – il giudicato si è formato (*en passant*: esso costituisce la condizione affinché il ricorso a Strasburgo sia ammissibile, *ex art. 34 C.e.d.u.*): ogni questione sulla validità degli atti che se ne pongano a fondamento dovrebbe dunque darsi per superata in via definitiva.

Le critiche mosse dalla dottrina non hanno dissuaso la giurisprudenza dal proseguire per la strada intrapresa, tesa a recepire gli

M. CAIANIELLO, *Il “caso Pupino”: riflessioni sul nuovo ruolo riconosciuto al giudice alla luce del metodo adottato dalla Corte di Giustizia*, in F. SGUBBI, V. MANES (a cura di), *L’interpretazione conforme al diritto comunitario in materia penale*, Bologna, BUP, 2007, pp. 89-101 (in particolare pp. 93-94).

¹⁷ F. CAPRIOLI, D. VICOLI, *Procedura penale dell’esecuzione*, Torino, Giappichelli, 2011, pp. 265-266. Per ulteriori critiche alla soluzione ermeneutica qui descritta, secondo la quale il giudicato di condanna dichiarato dalla Corte e.d.u. in violazione del testo convenzionale va considerato inesequibile, cfr. M. CAIANIELLO, *Profili critici e ipotesi di sviluppo nell’adeguamento del sistema interno alle sentenze della Corte europea dei diritti dell’uomo*, in V. MANES, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo nell’ordinamento penale italiano*, cit., p. 558.

¹⁸ Rientrano nella previsione normativa di cui all’art. 670 c.p.p., secondo l’interpretazione tradizionale, il controllo sulla esistenza, sulla legittimità, sulla emissione ed esecuzione della relativa notifica del titolo esecutivo (Cass., Sez. I, 21 maggio 2009, Tosti Croce, in *Riv. pen.*, 2012, p. 788; Cass., Sez. I, 8 gennaio 2010, Sassano, *ivi*, p. 338). Tipicamente, invece, sono precluse le questioni attinenti ai vizi verificatisi nel corso del giudizio di cognizione (Cass., Sez. I, 20 settembre 1991, Fortinelli, in *Giur. it.*, 1992, II, p. 734). Cfr. sul tema F. CAPRIOLI, D. VICOLI, *Procedura penale dell’esecuzione*, cit., pp. 264-265.

orientamenti della Corte e.d.u. nell'ambito interno: al contrario, si è tentati di supporre, l'hanno indotta a rompere gli indugi, e a spingersi verso soluzioni più nette e dotate di maggior chiarezza, sebbene dirompenti sul piano politico e sistematico.

La svolta determinante, come si è detto, si è avuta quindi con la sentenza della Corte costituzionale n. 113 del 2011, con la quale si è dichiarato illegittimo l'art. 630 c.p.p. nella parte in cui non consente la 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 par. 1 C.e.d.u. Si tratta del punto di approdo finale di un percorso avviato qualche anno prima, e teso a introdurre in via giurisprudenziale un meccanismo di ricelebrazione del processo ove lo richieda la Corte di Strasburgo¹⁹. Di questa decisione, sulla quale sono state condotte numerose analisi ed approfondimenti²⁰, è utile riportare un passaggio, di estremo rilievo ai fini della ricerca in corso. Si tratta dell'emergere di una nuova forma di invalidità. Ne accenna in maniera non ambigua la stessa Corte costituzionale, quando afferma che l'ipotesi di revisione in parola comporta, nella sostanza, una deroga al principio per cui i vizi processuali restano

¹⁹ Il primo segnale era stato offerto dalla sentenza sul caso Drassich – in precedenza menzionata – Cass., Sez. VI, 12 novembre 2011, n. 45807, in *Cass. pen.*, 2009, p. 1457 con nota di M. CAIANIELLO, *La riapertura del processo ex art. 625 bis c.p.p. a seguito di condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 1465 s. e L. DE MATTEIS, *Condanna da parte della corte europea dei diritti dell'uomo e revoca del giudicato interno*, p. 1474 s. L'ultima sentenza sul caso Drassich, non ancora pubblicata, è Cass., Sez. VI, 25 maggio 2009, n. 1065, in C.e.d. n. 244971.

²⁰ Tra esse cfr. M. GIALUZ, *Una sentenza "additiva di istituto": la corte costituzionale crea la "revisione europea"*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 3308; S. LONATI, *La Corte costituzionale individua lo strumento per dare attuazione alle sentenze della Corte europea: un nuovo caso di revisione per vizi processuali*, in www.penalecontemporaneo.it; P. GAETA, *Cedu e Corte Costituzionale: una nuova euristica giudiziale?*, in *Giustizia insieme*, 2011, p. 11 s.; G. CANZIO, *Passato, presente (e futuro?) dei rapporti tra giudicato "europeo" e giudicato penale italiano*, in *Leg. pen.*, 2011, p. 465 s.; R. E. KOSTORIS, *La revisione del giudicato iniquo e i rapporti tra violazioni convenzionali e invalidità processuali secondo le rego, e interne*, *ivi*, p. 473 s.; A. RUGGERI, *La cedevolezza della cosa giudicata all'impatto con la Convenzione europea dei diritti umani... ovverosia quando la certezza del diritto è obbligata a cedere il passo alla certezza dei diritti*, *ivi*, p. 481 s.; M. CHIAVARIO, *La Corte costituzionale ha svolto il suo compito: ora tocca ad altri*, *ivi*, p. 495; N. ROMBI, *Riflessioni in tema di revisione del giudicato penale*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 1157 s.

coperti dal giudicato. Il problema era già stato colto dalla più attenta dottrina prima della sentenza qui esaminata²¹, e pare confermare la tesi sostenuta nel presente lavoro, vale a dire il cambiamento genetico in atto del metodo di individuazione e applicazione delle invalidità nel processo penale.

Se dunque si traggono le fila del percorso compiuto, due appaiono le conclusioni sostenibili. Da un lato, quella più generale, della superiorità, anche nel diritto processuale penale, delle fonti C.e.d.u. su quelle nazionali; dall'altro, nello specifico, l'affermarsi di questa superiorità attraverso un cambiamento imposto al sistema delle invalidità. In definitiva, lo stigma impresso dalla nuova superiorità del diritto C.e.d.u. su quello interno nel nostro campo pare colpire proprio il settore delle invalidità degli atti.

c. Il metodo antiformalistico ed empirico attuato dalla Corte e.d.u., e il suo affermarsi all'interno del nostro ordinamento.

Partendo dall'approdo cui si è giunti, si tratta ora di cercare di comprendere come – vale a dire con che qualità intrinseche – la menzionata superiorità si affermi nel settore delle invalidità. In altre parole, in che cosa consista l'evocato “mutamento genetico”, nel settore di riferimento. Vale la pena, a tal proposito, ribadire quanto osservato in precedenza: l'approccio ai problemi processuali fatto proprio dalla Corte e.d.u. è del tutto antiformalistico, e orientato alle conseguenze in concreto. Sotto quasi ogni profilo, di quelli toccati dalla principale disposizione di riferimento – l'art. 6 C.e.d.u. – la Corte ha adottato, sin dall'inizio del proprio operare, un metodo empirico-sostanzialista, disinteressandosi prevalentemente dell'applicazione delle norme di diritto interno. Per meglio dire, la Corte di Strasburgo tradizionalmente non ritiene, per risolvere la questione ad essa sottoposta, di dover applicare il diritto nazionale dello Stato contraente in seno al quale ha tratto origine il ricorso ad essa rivolto. Del resto, tale scelta è del tutto razionale. Se infatti la Corte avesse optato per la soluzione opposta, cercando ogni volta di reinterpretare

²¹ 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*, Torino, Giappichelli, 2008, pp. 9-10.

tare il diritto dello Stato contraente nell'ottica della Convenzione, si sarebbe trovata nella impossibile missione di familiarizzare con le più diverse sfaccettature di – ad oggi – 47 sistemi differenti. Il che, ovviamente, è apparso del tutto impraticabile, per quanto in origine i Paesi contraenti fossero meno degli attuali.

Ne è derivato che, lungi dal pretendere di interloquire sulle tecniche legali relative all'applicazione dei diritti nazionali, la Corte e.d.u. ha optato per sviluppare una propria giurisprudenza, derivata direttamente dai principi generali previsti nella Convenzione: una giurisprudenza che potesse essere sufficientemente antiformalistica e flessibile da adattarsi alle diverse realtà nazionali, senza adottarne alcuna in pieno, indicando linee ermeneutiche capaci di costituire una sorta di *standard* minimo²² comune per ogni tradizione giuridica nazionale. A ben vedere, tale scelta si giustifica, forse ancor prima che per le ragioni pratiche sinora evidenziate, 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. *Mutatis mutandis*, è quanto si è verificato davanti alle giurisdizioni penali internazionali, ove è esplicitamente stabilito il dovere di non recepire passivamente alcuna soluzione tecnica tipica di un solo Paese, così implicitamente favorendosi lo sviluppo di modelli ibridi, in cui tutti possano riconoscersi, almeno in parte²³.

Basta un rapido richiamo alla giurisprudenza di Strasburgo su alcuni dei più noti principi previsti dalla C.e.d.u. per aver chiaro in pratica in che cosa sia consistito il metodo di lavoro olistico²⁴ e antiformale evocato sinora in termini generali. Così, ad esempio, il diritto a esaminare e controesaminare è stato inteso come implicante un mero diritto di fare, ma non di escludere. In quella prerogativa,

²² In tal senso P. FERRUA, *Il "giusto processo"*, 3ª ed., Bologna, Zanichelli, 2012, pp. 200-201.

²³ Sul punto cfr. M. CAIANIELLO, *Ammissione della prova e contraddittorio davanti alle giurisdizioni penali internazionali*, Torino, Giappichelli, 2008, p. 195.

²⁴ Di metodo olistico parla V. VALENTINI, *Diritto penale intertemporale. Logiche continentali ed ermeneutica europea*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 43.

in altre parole, la giurisprudenza C.e.d.u. coglie il dovere per ciascuno Stato di consentire, nell'ambito della propria procedura, un momento di confronto con i testimoni introdotti dalla controparte, senza che ciò determini il dovere di esclusione di prove unilateralmente formate fuori del contraddittorio²⁵.

Un approccio analogo è stato riservato alla conoscenza della natura e dei motivi dell'accusa, e alle modifiche della regiudicanda operate in giudizio. Ciò che importa, per aversi rispetto della Convenzione, è che l'imputato, in concreto, sia stato posto in grado di conoscere per tempo ogni aspetto, in fatto e in diritto, concernente l'accusa mossa a suo carico, e abbia potuto metterne in dubbio il fondamento (mentre non è necessario che l'ordinamento preveda un passaggio formale – analogo a quello contemplato nel nostro codice alla disciplina delle nuove contestazioni in dibattimento – con cui il requirente contesti gli emendamenti apportati all'addebito originario)²⁶.

²⁵ Sul tema si rinvia a M. DANIELE, *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*, Torino, Giappichelli, 2009, pp. 141-144; Id., *La regola di esclusione della prova e giurisprudenza della Corte europea: profili di potenziale conflitto*, in A. BALSAMO, R. E. KOSTORIS, *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, cit., p. 385 s., con ampi riferimenti dottrinari e giurisprudenziali.

²⁶ Sul punto si vedano, fra le pronunce significative ai nostri fini, Corte e.d.u., Grande Camera, 25 marzo 1999, caso Pélissier et Sassi c. France n. 25444/94, § 51; Sez. II, 19 marzo 2007, caso Mattei c. France, n. 34043/02, § 34 s.; Sez. IV, 6 novembre 1999, caso Sadak et autres c. Turquie, n^{os} 29900/96, 29901/96, 29902/96 et 29903/96, § 54. Ancora, cfr. la nota decisione sul caso Drassich (C. e.d.u., 11 dicembre 2007, Drassich c. Italia), in cui, al § 34, si osserva: «*Les dispositions de l'article 6 § 3 a) n'imposent aucune forme particulière quant à la manière dont l'accusé doit être informé de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui. Il existe par ailleurs un lien entre les alinéas a) et b) de l'article 6 § 3 et le droit à être informé de la nature et de la cause de l'accusation doit être envisagé à la lumière du droit pour l'accusé de préparer sa défense (Pélissier et Sassi c. France précité, §§ 52-54). Si les juridictions du fond disposent, lorsqu'un tel droit leur est reconnu en droit interne, de la possibilité de requalifier les faits dont elles sont régulièrement saisies, elles doivent s'assurer que les accusés ont eu l'opportunité d'exercer leurs droits de défense sur ce point d'une manière concrète et effective. Ceci implique qu'ils soient informés, en temps utile, non seulement de la cause de l'accusation, c'est-à-dire des faits matériels qui sont mis à leur charge et sur lesquels se fonde l'accusation, mais aussi de la qualification juridique donnée à ces faits et ce d'une manière détaillée*». Tutte le decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo sono consultabili, come noto, sul suo sito web istituzionale, all'indirizzo internet <http://cmiskp.echr.coe.int>. Sul tema, si rinvia a R. E. KOSTORIS, *Di-*

Infine, un metodo che ripropone la medesima ragion pratica è stato applicato in materia di regole di esclusione della prova. In questo settore due sono i paradigmi che inducono all'affermarsi del pregiudizio effettivo su quello della verifica formale sulla validità dell'atto. In primo luogo, gioca nel senso predetto l'inquadramento del problema giuridico nell'alveo delle regole di valutazione, piuttosto che in quelle di esclusione. Per essere più chiari, la Corte non di rado giustifica il vizio eventualmente occorso – secondo la nostra accezione, si potrebbe dire che essa lo considera sanato – quando nel prosieguo della procedura siano stati predisposti dall'ordinamento nazionale metodi di verifica dell'attendibilità dei risultati probatori illegalmente ricavati. È il caso dell'utilizzo *erga alios* di dichiarazioni ottenute grazie all'opera di agenti operanti sotto copertura. Come scontato, in gioco v'è la tutela del diritto al silenzio dell'interessato, nonché del diritto di poter essere assistito da un difensore nel momento in cui si decida di rendere una dichiarazione²⁷: chi parla, in tali casi, non è infatti consapevole di aver di fronte l'autorità inquirente, e ritiene di trovarsi in un comune colloquio con un *quivis de populo*. In tali ipotesi, la lesione del diritto difensivo della persona ascoltata non automaticamente finisce per dare luogo a una violazione dell'art. 6 C.e.d.u, ove nel prosieguo del procedimento gli interessati – includendo nel termine anche gli agenti che hanno condotto l'operazione – siano stati sentiti in contraddittorio, davanti al giudice: vale a dire con un metodo idoneo a verificare l'attendibilità

versa qualificazione giuridica del fatto in cassazione e obbligo di conformarsi alle decisioni della Corte europea dei diritti umani: considerazioni sul caso Drassich, in *Giur. it.*, 2009, p. 2514 s.; L. DE MATTEIS, *Diversa qualificazione giuridica dell'accusa e tutela del diritto di difesa*, in A. BALSAMO, R. E. KOSTORIS, *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, cit., p. 215 s.; M. CAIANIELLO, *Mutamento del nomen iuris e diritto a conoscere la natura e i motivi dell'accusa ex art. 6 C.e.d.u: le possibili ripercussioni sul sistema italiano*, in *Giust. pen.*, 2008, I, p. 165 s.; L. PARLATO, *Riapertura del processo iniquo per modifica "viziata" del nomen iuris*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 1584 s.; F. ZACCHÉ, *Cassazione e iura novit curia nel caso Drassich*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 781 s.

²⁷ Secondo la Corte e.d.u. tale diritto deve essere riconosciuto sin dal primo momento in cui una persona nei confronti della quale emergano indizi di reità venga a contatto con le autorità inquirenti (siano esse forze di polizia, pubblico ministero o giudice istruttore: Corte e.d.u., *Berlinski c. Polonia*, 20 giugno 2002, §76; *Brennan c. Regno Unito*, 16 ottobre 2001, § 45).

dei dati probatori in un primo momento raccolti in spregio di diritti dell'individuo, e con metodi inaffidabili²⁸. A tali condizioni, sebbene in linea di principio possa ritenersi configurata una inottemperanza all'art. 6 par. 3 C.e.d.u., il processo non può essere considerato nella sua globalità iniquo. Lasciando da parte quanto discutibile possa apparire una soluzione del genere – se adottiamo i parametri tipici della nostra tradizione – ne risulta confermato quanto asserito in partenza: la riconduzione dell'errore *in procedendo* a regola di valutazione, piuttosto che a regola di esclusione, da un lato permette di non riconoscere il vizio, o per così dire di darlo per sanato; dall'altro è figlia di un approccio antiformalistico e orientato alle conseguenze in materia di applicazione della legge processuale²⁹.

V'è poi un altro strumento che nel settore delle regole probatorie consente di consolidare il metodo empirico e antiformale: esso consiste nel bilanciamento degli interessi in concreto. Talora, anche violazioni gravi e gravissime, come il diritto a non essere sottoposti a trattamenti inumani o degradanti, di per sé possono non essere sufficienti a condurre ad una declaratoria di iniquità, ove la posta in gioco sia esiziale – per esempio si tratti di salvare una vita. È quanto si stabilisce, in particolare, nel così discusso caso Gäfgen³⁰, ove con un sofferto voto a maggioranza, si è giunti in seconda istanza a decidere che la violazione dell'art. 3 C.e.d.u. perpetrata dalla polizia non conduce automaticamente all'iniquità del processo, ove si tratti

²⁸ Corte e.d.u., Bannikova c. Russia, 4 novembre 2010, § 55-59.

²⁹ Per una efficace critica alla confusione tra regole di esclusione e regole di valutazione, cfr. M. DANIELE, *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*, cit., *passim*. La tesi principale dell'opera è che i due concetti vadano tenuti ben distinti: del resto, le regole di esclusione sono rigide, e implicano giudizi interpretativi; mentre, al contrario le regole di valutazione sono flessibili, e implicano giudizi ricognitivi. Si noti tuttavia come anche l'Autore riconosca che nuove forme ibride di regole d'esclusione, predicanti giudizi ricognitivi – che invece sul piano dogmatico dovrebbero sempre essere evitati in tale campo – appaiano in via d'affermazione: è il caso dell'art. 512-bis c.p.p., o dell'art. 69 dello Statuto della Corte penale internazionale (cfr. l'opera menzionata alle pp. 44-45, 47-52).

³⁰ Corte e.d.u., Gran Camera, Gäfgen c. Germania, 1 giugno 2010, n. 22978/05. Sul tema del bilanciamento operato dalla Corte europea, cfr. D. VICOLI, *Ammissione della prova e divieti probatori*, in G. ILLUMINATI (a cura di), *Prova penale e Unione europea*, Bologna, BUP, 2009, p. 28.

si salvaguardare altri valori di primaria importanza (in quella vicenda – è noto – occorre cercare di evitare la morte della vittima⁵¹).

Del resto, e non potendoci soffermare su ogni aspetto della giurisprudenza di Strasburgo, che il criterio del pregiudizio effettivo costituisca una sorte 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. come modificato dopo l'entrata in vigore del XIV Protocollo. Il nuovo testo pone due condizioni di ammissibilità per tutti i ricorsi: da un lato, non può essere considerato ricevibile – secondo il par 3 lett. a della previsione menzionata – il ricorso che appaia manifestamente infondato o abusivo («*the application is [...], manifestly ill-founded, or an abuse of the right of individual application*»); dall'altro, e soprattutto, 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

⁵¹ Va qui sottolineato che la Corte è apparsa tornare sui propri passi successivamente, nel caso *Othman v. Regno Unito* (Corte e.d.u., Quarta Sezione, *Othman (Abu Qatada) c. Regno Unito*, 9 maggio 2012, n. 8139/09). In *Gäfgen* la Corte aveva distinto tra tortura e trattamenti inumani o degradanti, osservando come, per questi ultimi, non si potesse escludere la possibilità di un bilanciamento tra la violazione – pur grave – sofferta dal ricorrente e altri fattori (lievità della lesione in concreto; reazione adeguata dell'ordinamento nazionale sul piano sostanziale – gli agenti di polizia erano nella vicenda interessata stati, sia pur in modo lieve, puniti; posta in gioco). In *Othman* pare cadere, da un lato, la distinzione tra tortura e altri trattamenti inumani o degradanti; dall'altro, ogni possibilità di bilanciamento, ogniquale volta vi sia una qualunque violazione dell'art. 3 C.e.d.u. Che l'*overruling* di *Othman* possa dirsi diritto consolidato, è tuttavia ancora da verificare: troppe infatti le differenze di contesto rispetto a *Gäfgen*. In questo, si trattava di stabilire se censurare un Paese contraente per la condanna di un individuo, colpevole di un delitto tra i più gravi (l'omicidio di un bambino). In *Othman*, invece, occorre decidere se potesse essere estradato verso un Paese non europeo – né parte della Convenzione – un individuo che avrebbe rischiato di essere sottoposto, nello Stato di destinazione, a un processo ingiusto: ingiusto, in particolare, poiché appariva probabile l'ipotesi che venissero ammesse e usate contro di lui dichiarazioni rese da altri imputati mentre sottoposti a tortura o a trattamenti inumani o degradanti. Peraltro, la decisione di *Gäfgen*, a differenza di *Othman*, è stata adottata dalla Gran Camera, a seguito di un complesso e articolato dibattito, di cui danno conto, almeno parzialmente, le opinioni singole, concorrenti o dissenzienti, di diversi giudici.

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. Fatte le debite proporzioni, è ipotizzabile si verifichi quanto avvenuto successivamente alla decisione nel caso Sulejmanovi³², ove gli spazi minimi che secondo la Corte e.d.u. devono essere a disposizione di ogni detenuto, se non si vuole incorrere nella violazione del divieto di infliggere trattamenti inumani e degradanti, sono stati ritenuti, almeno a parole, immediatamente vincolanti dal Governo italiano. In altre parole, è realistico assumere che quello *standard* minimo che, per forze di cose, 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:

³² Corte e.d.u., Sezione Seconda, Sulejmanovic c. Italia, 6 novembre 2009, n. 22635/03. Cfr. *Anno giudiziario 2010: relazione del Ministero - Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria*, consultabile al sito web: http://www.giustizia.it/giustizia/it/contentview.wp?previousPage=mg_14_7&contentId=ART149091.

Citando direttamente il passaggio di rilievo: «Per quanto riguarda i detenuti di alta sicurezza (1.500 dei quali sono stati declassificati, dopo l'introduzione di nuovi criteri di inserimento nel circuito, adottati nell'aprile del 2009 in un'ottica maggiormente preventiva mirata a contrastare la crescente aggressività della criminalità organizzata di tipo mafioso) è stata attribuita ai Provveditori Regionali la facoltà di aumentare la ricettività delle camere detentive riservate ai reparti AS3, secondo gli stessi criteri vigenti per i reclusi comuni. Pertanto, a parità di spazi disponibili, è stata resa possibile l'allocazione nella stessa cella di tre o più reclusi AS3, tenendo presente la composizione dei gruppi di socialità. Tale operazione di recupero degli spazi allocativi per le sezioni comuni è stata dettata anche dalla necessità di contemperare le esigenze penitenziarie ed i principi costituzionali che presiedono all'esecuzione della pena, specie alla luce della recente sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo che ha condannato l'Italia per trattamento inumano e degradante nei confronti di un detenuto al quale non era stato garantito sufficiente spazio nella camera detentiva a causa del sovraffollamento dell'istituto (sentenza *Sulejmanovic* del 16 luglio 2009)».

in particolare, quelli tipici degli ordinamenti di stampo continentale, improntati alla logica e alla tecnica kelseniana³³.

3. *Il diritto processuale penale della Unione europea a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. Ricadute sul metodo di individuazione e applicazione delle invalidità processuali*

A fianco del più tradizionale fattore di condizionamento esercitato dal sistema ruotante intorno alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, si pone il diritto della Unione europea, la cui capacità espansiva pare ancor maggiore, se confrontata al sistema C.e.d.u., sebbene al momento si tratti di potenzialità in buona parte non portate a compimento in concreto. Nato come terzo pilastro con il Trattato di Maastricht³⁴, il settore della cooperazione giudiziaria in ma-

³³ Quello che rimarrebbe, come eredità del vecchio metodo giuspositivistico, è la capacità di dar vita a una grammatica comune. Ma ormai il nuovo metodo della scienza penale sarebbe irrimediabilmente discorsivo e critico, in quanto fatto da diversi attori, che usano diversi linguaggi. In sostanza, il metodo tradizionale viene ancor invocato solo al fine di farsi interprete e strumento di raccordo tra i diversi poteri dello Stato. In tal senso, cfr. M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale*, cit., p. 61. V. anche, sul tema specifico delle invalidità del processo penale nel quadro del nuovo sistema europeo, I. BORASI, *Le invalidità spurie nel processo penale*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2012, p. 126 s.

³⁴ Come noto, nell'ideare l'Unione Europea con il Trattato di Maastricht, se ne è stabilita la struttura in pilastri. L'Unione, architrave unificante del sistema, poggia su tre colonne, la Comunità europea, la cooperazione nei settori della politica estera e della difesa, quella nel settore della giustizia e degli affari interni. Sul c.d. "Terzo pilastro" cfr. R. SICURELLA, *Il Titolo VI del Trattato di Maastricht e il diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1997, p. 1317 s.; J. MONAR, J. MORGAN (eds.), *Justice and Home Affairs in the European Union. The Development of the Third Pillar*, Brussels, European University Press, 1995, in particolare gli interventi di M. DE BOER, *Police, customs and Judicial Cooperation in the Treaty on European Union*, p. 191 s.; M. BONN, *Judicial Cooperation under Title VI: a first assessment in the light of practical experiences*, p. 211. Per un'ampia rassegna bibliografica, si rinvia a E. CHITI, M. E. FAVILLA, L. LIMBERTI, *Il terzo pilastro: una rassegna*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.* 1997, p. 799 s. Vedi anche H. LABAYLE, *La coopération dans les domaines de la Justice et des Affaires Intérieures*, in AA.VV., *Les Accords de Maastricht et la constitution de l'Union Européenne*, Paris, Montchrestien, 1995, p. 150; P. FIMIANI, *La tutela penale delle finanze comunitarie. Profili sostanziali e processuali*, Milano, Giuffrè, 1999, pp. 51-67.

teria penale ha conosciuto uno sviluppo imprevedibile, per dimensioni e qualità, a partire dalla metà del decennio scorso, per subire poi una ulteriore accelerazione a seguito della entrata in vigore del Trattato di Lisbona.

a. L'interpretazione conforme

Il primo strumento con il quale vengono messi in tensione i tradizionali canoni della legalità continentale è rappresentato dalla c.d. interpretazione conforme (istituto peraltro ben conosciuto anche in seno alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, e a quella italiana che con essa si è rapportata a partire dal 2007⁵⁵). La possibilità di simile nuova via ermeneutica fu inaugurata con il caso Pupino⁵⁶, ed è presto stata oggetto di applicazione in diversi ambiti del nostro ordinamento, ogniquale volta si trattasse di adeguare una previsione adottata dal legislatore nazionale ad altra di fon-

⁵⁵ Come si è evidenziato in precedenza, le sentenze della Corte costituzionale con le quali si eleva a fonte sovraordinata rispetto alla legge ordinaria il diritto della C.e.d.u. fanno riferimento, in primo luogo, alla interpretazione conforme. Secondo l'insegnamento traibile da quelle pronunce, infatti, il giudice ordinario è tenuto ad attivare, ove possibile, ogni torsione interpretativa capace di conciliare il dettato normativo interno rispetto al tracciato convenzionale ed alla relativa giurisprudenza; e solo dove una tale interpretazione "convenzionalmente" conforme non sia permessa dal testo della norma nazionale, è necessario sollevare questione di illegittimità costituzionale ai sensi dell'art. 117 comma 1 Cost. Passaggi argomentativi analoghi si rinvencono anche in alcune decisioni della Corte di Cassazione. Cfr., ad esempio, Sez. VI, 12 novembre 2008, Drassich, in *Cass. pen.*, 2009, p. 1457.

⁵⁶ CGCE, 16 giugno 2005, C-105/03, Pupino, in *Cass. pen.* 2005, 3167 s. Sul caso Pupino si vedano S. ALLEGREZZA, *Il caso "Pupino": profili processuali*, in F. SUGBBI, V. MANES (a cura di), *L'interpretazione conforme al diritto comunitario in materia penale*, Bologna, BUP, 2007, p. 53 s. (in particolare pp. 64-76); V. MANES, *L'incidenza delle "decisioni-quadro" sull'interpretazione in materia penale: profili di diritto sostanziale*, in *Cass. pen.*, 2006, pp. 1151-1153; Id., *Metodo e limiti dell'interpretazione conforme alle fonti sovranazionali in materia penale*, in *Arch. pen.*, 2012, n. 1, p. 1 s. (in particolare p. 11); B. PIATTOLI, *La tutela dei diritti fondamentali: i principi della decisione quadro e le garanzie della normativa derivata*, in M. BARGIS, E. SELVAGGI (a cura di), *Mandato d'arresto europeo. Dall'estradizione alle procedure di consegna*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 175. Si veda inoltre L. LUPARIA, *Una recente decisione della Corte di giustizia sull'allargamento delle ipotesi di audizione del minore in incidente probatorio*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 3544. Ancora, con diversi argomenti e considerazioni, A. FABBRICATORE, *Caso Pupino: sul riconoscimento dell'efficacia diretta delle decisioni quadro*, in *Dir. pen. e proc.*, 2006, p. 640 s.

te europea (in particolare, nel settore della cooperazione giudiziaria penale). In linea generale, il metodo in questione non dovrebbe rappresentare nulla di nuovo: si tratta di una tecnica con la quale il giudice, posto di fronte a diverse soluzioni plausibili, è tenuto a privilegiare quella più armonica con un altro testo normativo, di rango superiore. È quanto si richiede per l'interpretazione conforme a Costituzione.

Sennonché, tradotto in chiave europea, il medesimo metodo pare assumere un volto sensibilmente diverso, e tale da porre in più forte tensione il principio di legalità. Il caso Pupino ora evocato ben si presta a individuare le peculiarità del modo europeo di intendere il concetto di interpretazione conforme. La soluzione interpretativa richiesta in quella pronuncia dalla Corte di Lussemburgo non si fonda infatti su una fonte normativa concernente l'*idem punctum*. La decisione quadro invocata a fondamento della pronuncia infatti non affrontava il problema tecnico della precostituzione della prova per prevenirne la possibile dispersione, né si soffermava specificamente sulle modalità di escussione necessarie per proteggere il testimone vulnerabile, limitandosi a dettare generali linee guida di tutela della vittima in alcuni settori dell'ordinamento⁵⁷, tra cui in particolare il processo penale⁵⁸. In sostanza, in base a una fonte di carattere generale – o forse sarebbe meglio dire generica, per indicare l'assenza di riferimenti specifici al quesito posto dal giudice remittente alla Corte di Giustizia – si sollecita l'integrazione di una norma dell'ordinamento interno di carattere eccezionale e di tenore tassativo. Per tirare le somme, si può dire che si deroga ad una inequivoca previ-

⁵⁷ Si veda la nozione di "procedimento" fatta propria dall'art. 1 lett. *d* della decisione quadro.

⁵⁸ In particolare, l'art. 2 della decisione quadro 2001/220/GAI, in G.U.C.E., 22 marzo 2001, L082, si limita a richiedere che gli ordinamenti interni assicurino il rispetto della dignità personale della vittima; l'art. 8 comma 4, a sua volta, richiede che, ove sia necessario proteggere la deposizione della vittima nella udienza pubblica, ciò sia fatto adottando condizioni compatibili con i principi fondamentali dell'ordinamento nazionale. Come si vede, non si indicano, da un lato, soluzioni tecniche specifiche; dall'altro, le disposizioni interne del codice di procedura penale italiano appaiono ottemperare adeguatamente alle finalità stabilite con la decisione quadro (salvo, in effetti, la possibilità di acquisire in via anticipata sempre e comunque la deposizione del testimone vulnerabile: ma appare discutibile che tale esigenza rientri nel concetto di "protezione" fatto proprio dalla stessa decisione quadro).

sione di legge, il numero chiuso dei casi di incidente probatorio, invocando a giustificazione una fonte europea – la Decisione Quadro 2001/220/GAI in materia di protezione della vittima – che non si occupa specificamente del problema³⁹.

Dunque, ci troviamo di fronte ad un metodo con il quale il giudice nazionale viene sollecitato a far propria una soluzione ermeneutica non sostenibile, sul piano della interpretazione letterale e sistematica – per dirla più generalmente, in base ai tradizionali canoni tipici del nostro sistema: in sostanza, l'operatore è invitato implicitamente ad allontanarsi dalla sfera propriamente esegetica, per inoltrarsi piuttosto in quella normativa. Come osserva André Klip: «*In Pupino, the Court more or less transposed the direct application rules of Community law on third pillar law, more specifically on Framework Decisions. With reference to the ever closing union among the peoples of Europe and the necessity 'to contribute effectively to the pursuit of the Union's objectives', it held that its jurisdiction 'would be deprived of most of its useful effect if individuals were not entitled to invoke Framework Decisions in order to obtain a conforming interpretation of national law before the courts in the Member States.'* The Court circumvented the question of direct effect. That is understandable given the clear language of Article 34, paragraph 2, EU: 'They shall not entail direct effect.'»⁴⁰. In sostanza, ci troveremmo di fronte quasi ad una diretta applicazione di fonti in

³⁹ Vale la pena osservare come nella sentenza Pupino non si imponesse una soluzione specifica al giudice nazionale, ma lo si legittimasse, eventualmente, ad adottare una decisione di carattere inventivo. Nel *decisum* infatti si dispone: «Per questi motivi, la Corte (Grande Sezione) dichiara: Gli artt. 2, 3 e 8, n. 4, della decisione quadro del Consiglio 15 marzo 2001, 2001/220/GAI, relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale, devono essere interpretati nel senso che il giudice nazionale deve avere la possibilità di autorizzare bambini in età infantile che, come nella causa principale, sostengano di essere stati vittime di maltrattamenti a rendere la loro deposizione secondo modalità che permettano di garantire a tali bambini un livello di tutela adeguato, ad esempio al di fuori dell'udienza e prima della tenuta di quest'ultima. Il giudice nazionale è tenuto a prendere in considerazione le norme dell'ordinamento nazionale nel loro complesso e ad interpretarle, per quanto possibile, alla luce della lettera e dello scopo della detta decisione quadro».

⁴⁰ A. KLIP, *European Criminal Law*, cit., p. 67-68.

linea di principio non *self-executing*, tale da far evocare il precedente del caso Ratti⁴¹.

b. Gli effetti derivanti dal principio del mutuo riconoscimento

La questione relativa alla interpretazione conforme rappresenta una particolare forma di manifestazione del nuovo atteggiamento indotto nei giudici dal generale principio del mutuo riconoscimento. Concepito per la prima volta nel Consiglio europeo di Cardiff del 15-16 giugno 1998⁴², esso conobbe la consacrazione ufficiale al Consiglio europeo di Tampere (15-16 ottobre 1999) che lo aveva posto a «fondamento della cooperazione giudiziaria nell'Unione tanto in materia civile quanto in materia penale»⁴³. A seguito del Trattato di Lisbona, il principio in questione è divenuto il metodo principale su cui fondare l'intera cooperazione giudiziaria in materia penale, secondo quanto previsto dall'art. 82 par. 1 TFUE⁴⁴.

Se si riflette su questa svolta normativa, si coglie come essa sia in grado di produrre, nell'ambito della legalità penale, effetti ancor più rilevanti di quelli provocati dal criterio della interpretazione con-

⁴¹ Con il Caso Ratti si giunse a riconoscere la natura di fonte *self-executing* delle direttive anche non ratificate purché non sottoposte a condizioni e sufficientemente dettagliate. CGCE, 5 aprile 1979, C. 148-78, Ratti, §. 18-24.

⁴² Sul punto cfr. M. R. MARCHETTI, voce *Mandato d'arresto europeo*, in *Enc. dir.*, Annali, vol. II, t. 1, Milano, Giuffrè, 2008, p. 539.

Il principio del mutuo riconoscimento figurava dunque già nel punto 45 lett. f del Piano d'azione del Consiglio e della Commissione del 3 dicembre 1998, che lo riteneva la migliore modalità di attuazione delle disposizioni del Trattato di Amsterdam relative allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Per un chiaro e sintetico *excursus* cfr. E. CALVANESE, G. DE AMICIS, *Dalla Convenzione di Parigi al vertice di Laeken. La lunga strada del mandato d'arresto europeo*, in *Guida al diritto*, 2002, n. 5, p. 112. V. anche L. SALAZAR, *La lunga marcia del mandato d'arresto europeo*, in M. BARGIS, E. SELVAGGI (a cura di), *Mandato d'arresto europeo. Dall'estradizione alle procedure di consegna*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 5.

⁴³ Si vedano le conclusioni del Consiglio europeo di Tampere in *Cass. pen.*, 2000, p. 302. Quella che esplicitamente si menziona nel testo è la n. 33. Sul principio in questione cfr. A. KLIP, *European Criminal Law*, cit., p. 356; M. R. MARCHETTI, voce *Mandato d'arresto europeo*, cit., p. 540.

⁴⁴ La disposizione menzionata prevede 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 all'articolo 83».

forme. Per esprimerne le conseguenze in estrema sintesi, il principio in questione estende una delle quattro libertà tipiche dell'Unione – la libertà di circolazione – alla apparentemente analoga materia delle decisioni giudiziarie. Come nell'Unione europea è da tempo prevista la possibilità di libera circolazione delle persone, dei beni, dei servizi e dei capitali, così, per superare le difficoltà che si sarebbero incontrate di fronte al tentativo di istituire sistemi normativi comuni, si è optato per adottare la logica della libera circolazione anche al settore dei provvedimenti giurisdizionali emessi in ambito penale. A questo principio consegue che, una volta adottata, una decisione giudiziaria è – in forza degli effetti derivanti dal reciproco riconoscimento – “libera di circolare” per tutti gli ordinamenti dei diversi Stati membri: in sostanza, ogni ordinamento è tenuto ad equipararla, in ogni suo aspetto, ad decisione emanata dalla propria autorità giudiziaria.

Per esprimere il concetto in forma diversa, si tratta degli esiti conseguenti alla estensione delle regole concepite per il mercato comune all'area della libertà, sicurezza e giustizia (il c.d. “Terzo Pilastro” dell'era pre-Lisbona). Tutti i principi sviluppati in seno alla Comunità europea per la realizzazione di un effettivo e unico mercato interno – quali la fedele cooperazione e la libera circolazione – vengono trasferiti (ma già lo si era cominciato a fare dopo Tampere) al settore della cooperazione in materia penale⁴⁵. In pratica, ciò comporta che un provvedimento giudiziale, se emesso da uno dei 27 Stati membri, deve essere “libero di produrre” i propri effetti giuridici in ogni ordinamento statale dell'Unione.

Ovviamente, la dottrina penalistica ha più volte criticato una simile scelta: 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 (più specificamente, le c.d. *law enforcement agencies* – le istituzioni inquirenti, requirenti e giudicanti). Lunghi dall'essere favorito, il cittadino è posto in mag-

⁴⁵ A. KLIP, *European Criminal Law*, cit., p. 20.

giore difficoltà dalla soluzione giuridica in questione, non di rado non avendo alcuna familiarità con l'ordinamento che ha adottato nei suoi confronti il provvedimento libero di circolare⁴⁶. Lo stesso dicasi per quanto concerne il ruolo del difensore: per parafrasare un detto con cui la dottrina americana stigmatizza il fenomeno della *hersay evidence* ("il racconto giusto fatto dalla persona sbagliata"), nel sistema istituito dal mutuo riconoscimento, il difensore giusto finisce per trovarsi di regola nel posto sbagliato. Avviene infatti che la difesa più efficace possa essere apprestata soltanto nel luogo – e dunque secondo l'ordinamento – in cui si trova il soggetto nei confronti del quale il provvedimento giudiziario viene applicato, vale a dire nello Stato dell'esecuzione: ciò significa, implicitamente, che di regola la difesa più efficace è in grado di intervenire a cose fatte, quando ormai è troppo tardi, dal momento che il più delle volte sarebbe stato cruciale difendersi con efficacia nello Stato di emissione, ossia prima che la decisione giudiziaria venisse adottata e messa in circolo⁴⁷.

⁴⁶ Il tema è divenuto, in tempi recenti, di crescente interesse. Si segnalano, a tal proposito, due convegni in cui si è cercato di dedicare attenzione al problema della tutela dei diritti nel settore della cooperazione per i reati transnazionali. Il primo, tenuto a Siracusa, *Transnational Inquiries and the Protection of Fundamental Rights in Criminal Proceedings*, 30 maggio - 1 giugno 2011, sotto il coordinamento scientifico di S. RUGGERI. Il secondo, organizzato a Basilea, *General Principles – Transnational Criminal Law*, sotto il coordinamento scientifico di S. GLESS. Di quest'ultimo si trova sul web la pubblicazione degli atti, al sito: <http://tcl.ius.unibas.ch/>. Si menziona a tal proposito il contributo di S. GLESS, *Transnational Cooperation in Criminal Matters and the Guarantee of a Fair Trial – Prospects and Perils for Criminal Defense*. Ancora, cfr. *XVIII Congress of the International Penal Law Association*, tenuto a Istanbul nel settembre 2009, i cui atti sono pubblicati in *Revue internationale de droit penal*, Vol. 80, 2009/3-4, p. 547 s. Su di esso si sofferma G. ILLUMINATI, *Opening Speech. Transnational inquiries in criminal matters and respect for fair trial guarantees*, in S. RUGGERI (a cura di), *Transnational Inquiries and the Protection of Fundamental Rights in Criminal Proceedings*, Springer, in corso di pubblicazione, p. 1 s. (dattiloscritto). Sul tema v. Anche R. E. KOSTORIS, *La lotta al terrorismo e alla criminalità organizzata tra speciali misure processuali e tutela dei diritti fondamentali nella risoluzione del XVIII Congresso internazionale di diritto penale*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 327 s.

⁴⁷ Questa una parte delle critiche espresse da A. KLIP, *European Criminal Law*, cit., p. 22: «*The harmonising influence of Union law related to the internal market goes beyond the strict scope of criminal law. The areas in which Union law strives for harmonisation are, in themselves, related, but that cannot be said of their influence on criminal law. That is better characterised as coincidental, and is partly dictated by the member states' choice of the realm of law (civil, administra-*

Ma se passiamo dal piano – pur di estremo rilievo – del rispetto delle garanzie a quello qui oggetto di studio – l’individuazione ed applicazione delle invalidità nel processo penale – ci accorgiamo di come il principio in questione comporti a lungo termine conseguenze potenzialmente devastanti. Esso, in sostanza, sancisce la fine delle regole, quale fonte primaria di soluzione delle questioni giuridiche, nella già citata contrapposizione dworkiniana con i principi. Se infatti un provvedimento giudiziale ha gli stessi effetti, ovunque sia emesso, a prescindere dalle specifiche regole che sovrintendono alla sua emissione, sol perché lo si postula rispondente a certi principi e a certi standard generali (quelli previsti dalla C.e.d.u, o dalla Carta dei diritti UE), 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.

Tutta la logica del mutuo riconoscimento ruota infatti attorno a questo postulato di partenza: che gli Stati possono, e dunque devono, avere reciproca fiducia dal momento che rispettano gli stessi principi. Nonostante le differenze ancora cospicue tra le diverse tradizioni giuridiche nazionali, si può trovare un terreno di forte condivisione grazie al richiamo alle Carte dei diritti (C.e.d.u., Carta di Nizza, art. 6 TUE). Tale condivisione giustifica la libera circolazione delle decisioni giudiziarie, dal momento che, proprio in quanto rispettosi degli stessi paradigmi e delle stesse salvaguardie, gli ordinamenti statali possono – e dunque devono – nutrire fiducia reciproca nei rispettivi sistemi giuridici. Il *leitmotiv* di fondo – l’invito impli-

...tive, disciplinary, criminal) in which it wishes to enforce this [...]. The Union legal order is, therefore, of a hybrid character. There is no criminal law ‘market’ in which participants compete. It would be hard to imagine any free movement of criminal law or its ‘products’ [...]. While free movement – the abolition of internal borders – offers advantages to the European citizen, the free movement and abolition of internal borders in criminal law does not directly help the citizen, but does aid the (authorities of the) Member States. This change of the beneficiaries of mutual recognition is one of the most important and challenging aspects of the merger of the internal market and the area of freedom, security and justice».

Per una serie di critiche fondate sulla violazione del principio di legalità – per la verità più quella sostanziale che quella processuale, sebbene fosse richiamato anche il rispetto dell’art. 111 Cost., cfr. V. CAIANIELLO, G. VASSALLI, *Parere sulla proposta di decisione-quadro sul mandato d’arresto europeo*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 462 s.

cito rivolto all'organo giurisdizionale – è dunque di non soffermarsi sul dettaglio, di non essere puntiglioso sul rispetto di specifiche disposizioni, nel momento in cui si debba confrontare con un provvedimento emesso all'interno dello spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia. L'essenziale, infatti, costituito dal rispetto dei principi fondamentali, è garantito, e non v'è dunque ragione per irrigidirsi sull'osservanza di specifiche regole, che inevitabilmente possono variare a secondo 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 da suo vero essenziale scopo: che i principi siano in concreto rispettati. Facile cogliere quale ne possa divenire il riflesso sul piano interno: se, di fronte a provvedimenti giudiziari provenienti *ab externo*, il giudice può trascurare il controllo sull'osservanza delle regole – né del resto potrebbe fare diversamente – sul postulato per cui i principi fondamentali sono stati comunque rispettati⁴⁸, perché mai non

⁴⁸ La parabola della legge di attuazione del mandato d'arresto europeo rappresenta l'esempio emblematico da questo punto di vista. Tutti i passaggi più "critici" della legge n. 69 del 2005 (i «gravi indizi di colpevolezza», la «mancanza di motivazione», la previsione di «limiti massimi della carcerazione preventiva», solo per restare agli esempi più noti) sono stati svuotati di contenuto dalla giurisprudenza di Cassazione (per tutti, Sez. Un. 30 gennaio 2007, n. 4614, Ramoci, in *Cass. pen.*, 2007, p. 1911. Cfr. sul tema, senza pretesa di completezza, M. R. MARCHETTI, voce *Mandato d'arresto europeo*, cit., p. 544; A. CHELO, *Il mandato d'arresto europeo*, Padova, Cedam, 2010, p. 212 s., e i riferimenti ivi contenuti). Si potrebbe vedere in questa evoluzione (o involuzione?) una forma di burocratizzazione della funzione giudiziaria, e niente più. Certo l'osservazione individuerebbe uno dei tratti rilevanti del fenomeno. Ma al cuore dello stesso sta la postulazione del rispetto, da parte dei diversi sistemi giuridici nazionali, dei medesimi principi. Questo legittimo che si autorizzi il giudice dello Stato richiesto a non curarsi del rispetto delle regole tipiche del proprio ordinamento. Per dirla in maniera rovesciata, non è rilevante secondo quali regole il provvedimento sia stato adottato, posto che tutte sono in armonia con gli stessi principi generali. Ma se così è, appare breve il passo da compiere, per il giudicante, sul piano del *proprio* ordinamento: anche lievi scostamenti dalle regole dettate dalla legge possono essere tollerati, purché si ritengano ottemperati i

dovrebbe essere indotto ad adottare lo stesso metodo sul piano interno? Perché mai, anche in tal caso, non potrebbe procedere a una verifica empirica sul rispetto dei diritti fondamentali, relegando nel novero dei vizi innocui tutte le violazioni che di fatto non siano considerate lesive delle prerogative essenziali degli individui?

Ne consegue che, anche sul piano dell'ordinamento interno, la logica del mutuo riconoscimento conduce a favorire un diverso percorso ermeneutico: un percorso in cui il mancato rispetto della regola – come l'ottemperanza ad essa – di per sé non è conclusivo, essendo necessaria una verifica empirica e sostanziale sulla effettiva lesione dei diritti riconosciuti alla parte interessata. Per essere più concreti, richiamando un caso su cui ci si è soffermati in precedenza, risulta difficile mantenere un controllo scrupoloso sulla osservanza delle complicate regole di motivazione previste dall'art. 292 c.p.p. quando poi, ove pervenga da altro Paese UE un provvedimento restrittivo, sebbene accompagnato da una motivazione redatta secondo crismi differenti, occorre riconoscergli il medesimo valore. La logica dell' "adeguato compendio motivazionale", sviluppata dalla Cassazione ove sia in gioco l'esecuzione di un mandato d'arresto europeo, finirà sotto diverse spoglie per far breccia anche in sede di verifica dei canoni interni: ciò che conterà, *a fortiori*, sarà, più che il rispetto formale delle singole previsioni dell'art. 292 c.p.p., che l'imputato sia stato in grado di comprendere le ragioni di fatto alla base della misura disposta, con buona pace delle complesse disposizioni di dettaglio⁴⁹.

c. La fusione delle Carte dei diritti, e le ripercussioni sul sistema delle fonti. L'affermarsi del metodo sostanzialistico-empirico

L'intrecciarsi dei piani normativi risulta ancor più difficile da dipanare a seguito della "fusione" tra le Carte dei diritti prodottasi con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. In particolare, il sistema C.e.d.u., venuto a far parte di quello UE, appare provocare due effetti, potenzialmente gravidi di conseguenze sui temi qui trat-

diritti fondamentali (a dispetto magari di una previsione *ad hoc* di invalidità posta dal legislatore a tutela della regola).

⁴⁹ Cfr. *supra*, Cap. III, § 4.

tati: la diretta applicazione, da parte del giudice ordinario, del diritto C.e.d.u. con disapplicazione di quello interno, a causa della sua c.d. “unionizzazione”; il rafforzato ed esteso dialogo tra due Corti europee – la Corte e.d.u. e la Corte di Giustizia dell’Unione europea, sui medesimi testi (in particolare, sulla C.e.d.u.), dovuto alla possibilità di una difesa europea multilivello nell’ambito del processo penale⁵⁰.

Come noto, l’art. 6 TUE comporta, da un lato, l’elevazione al rango di fonte primaria dell’Unione della Carta dei diritti fondamentali (la c.d. “Carta di Nizza”), prima avente solo valore politico ma non giuridico; dall’altro, rafforza il legame dell’Unione con il sistema C.e.d.u., prevedendo, al par. 2, l’adesione alla C.e.d.u. da parte dell’UE e, al par. 3, il recepimento, anche prima della adesione formale, dei principi della C.e.d.u. quali «parte del diritto dell’Unione». Peraltro, la *unionizzazione* della C.e.d.u. trova conferma nell’art. 52 par. 2 della Carta di Nizza, divenuta come detto fonte primaria equiparata ai Trattati UE: tale disposizione prescrive che, ove la Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla C.e.d.u., il significato e la portata degli stessi siano uguali a quelli riconosciuti dalla Convenzione (fermo restando la possibilità per l’Unione di concedere una protezione più estesa di quella apprestata da Strasburgo)⁵¹.

⁵⁰ La prospettiva, infatti, è quella di un doppio operare delle giurisdizioni europee potenzialmente per ogni procedimento penale nazionale: nella pendenza del procedimento, sarebbe praticabile il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell’Unione, in un ambito sempre più vasto (e richiedendo alla stessa di pronunciarsi in via pregiudiziale sull’applicabilità del diritto C.e.d.u. nel caso in questione); dopo il giudicato, rimarrebbe il ricorso alla Corte e.d.u., secondo le vie tradizionali. Vale la pena ricordare che, a seguito di Lisbona, alla Corte di Giustizia, anche nel settore dello spazio di libertà sicurezza e giustizia, sono attribuiti i tradizionali poteri giurisdizionali tipici del metodo comunitario. Tuttavia, secondo quanto previsto dall’art. 276 TFUE, la Corte, «nell’esercizio delle attribuzioni concernenti lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia [...], non è competente a esaminare la validità o la proporzionalità di operazioni condotte dalla polizia o da altri servizi incaricati dell’applicazione della legge di uno Stato membro o l’esercizio delle responsabilità incombenti agli Stati membri per il mantenimento dell’ordine pubblico e la salvaguardia della sicurezza interna».

⁵¹ Sul tema si rinvia a V. MANES, *Introduzione. La lunga marcia della Convenzione europea ed i “nuovi” vincoli per l’ordinamento*, cit., p. 14-15; S. MANACORDA, *Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea e C.e.d.u.: una nuova topografia delle garanzie penalistiche in Europa*, in V. MANES, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo nell’ordinamento penale italiano*, cit.,

Da questo intrecciarsi di richiami è inevitabile essere indotti a interrogarsi sul valore ad oggi da attribuire alla C.e.d.u.: secondo alcuni, ne dovrebbe derivare in particolare il superamento della linea interpretativa adottata con la giurisprudenza costituzionale inaugurata grazie alle sentenze n. 348 e 349 del 2007, per far luogo alla applicazione del metodo comunitario⁵². La Convenzione, in sostanza, in quanto divenuta fonte dell'Unione europea, dovrebbe applicarsi direttamente: in caso di contrasto con la legge interna, essa dovrebbe prevalere, essendo il giudice nazionale tenuto a disapplicare il diritto interno in contrasto, *ex art. 11 Cost.* Se si guarda a quanto esposto in precedenza, e al metodo sostanzialistico e orientato alle conseguenze tipico del sistema C.e.d.u., ne deriverebbe un deflagrare del criterio del pregiudizio effettivo, in materia di invalidità processuali.

Chiamata a pronunciarsi sulla nuova ipotesi ermeneutica qui riportata, la Corte costituzionale ha rigettato la questione, con una soluzione tuttavia che pare lungi dal risultare definitiva⁵³ (sebbene abbia ricevuto un avallo, sia pur in termini succinti, dalla stessa Corte di giustizia UE⁵⁴). La Consulta, infatti, ha operato una distinzione tra due diversi ambiti: quello in cui tra la C.e.d.u. e la legge nazionale si ponga un'altra fonte di matrice UE, e quello nel quale tale fonte intermedia non sia data. Nel primo caso, il diritto C.e.d.u., in quanto anche diritto UE, dovrebbe trovare diretta applicazione – con disapplicazione della legge interna in contrasto – secondo quanto consueto per il diritto comunitario; nel secondo, invece, continuerebbe a mantenere validità la dottrina elaborata con le sentenze gemelle del 2007: obbligo di interpretazione conforme e questione di costituzio-

pp. 185-190; C. SOTIS, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto comunitario*, *ivi*, pp. 138-145.

⁵² È questa la tesi avanzata nel 2010 dal Consiglio di Stato: Cons. Stato, sent. 2 marzo 2010, n. 1220. Come si vedrà, la conclusione al momento è stata smentita sia dalla Corte costituzionale sia dalla Corte di giustizia UE. Difficile tuttavia pensare, per le ragioni esposte, che la delicata *querelle* possa dirsi risolta in via definitiva.

⁵³ Corte cost., sent. 7-11 marzo 2011, n. 80. Se ne vedano i commenti di A. RUGGERI, *La Corte fa il punto sul rilievo interno della CEDU e della Carta di Nizza-Strasburgo*, in www.forumcostituzionale.it.

⁵⁴ La Corte di giustizia ha fatto propria la tesi della Corte costituzionale italiana nella decisione della Grande Sezione 24 aprile 2012, Kamberaj, C-571/10.

nalità, ove non sia possibile elaborare una soluzione soddisfacente in via ermeneutica.

Si tratta, sembra di poter dire, di una sentenza non del tutto convincente, da un lato; dall'altro, destinata a produrre effetti per un periodo di tempo limitato. Quanto alle critiche che vi si potrebbero muovere, si può osservare come le diverse fonti normative richiamate avrebbero potuto giustificare una soluzione più coraggiosa. Indubbio è infatti lo scarto tra l'attuale art. 6 TUE e quello antecedente al Trattato di Lisbona. Se infatti nella versione previgente si stabiliva che l'«Unione *rispetta* i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali [...] e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi del diritto comunitario», in quella attuale – come visto – si afferma che quei diritti «*fanno parte* del diritto dell'Unione». La differenza di tenore letterale nella formula è abbastanza evidente, e pare comportare una vera e propria introiezione del sistema giuridico di riferimento. Si potrebbe obiettare, in senso contrario, e in favore della opzione fatta propria dalla Corte costituzionale, che tale effetto, se mai ci sarà, è rimandato al momento in cui l'Unione aderirà alla Convenzione come autonomo ente transnazionale. In tal senso, il par. 2 dell'attuale art. 6 TUE rappresenterebbe un limite e una deroga al par. 3. In particolare, limiterebbe l'effettività del diritto convenzionale all'interno dell'Unione: solo fonte interpretativa per il giudice, per così dire, ma sprovvisto di efficacia vincolante diretta.

In realtà, è possibile dare dei due paragrafi qui richiamati una lettura che ne consenta la convivenza, e l'attribuzione di un autonomo significato. Il par. 3 dell'art. 6 TUE, infatti, starebbe ad indicare che la C.e.d.u. è già diritto dell'Unione, per scelta sovrana di quest'ultima, adottata con la redazione del Trattato di Lisbona. Ne deriva che ogni organismo dell'Unione – e dunque anche il potere giudiziario – deve attuare il diritto vigente, che comprende, dopo Lisbona, anche l'*acquis* C.e.d.u. Il par. 2 dell'art. 6 TUE starebbe invece ad indicare un ulteriore passo da compiere: quello della adesione formale alla C.e.d.u. da parte dell'UE, da cui deriverebbe, tra le altre cose, la sottoponibilità delle decisioni e degli atti UE – tra cui anche

quelli giurisdizionali – al controllo della Corte di Strasburgo: cosa che, sino al momento della adesione formale, non è possibile, potendo l'interessato ricorrere *ex art. 35 C.e.d.u.* solo avverso decisioni provenienti dalle Parti contraenti, costituite da Stati nazionali.

Al di là del punto esegetico specifico, un'altra sembra la critica da muovere alla Corte costituzionale. Come è stato osservato, il richiamo a cascata delle Carte fondamentali tra loro avrebbe potuto suggerire una interpretazione integratrice, e non tesa alla separazione. Le Carte dei diritti tra loro si richiamano e si integrano, a tal punto che, sul piano ermeneutico, esse paiono da vita ad un unico insieme, la cui promozione avanza simultaneamente, senza distinzioni tra diritti contenuti in una Carta e non in altra: «[sul] *piano però della teoria dell'interpretazione*, pensare di tenere nettamente distinti campi materiali e competenze è, a dir poco, forzato ma, in realtà, a conti fatti, impossibile e, comunque, ingenuo. D'altronde, se ne hanno continue, univoche riprove dai richiami "circolari" che le giurisprudenze si fanno a vicenda, che già si facevano – come si sa – ancora prima dell'entrata in vigore della Carta di Nizza-Strasburgo e che sempre di più, in modo inesausto e anzi crescente, seguiranno verosimilmente ed opportunamente a farsi»⁵⁵.

Quanto all'affermazione che la sentenza della Consulta appaia destinata a esplicare effetti per un periodo limitato, si possono addurre le seguenti osservazioni. Innanzi tutto, è questione di tempo l'adesione alla C.e.d.u., da parte dell'Unione. Una volta verificatasi, il percorso argomentativo della sentenza n. 80 del 2011 risulterebbe superato in buona parte, se non *in toto*. Inoltre, la Corte costituzionale ha lasciato aperto un campo – con la decisione qui esaminata – nel quale già da adesso la C.e.d.u. troverebbe affermazione nel diritto interno attraverso l'art. 11 Cost., e non grazie all'art. 117 comma 1 Cost. (dunque implicando il dovere di disapplicazione di ciascun giudice, e rendendo superflua la questione di illegittimità costituzionale). Si tratta di quei settori in cui viga una fonte intermedia dell'Unione, che si ponga come cerniera tra i principi C.e.d.u. e il diritto nazionale. Per usare le parole stesse della Corte «i principi in questione [*id est*, quelli C.e.d.u.] rilevano unicamente in rappor-

⁵⁵ A. RUGGERI, *La Corte fa il punto*, cit., p. 6 (corsivo nel testo).

to alle fattispecie cui il diritto comunitario (oggi, il diritto dell'Unione) è applicabile, e non anche alle fattispecie regolate dalla sola normativa nazionale». Si tratta di un settore in forte espansione, sin da quando, con il Trattato di Amsterdam, si concepì lo strumento normativo delle Decisioni Quadro.

Dopo Lisbona, vale la pena di ricordare, l'art. 82 TFUE prevede il potere dell'Unione di adottare direttive in diversi settori della giustizia penale. In particolare, nel campo del riconoscimento delle decisioni giudiziarie, dei conflitti di giurisdizione, della cooperazione tra Stati membri, dell'ammissibilità reciproca delle prove, della tutela dei diritti della persona imputata e delle vittime nel procedimento penale, nonché in ogni altro ambito della procedura penale che il Consiglio ritenga rilevante⁵⁶. Questo per tacere della possibilità di adottare regolamenti, e non già direttive, quanto ai poteri da attribuire a Eurojust⁵⁷, e per dar vita a un Pubblico ministero europeo, secondo quanto previsto rispettivamente dagli artt. 85 e 86 TFUE. In sostanza, si può dire che l'area su cui l'Unione è legittimata a esercitare il proprio potere legislativo – incidente sul procedimento penale – è estremamente vasta (in parte già oggetto di direttive, sulle quali ci si soffermerà nel prosieguo): per essa dovrebbe operare il criterio della diretta applicazione della C.e.d.u. – e della correlativa disapplicazione della legge interna in contrasto – implicata dal metodo comunitario e dall'art. 11 Cost.⁵⁸.

⁵⁶ Si vedano a tal proposito i par. 1 e 2 dell'art. 82 TFUE.

⁵⁷ Si tratta di possibilità che già erano previste nel Trattato Costituzionale del 2004, poi non approvato: esse sono state riprese dal Trattato di Lisbona. Sui poteri di Eurojust, tra vecchio e nuovo sistema cfr. M. PANZAVOLTA, *Eurojust: il braccio giudiziario dell'Unione*, in M. G. COPPETTA (a cura di), *Profili del processo penale nella Costituzione europea*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 149 s.; ID., *Lo statuto del pubblico ministero europeo (ovvero ologramma di un accusatore continentale)*, *ivi*, p. 179 s.

⁵⁸ A tal proposito vale la pena rammentare che, dopo cinque anni dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (vale a dire a partire dal 1° dicembre 2014), la Corte di giustizia potrà esercitare, anche sugli atti normativi antecedenti a Lisbona (le decisioni quadro), adottate nell'ambito dell'ex Terzo Pilastro, pieni poteri giurisdizionali. Ciò significa che la sua giurisdizione non sarà più limitata al solo ricorso pregiudiziale in via interpretativa o a quello di validità. Si potranno dunque esperire tutti i tipi di ricorso previsti (ad esempio, quello per infrazione), se del caso su iniziativa della Commissione. È quanto stabilito all'art. 10 del Protocollo 36 – Disposizioni Transitorie – al Trattato di Lisbona. Sul tema cfr. A. KLIP, *European Criminal Law*, *cit.*, pp. 54-55, 128-131.

Se ne può desumere quindi che l'approccio sostanzialistico-empirico non possa far altro che estendersi progressivamente, in forza del nuovo sistema delle fonti venutosi a creare all'indomani dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona.

d. Le nuove direttive in materia processuale penale adottate dall'Unione europea. L'attenzione al criterio della effettività

Facendo uso del nuovo potere legislativo attribuitole dall'art. 82 TFUE, l'Unione ha incominciato ad adottare direttive in ambito processuale penale. Una è allo stato già approvata, in materia di nomina dell'interprete e di traduzione degli atti⁵⁹; altre sono in via di approvazione. In particolare, tre paiono in dirittura d'arrivo, rispettivamente sul diritto alla informazione di chi sia sottoposto a procedimento penale, sulla nomina di un difensore di chi si trovi "perseguito penalmente", e sul rafforzamento dei diritti delle vittime nell'Unione europea⁶⁰.

Ai fini del lavoro in corso, ci si soffermerà sulle prime due (interprete e traduzione; informazione al sottoposto ad indagini). Quel che ne esce confermato, ai nostri fini, è l'accento posto sulla effettività, e sulla predisposizione di rimedi effettivi, ad opera dell'ordinamento nazionale. Ad esempio, l'art. 2 par. 4 della direttiva su interprete e traduzione prescrive agli Stati membri di assicurare la messa a disposizione di procedure o meccanismi allo scopo di accertare se gli indagati o gli imputati parlino e comprendano la lingua del procedimento penale, o se abbiano bisogno dell'assistenza di un interprete; il paragrafo successivo, a sua volta, impone che agli indagati venga riconosciuto il diritto di impugnare una decisione che dichiari

⁵⁹ Direttiva 2010/64/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 ottobre 2010 sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali, in GUUE 26 ottobre 2010. L 280/1. Su di essa cfr. S. SAU, *Le garanzie linguistiche nel processo penale*, cit., p. 82-93; C. AMALFITANO, *Unione europea e garanzie processuali: il diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2011, p. 83 s.

⁶⁰ Si trascura ai fini della presente ricerca la recente direttiva relativa al congelamento e alla confisca dei proventi di reato nell'Unione europea, del 12 marzo 2012, 2012/0036 (COD). Per un quadro complessivo allo stato attuale cfr. anche C. AMALFITANO, *Unione europea e giustizia penale dopo il Trattato di Lisbona*, in *Leg. pen.*, 2011, p. 645 s.

superflua la nomina di un interprete (nonché di concedere, ove questi sia stato nominato, il diritto di contestare la qualità dell'interpretazione in quanto insufficiente a tutelare l'equità del procedimento). Il tutto, in generale, premurandosi di chiarire che «L'interpretazione fornita ai sensi del presente articolo dev'essere di qualità sufficiente a tutelare l'equità del procedimento, in particolare garantendo che gli imputati o gli indagati in procedimenti penali siano a conoscenza delle accuse a loro carico e siano in grado di esercitare i loro diritti della difesa» (art. 2 par. 8).

Del pari, la direttiva in materia di informazione sui diritti, prevede il dovere di fornire alla persona sottoposta a procedimento «sufficienti informazioni sull'accusa al fine di garantire l'equità del procedimento penale» (art. 6 par. 1): tra questi, vanno di necessità contemplate le informazioni su «la natura e la qualificazione giuridica del reato» (art. 6 par. 3 lett. b); ancora, il diritto di accesso al fascicolo, tale da risultare «in tempo utile per consentire all'indagato o all'imputato di preparare la difesa o contestare le decisioni della fase istruttoria». Da ultimo, si impone agli Stati membri (art. 8) la predisposizione di una procedura che consenta di verificare che l'indagato o l'imputato abbia ricevuto tutte le informazioni per lui rilevanti, assicurando inoltre la possibilità di esperire un «ricorso effettivo», ove i diritti in questione siano stati in prima battuta negati.

Come si vede, si tratta di fattispecie impregnate di effettività, che altro non potranno causare se non l'espandersi del criterio sostanzialistico ed empirico già in buona parte adottato dalle nostre corti. Per chiarire con un rimando a una questione trattata in precedenza, soluzioni ibride e casistiche, come quella fatta propria dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 142 del 2009⁶¹ non potranno che aumentare. Si noti che in ognuna delle direttive richiamate è posto a preambolo il richiamo alle disposizioni della C.e.d.u. (nonché dell'art. 47 della Carta di Nizza), premettendo come punto di partenza che la direttiva rispetta i diritti contemplati dalle carte fondamentali e imponendone una attuazione in coerenza con quei paradigmi.

Sembra facile pronosticare un espandersi del criterio del pregiudizio effettivo, legato al variato assetto del sistema delle fonti nel

⁶¹ Cfr. *supra*, Cap. II, § 10.

nostro ordinamento, e al prorompere del nuovo “metodo europeo” anche sul piano nazionale.

CAPITOLO V

VERSO UN NUOVO MODELLO DI CONCEZIONE DELLE INVALIDITÀ NEL PROCESSO PENALE ITALIANO?

SOMMARIO: 1. Una nuova metodologia per un processo “di parti”? – 2. Il criterio del pregiudizio effettivo. Il ruolo della dottrina processualpenalistica.

1. *Una nuova metodologia per un processo “di parti”?*

I fattori evidenziati nei capitoli precedenti convergono tutti verso l’affermarsi di un nuovo paradigma, relativo al modo di individuare e applicare le invalidità nel processo penale. Come si è visto, la giurisprudenza ha da lungo tempo conosciuto forme di approccio sostanzialistiche al fenomeno della invalidità degli atti, di cui ha fatto un uso crescente, sebbene senza spingersi apertamente a porre in discussione il metodo tradizionale¹.

¹ Rappresenta forse un’eccezione a quanto affermato la sentenza delle Sezioni Unite 29 settembre 2011, n. 155/12, Rossi, in *Cass. pen.*, 2012, p. 2410 Il valore di questa pronuncia, tuttavia, non deve essere enfatizzato. Il caso di abuso, da parte del ricorrente, era talmente macroscopico – richieste pretestuose e dilatorie pianificate sistematicamente; “personalità dell’autore”; reato già prescritto, in appello, e contesa rimasta in vita per le sole questioni relative ai capi civili – da indurre a credere che la Suprema Corte abbia superato con facilità la propria ritrosia, teorizzando il nuovo criterio dell’abuso del diritto in campo processuale penale. Difficile, e ancor prima pericoloso, tuttavia, pensare che, sulla base di questo precedente *monstre*, si costruisca il nuovo percorso. Si tratta di un mutamento di tale portata da richiedere una ponderata riflessione: le affermazioni delle Sezioni Unite, su questo piano, appaiono troppo *tranchant* (tipiche di quando si percepisce di varcare, con

I fenomeni in precedenza esaminati si prestano ad operare in una duplice direzione: quantitativa, favorendo un diffondersi del modello empirico e orientato alle conseguenze di verifica e determinazione delle invalidità nel processo penale; soprattutto, qualitativa, incoraggiando la elaborazione teorica di nuovi paradigmi, cui venga riconosciuto diritto di cittadinanza. Per dirla altrimenti, il criterio dell'effettivo pregiudizio pare pronto ad affermarsi in maniera formale, e non più ad operare soltanto nell'ombra, quale canone nascosto e non esplicitabile di attuazione della norma processuale penale.

Alle considerazioni sviluppate in precedenza sembra potersene aggiungere un'altra, di carattere sistematico. Si allude alla svolta accusatoria operata con il nuovo codice, e consolidata attraverso la successiva riforma dell'art. 111 Cost. con la l. cost. 23 novembre 1999, n. 2. Si tratta di una questione di contesto, di per sé non decisiva, ma al tempo stesso di un certo rilievo, sul piano della dinamica dei comportamenti, e quanto alla capacità di incidere sulla coscienza collettiva degli operatori del sistema. In sostanza, senza enfatizzare questo aspetto – troppo legato a schemi teorici, facilmente smentibili dai percorsi storici effettivamente compiuti – si può dire che anche la logica accusatoria giochi un suo ruolo, nello sviluppo di un diverso approccio al tema delle invalidità.

Se messo a confronto con il precedente, il nuovo modello di processo, in linea essenziale, introduce un aspetto di una certa novità: esso consiste, in particolare, nel dominio, o nella netta prevalenza, del potere delle parti sullo svolgimento del processo. Al giudice, in tal senso, è demandato un ruolo tendenzialmente reattivo rispetto all'iniziativa dei litiganti, e dunque tale da non consentire un controllo sui tempi di sviluppo della procedura. Le parti determinano – in linea di principio – il *thema decidendum* (sebbene abbiamo visto quanto la prassi mostri di voler consentire incisivi interventi giudiziari sul punto). Ai contendenti, soprattutto, è lasciato un controllo quasi pieno sulla strategia probatoria da tenere, in altre parole, sul *thema probandum*, locuzione con la quale, come noto, si tende

la propria scelta, un confine pensato come inviolabile). Sul tema cfr. F. CAPRIOLI, *Abuso del diritto e nullità inoffensiva*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 2444 s.

ad indicare la strategia che la parte intende seguire, o meglio il procedimento inferenziale attraverso il quale essa ritiene di convincere l'organo giudicante della fondatezza delle proprie ragioni². Questa sovranità sugli tutti aspetti cruciali della contesa comporta, come osservato, una correlativa capacità di giocare il ruolo determinante sui tempi del giudizio. Certo, al giudice rimane la possibilità di intervenire per correggere, o limitare le scelte di parte: si pensi, per citare una delle questioni più dibattute nei tempi recenti, al potere di escludere le prove manifestamente irrilevanti o superflue: tuttavia, simile potere correttivo non fa venir meno l'assunto di partenza, in base al quale il destino dello sviluppo processuale è primariamente in mano ai litiganti.

Del resto, tutta la logica premiale dei riti alternativi al dibattimento sta a confermare la correttezza dell'asserto qui esposto: la loro giustificazione, sul piano dei principi, è prevalentemente – se non tutta – da rinvenire dello scambio tra un premio sul piano del trattamento sanzionatorio, in caso di condanna, e, quale contropartita,

² Sulla differenza tra le due nozioni – *thema decidendum e thema probandum* – cfr. T. RAFARACI, *Le nuove contestazioni nel dibattimento penale*, Milano, Giuffrè, 1996, pp. 96-102. Si rinvia inoltre alle osservazioni di M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu, F. Messineo, continuato da L. Mengoni, Milano, Giuffrè, 1992, p. 74: «La prima prospettiva concerne direttamente il contesto della decisione, nel senso che ne ricava le coordinate secondo le quali si definisce *teoricamente* l'oggetto della prova. La seconda prospettiva concerne le modalità con cui *concretamente* l'oggetto della prova viene individuato e fissato nel singolo processo in riferimento alla concreta fattispecie controversa. In questa prospettiva il contesto di riferimento è *anche* la specifica decisione che dovrà essere presa dal giudice, ma è *soprattutto* il procedimento che si conclude con la decisione e che comprende la deduzione, l'ammissione e l'assunzione delle prove» (corsivo nel testo).

Sul concetto di fattispecie giudiziale, e più in generale sulla formazione dell'oggetto del processo, cfr. G. DE LUCA, *Concorso formale di reati e limiti oggettivi della cosa giudicata penale*, in *Riv. proc. pen.*, 1960, p. 187 s., in particolare p. 197; G. LOZZI, *Profili di un'indagine sui rapporti tra ne bis in idem e concorso formale di reati*, Milano, Giuffrè, 1974, pp. 67-71. Sulla determinazione del fatto nel processo, cfr. ancora M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., pp. 71, 73-79; ID., *Studi sulla rilevanza della prova*, Padova, Cedam, 1970, p. 195; C. CALOGERO, *La logica del giudice e il suo controllo in cassazione*, 2^a ed., Padova, Cedam, 1964, p. 95; G. UBERTIS, *La ricerca della verità giudiziale*, in *La conoscenza del fatto nel processo penale*, a cura dello stesso autore, Milano, Giuffrè, 1992, p. 15.

la cessione – totale o parziale – del potere di dominio sullo sviluppo del processo³.

Se questo risulta il quadro di riferimento, è inevitabile che, tra le sue conseguenze, si possa annoverare un nuovo modo di concepire il fenomeno giuridico delle invalidità. Anche in questo specifico settore, il sistema tende a responsabilizzare le parti. Se vogliamo, si tratta di un riflesso del ruolo di protagoniste assolute a queste attribuito. In sostanza, su di esse finisce per gravare la prima responsabilità nella osservanza delle disposizioni processuali in materia di invalidità, in ragione del così ampio spazio d'azione che – come s'è detto – viene loro concesso. La conseguenza che parrebbe derivarne conduce ad individuare una sorta di nuovo principio generale, immanente al sistema, almeno sul piano della politica del processo: in forza di questo, l'invalidità non deve poter essere usata quale rimedio ai propri errori o alle proprie manchevolezze. Per esprimersi con più chiarezza, le parti non devono sfruttare il sistema delle invalidità per ovviare a loro negligenze, disattenzioni; o ancora, per lamentarsi delle conseguenze di proprie scelte strategiche; o, infine, per far valere in un secondo momento quanto si sarebbe dovuto eccepire in prima battuta. Rievocando Damaška e la sua celeberrima partizione⁴, lo Stato, nel modello volto alla risoluzione dei conflitti, tende a porsi quale protettore reattivo delle prerogative delle parti: cui tuttavia – si badi – lascia la primaria responsabilità nel perseguimento dei rispettivi fini. Il contrario avviene in un sistema orientato alla attuazione di scelte politiche: qui i litiganti sono spodestati delle scelte di fondo – che rimangono saldamente in mano ai rappresentanti del potere sovrano – ma possono confidare sul paterno intervento d'ufficio dell'organo giudicante (con gli inevitabili pro e contro che ciò comporta).

³ La questione è stata posta da Renzo Orlandi nell'ambito degli incontri di studio organizzati dalla Associazione Franco Bricola nel corso dell'a.a. 2000/2001. Se ne trova traccia in M. CAIANIELLO, M. MANTOVANI, *L'irruzione della negozialità nel sistema penale. Il ciclo di Seminari 2000/2001 dell'Associazione Franco Bricola*, in *Ind. pen.*, 2002, p. 1195 s. (in particolare pp. 1212-1213).

⁴ Cfr. *supra*, Cap. 2 § 10. V. inoltre il recente R. E. KOSTORIS, *Modello accusatorio, cultura inquisitoria, scenari europei, tra presente e future del processo penale*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 530, per riferimenti alla realtà italiana nel confronto con le fonti europee.

A ciò si aggiunga come, in un contesto di radicale – e, parrebbe, irreversibile – crisi della legalità, come l’attuale, il processo torna a proporsi non più quale strumento di attuazione di scelte politiche operate dal legislatore ponendo il diritto sostantivo; non più, per dirla diversamente, come cinghia di trasmissione dei valori e dei fini selezionati attraverso il diritto penale sostanziale; esso, piuttosto, finisce per operare principalmente come macchina di produzione normativa: di norme concrete e singolari, certamente, ma pur sempre tali da risultare necessarie per completare l’opera geneticamente inadeguata del legislatore. La concezione del processo quale macchina di produzione normativa, non a caso di elaborazione goldschmidtiana⁵, e di un’epoca – quella di Weimar – di profonda crisi di fiducia nella legalità, tende a implicare una responsabilizzazione delle parti, investite di un ruolo marcatamente politico. Il processo – che produce norme – sintetizza in forma stilizzata la dinamica del dibattito politico, giocata, in tale sede, dai litiganti⁶. Ne consegue che costoro sono i principali responsabili della amministrazione del giudizio, e del rispetto delle regole *in procedendo*. Si finisce, anche per tale strada, con il valorizzare – nella teoria delle invalidità – il

⁵ È a Goldschmidt che si deve la metafora del filo a piombo. Con questo esempio l’Autore osservava come le norme giuridiche esplicassero due diverse conseguenze, l’una sul piano sostanziale, l’altra su quello processuale. In quest’ultima ottica, secondo il Maestro, la norma, più che dividere il lecito dall’illecito, serve da «parametro di controllo o di confronto» per il giudice allo stesso modo in cui il filo a piombo e la livella sono utilizzati dal muratore per verificare se le mura costruite sono rispettivamente verticali e orizzontali (cfr. J. GOLDSCHMIDT, *Principios generales del proceso. Teoria general del proceso*, Buenos Aires, 1961, pp. 49, 54-55, 58, 59). Con questa metafora, Goldschmidt sembra asserire una tesi simile a quella sostenuta da Ross: la norma giuridica non condiziona l’interprete nella soluzione del caso concreto. Piuttosto, è il giurista (*rectius*, il giudice) che, una volta individuato come intende decidere la causa, utilizza la norma per vagliare il grado di validità della propria pronuncia (V. A. ROSS, *Diritto e giustizia*, Torino, Einaudi, 1990 (orig. *On Law and Justice*, Steven and Sons Ltd., 1958, in particolare alle pp. 29-38, 62-68). È difficile dunque sfuggire all’impressione che, nell’ottica dell’autore, il ruolo del giurisperito fosse ben lontano dalla mera applicazione di una regola elaborata in ogni suo aspetto in sede legislativa. Piuttosto, sembra si possa cogliere come, dietro un’apparente operazione tecnica (l’applicazione della norma al caso), si celi in realtà un’attività politico-valutativa e, come tale, innegabilmente connotata da una sua creatività.

⁶ Echi di simile approccio in R. A. KAGAN, *La giustizia americana. Come il contraddittorio fa il diritto*, Bologna, Il Mulino, 2009, p. 55-79.

ruolo del pregiudizio in concreto arrecato al singolo contendente, il cui contributo è essenziale affinché, prima di tutto, la decisione giudiziale, produttiva di diritto, sul piano del sistema delle fonti, sia democraticamente giustificata.

2. *Il criterio del pregiudizio effettivo. Il ruolo della dottrina processualpenalistica*

Di fronte ai mutamenti in corso, e all'imporsi in misura pervasiva del criterio costituito dal pregiudizio effettivo, la dottrina pare chiamata ad un ruolo di razionalizzazione e sistematizzazione. Si tratta, in sostanza, di trovare adeguate coordinate razionali, per far sì che il nuovo paradigma non produca scompensi insostenibili per l'intero meccanismo processuale, né conduca a conclusioni fuori dalla ragionevolezza.

Essenziale sarà, in prima battuta, stabilire se ogni ipotesi di invalidità possa essere applicata adottando il criterio in questione, o se se ne possano individuare alcune che si sottraggano a simile scrutinio. Vale la pena di riflettere, in chiave comparata, a come in alcuni sistemi, che pure recepiscono la logica del vizio non pregiudizievole in concreto, si estrapolino determinati errori in procedendo, cui viene attribuito carattere strutturale e come tali non ponderabili secondo la verifica del danno effettivamente subito dalla parte⁷.

⁷ Si pensi al sistema statunitense che, se da un lato ha previsto la categoria del vizio inoffensivo (*harmless error*), dall'altro ha cercato tuttavia di non applicarla agli errori c.d. "strutturali" (*structural error*). Questi ultimi implicherebbero l'annullamento del giudizio a prescindere da un vaglio quanto alla loro nocività sulle prerogative di chi li invoca. Sul tema, senza pretesa di completezza, cfr. Y. KAMISAR, W. R. LA FAVE, J. H. ISRAEL, N. J. KING, *Advanced Criminal Procedure. Cases, Comments and Questions*, 11th ed., Thomson West, 2005, 1611-1629; R. L. WEAVER, L. W. ABRAMSON, J. M. BURKOFF, C. HANKOCK, *Principles of Criminal Procedure*, 3rd ed., Thomson West, 2008, p. 423-424; J. DRESSLER, A. C. MICHAELS, *Understanding Criminal Procedure*, 4th ed., LexisNexis, 2006, pp. 386-395; M. H. GRAHAM, *Abuse of Discretion, Reversible Error, Harmless Error, Plain Error, Structural Error; A New Paradigm For Criminal Cases*, in *Crim. Law Bull.*, vol. 43, No. 6, 2007, p. 955 s.; H. T. EDWARDS, *To Err Is Human, But Not Always Harmless: When Should Legal Error Be Tolerated?*, in *70 New York Un. Law Rev.*, 6, 1995, pp. 1167-1228; R. A. FAIRFAX, JR., *Harmless Constitutional Error and the Institutional Significance*

Prima ancora, si tratterà di concepire una fattispecie con la quale dar veste razionale all'approccio sostanzialistico ed empirico alle invalidità: in altre parole, è necessario cercare di riflettere meglio sul significato del criterio in questione, troppo spesso nelle decisioni giudiziali invocato senza cercare una elaborazione sistematica. Su questo punto, come già è stato osservato da alcuni autori, 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 – in una serie determinata di ipotesi (o determinabile attraverso parametri razionali) – l'errore *in procedendo* si sia verificato. Detto altrimenti, per decidere se siano stati compiuti atti non conformi al tipo – la fattispecie in procedura opera in senso inverso rispetto a quella di diritto sostanziale – ma inoffensivi⁸ (e come tali non invalidi, cioè “innocui”). Come osserva la dottrina penalistica, il principio in questione, lungi dal denegare, riafferma e valorizza la legalità penale. Il principio di

of the Jury, in 76 *Fordham L. Rev.*, 2027 (2008), pp. 2027-2073; A. P. LeBLANC, JR., *Considerations Concerning Harmless Error in Louisiana Criminal Cases*, in 64 *Louisiana Law Review*, 2004, pp. 21-42; S. KAMIN, *Harmless Error and the Right/Remedies Split*, in 88 *Virginia Law Review*, 002, pp. 1-86; D. McCORD, *The “Tri-Structural” Error Dichotomy: Erroneous, and not Harmless*, in 45 *Kan. L. Rev.*, 1401 (1997); W. M. LANDES, R. A. POSNER, *Harmless Error*, in 30 *J. Legal Stud.*, 161 (2001).

Una distinzione tra errori nocivi e errori strutturali si può cogliere anche nella analisi delle nullità dell'ordinamento francese: si veda a tal proposito P. HENNION-JACQUET, *Les nullités de l'enquêt de l'instruction. Un exemple du déclin de la légalité procédurale*, in *Rev. pen. dr. pén.*, 2009, pp. 7-28; C. GOYET, *A propos des nullités de l'instruction préparatoire: quelques remarques sur la distinction des nullités textuelles et des nullités substantielles*, in *Rev. Sc. Crim. Dr. Pén. Comp.*, 1976, pp. 899-914; M. L. RASSAT, *Traité de procédure pénale*, Paris, puf, 2001, pp. 681-705; M. CHIAVARIO, M. DELMÁS-MARTY (a cura di), *Procedura penale d'europa*, Padova, Cedam, 1998, pp. 137-138; J. PRADEL, A. VARINARD, *Les grands arrêts de la procédure pénale*, Paris, Dalloz, 2001, pp. 22, 228, 331.

⁸ Sul punto v. ampiamente V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutica, parametro di ragionevolezza*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 41 s. (sino a p. 64, e *passim*). Prima ancora, *ça va sans dire*, cfr. F. BRICOLA, voce *Teoria del reato*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XIX, Torino, Utet, 1973, p. 7 s., in particolare p. 17. Si veda anche L. STORTONI, *L'abuso di potere nel diritto penale*, Milano, Giuffrè, 1978, pp. 61-96.

legalità risulta infatti compromesso ove il fatto descritto dalla previsione normativa non rispetti il principio di offensività: quando cioè il legislatore elabori una fattispecie puramente normativa, nella quale non si percepisca il bene protetto, vale a dire l'offesa che il fatto tipico arrecherebbe ai valori tutelati, e dunque non si colgono nemmeno le ragioni politiche della meritevolezza di pena. In altre parole, una tipizzazione in cui non sia dato cogliere quale sia l'offesa arrecata svislaccia la legalità stessa, e in via ermeneutica sarebbe compito dell'operatore ricondurre la fattispecie, ove possibile, a offensività (e se non fosse possibile in alcun modo, come ultima *ratio* sollevare questione di illegittimità costituzionale). Un percorso argomentativo analogo potrebbe essere travasato simmetricamente nel campo processuale⁹: anche in tale settore, ove non sia chiara l'offesa, o per meglio dire il valore protetto dalla previsione legale, ne finisce per risultare poco comprensibile, e di dubbia ragionevolezza, la stessa fattispecie: in una parola, qualunque ipotesi positiva in cui non sia ben percepibile il valore di fondo oggetto di tutela, lungi dal riaffermarla, implica un attacco alla legalità processuale. E ciò vale soprattutto per il fenomeno delle invalidità, in cui maggiormente si esprime la legalità del processo.

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. Occorrerebbe poi, sempre che sia data risposta affermativa al primo punto, riflettere sul limite verso il quale spingersi: se cioè il principio di offensività, quand'anche gli venga data cittadinanza nel processo, debba esservi applicato soltanto con riferimento all'*an*, o si presti addirittura ad un'applicazione attenta al *quantum*. Per essere più chiari, se sia possibile arrivare a introiettare nel processo non solo una verifica sulla lesione – una qualunque lesione – dei valori tutelati dalla fattispecie legale, ma anche a pon-

⁹ Favorevole a simile approccio è C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, Padova, Cedam, 2007, pp. 435-539, la quale dedica un ampio studio in chiave comparata al tema del pregiudizio effettivo in materia di invalidità nel processo penale.

derarne la gravità, secondo la categoria dei fatti esigui ben nota in ambito penale sostanziale.

Ancor prima, occorrerà trovare una giustificazione di fondo di carattere costituzionale all'adozione del principio di offensività nel nostro settore, come avvenne per la libertà personale nella nota teoria del reato di Franco Bricola: difficilmente – è bene affermarlo sin d'ora – a tal fine sembra potersi prestare la ragionevole durata, troppo spesso apoditticamente richiamata per denegare l'applicazione di molteplici ipotesi di invalidità¹⁰. Del resto, la stessa Corte costituzionale, in pronunce recenti e di forte impatto, si è mostrata critica verso un simile approccio¹¹.

¹⁰ In tal senso si rinvia alle osservazioni e ai riferimenti di D. VICOLI, *La "ragionevole durata" delle indagini*, Torino, Giappichelli, 2012, cap. II.

¹¹ Si veda a tal proposito la sentenza n. 317 del 2009, con la quale la Corte costituzionale ha sviluppato, in maniera probabilmente decisiva, il percorso avviato nelle menzionate sentenze n. 348 e 349 del 2007. Con questa decisione, la Corte è intervenuta per dichiarare costituzionalmente illegittimo l'art. 175 comma 2 c.p.p. nella parte in cui non consente «la restituzione dell'imputato, che non abbia avuto effettiva conoscenza del procedimento o del provvedimento, nel termine per proporre impugnazione contro la sentenza contumaciale, nel concorso delle ulteriori condizioni indicate dalla legge, quando analoga impugnazione sia stata proposta in precedenza dal difensore dello stesso imputato». In questa pronuncia la Corte ha cercato di specificare quali risultino i confini del potere discrezionale riconosciuto al giudice nazionale nell'interpretare una disposizione del proprio ordinamento in coerenza con un principio contenuto nella C.e.d.u. In altre parole, sino a che punto possa "resistere" il giudice statale nel non adeguare l'applicazione di una disposizione normativa nazionale ai principi della convenzione come interpretati dalla Corte e.d.u. A tale riguardo, la Consulta ha affermato che «Il risultato complessivo dell'integrazione delle garanzie dell'ordinamento deve essere di segno positivo, nel senso che dall'incidenza della singola norma CEDU sulla legislazione italiana deve derivare *un plus di tutela per tutto il sistema dei diritti fondamentali*. Questa Corte non può sostituire la propria interpretazione di una disposizione della CEDU a quella della Corte di Strasburgo, con ciò uscendo dai confini delle proprie competenze, in violazione di un preciso impegno assunto dallo Stato italiano con la sottoscrizione e la ratifica, senza l'apposizione di riserve, della Convenzione (sentenza n. 311 del 2009), ma può valutare come ed in qual misura il prodotto dell'interpretazione della Corte europea si inserisca nell'ordinamento costituzionale italiano. *La norma CEDU, nel momento in cui va ad integrare il primo comma dell'art. 117 Cost., da questo ripete il suo rango nel sistema delle fonti, con tutto ciò che segue, in termini di interpretazione e bilanciamento*, che sono le ordinarie operazioni cui questa Corte è chiamata in tutti i giudizi di sua competenza. In sintesi, il 'margine di apprezzamento' nazionale può essere determinato avuto riguardo soprattutto al complesso dei diritti fondamentali, la cui visione ravvicinata e integrata può essere opera del legislatore, del giudice delle leggi e del giudice comune, ciascuno nell'am-

Peraltro, il paradigma penale sostanziale, pur prestandosi quale utile punto di partenza, non può esaurire l'analisi e la ricerca nel campo qui trattato. Come si è visto, infatti, il criterio della lesività in concreto è invocato non di rado in senso estensivo, o in un'accezione sincretistica (che poi altro non è se non un ampliamento parziale e *sui generis* della fattispecie invalidante). Su questo piano, che merita d'esser coltivato, occorrerà elaborare parametri razionali, alla stregua dei quali guidare il giudice ove sia richiesto d'intervenire nonostante la legge processuale abbia lasciato un vuoto di tutela. Fonte d'ispirazione – o punto di partenza – possono essere in tale ambito le sentenze delle Corti sopranazionali, così spesso chiamate a pronunciarsi in settori ove l'unico rimedio appare un ricorso ai principi generali¹². Il fine, ovviamente, è quello di provare ad estrapolare un

bito delle proprie competenze» (corsivi nostri). In forza di tale ricostruzione, si è giunti, come si è detto, a dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 175 comma 2 c.p.p. secondo l'interpretazione elaborata dalle Sezioni Unite della Cassazione, nella decisione del 31 gennaio 2008, Huzuneanu, in *Ced* n. 238472 (cfr. F. LI VOLSI, *Esercizio della potestà di impugnare del contumace dopo la pronuncia sul gravame del difensore diventata esecutiva: una questione aperta*, in *Ind. pen.*, 2008, p. 661 s.). Le Sezioni Unite, infatti, avevano stabilito che, ove il difensore dell'imputato (nella fattispecie contumace e latitante) avesse proposto impugnazione, l'imputato non avrebbe più potuto fruire della restituzione in termini del diritto ad impugnare ex art. 175 comma 2 c.p.p. A tal fine avrebbe ostato l'"unicità" del diritto all'impugnazione, asserto in qualche modo ricavato dall'esigenza di celebrare il processo in tempi ragionevoli. Nel censurare tale soluzione ermeneutica, la Corte costituzionale ha aggiunto che «il 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, quale delineato dalla stessa norma costituzionale invocata come giustificatrice della limitazione del diritto di difesa del contumace. Una diversa soluzione introdurrebbe una contraddizione logica e giuridica all'interno dello stesso art. 111 Cost., che da una parte imporrebbe una piena tutela del principio del contraddittorio e dall'altra autorizzerebbe tutte le deroghe ritenute utili allo scopo di abbreviare la durata dei procedimenti. Un processo non 'giusto', perché carente sotto il profilo delle garanzie, non è conforme al modello costituzionale, quale che sia la sua durata. [...] È bene chiarire in proposito che un incremento di tutela indotto dal dispiegarsi degli effetti della normativa CEDU certamente non viola gli articoli della Costituzione posti a garanzia degli stessi diritti, ma ne esplicita ed arricchisce il contenuto, innalzando il livello di sviluppo complessivo dell'ordinamento nazionale nel settore dei diritti fondamentali» (corsivo nostro).

¹² L'analisi potrebbe proseguire, in chiave comparata, con lo studio delle decisioni della Corte di cassazione in materia di abnormità, terreno nel quale un approccio per principi di tenore creativo tende facilmente ad affermarsi.

metodo formale, che agevoli l'interprete cui sia devoluta la soluzione di un caso limite, che ponga in tensione intollerabile i fondamenti del sistema.

Come si vede, si tratta di un compito impervio, e prima ancora discutibile – non lo si nega – sul piano del sistema. Si potrebbe sostenere, in senso radicalmente contrario, che compito della dottrina sia riaffermare i principi tradizionali, e il metodo consolidato di verifica e determinazione delle invalidità nel processo penale, senza accettare compromessi con le evoluzioni proposte dalla casistica. Si tratta di una posizione indubbiamente non priva fondamento, e certo caratterizzata da un forte approccio ideale alla materia. 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: del resto, questa dovrebbe essere, da sempre, la ragione fondativa della dottrina, nell'ambito delle scienze sociali.

BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., *Abuso del processo, legalità processuale e pregiudizio effettivo*, in corso di pubblicazione su *Cass. pen.*, 2012.
- ABBADESSA G., *Il nuovo rango (sub-)costituzionale della Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, in *ius17@unibo.it*, 2008, p. 399 s.
- ALBIANI A., *I nodi al pettine del tribunale della libertà*, Bologna, BUP, 2011.
- ALLEGREZZA S., *Precocità delle nuove contestazioni in dibattimento: mera irregolarità o causa di invalidità?*, in *Cass. pen.*, 2000, p. 330 s.
- ALLEGREZZA S., *Il caso "Pupino": profili processuali*, in F. SGUBBI, V. MANES (a cura di), *L'interpretazione conforme al diritto comunitario in materia penale*, Bologna, BUP, 2007, p. 53 s.
- ALOISI U., *Applicazioni giurisprudenziali sui nuovi codici*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1935, p. 459 s.
- ALOISI U., voce *Impugnazioni nel processo penale*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. VI, Torino, Utet, 1938, p. 855 s.
- ALOISI U., *Manuale pratico di procedura penale*, Milano, Giuffrè, 1952.
- AMALFITANO C., *Unione europea e garanzie processuali: il diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2011, p. 83 s.
- AMALFITANO C., *Unione europea e giustizia penale dopo il Trattato di Lisbona*, in *Leg. pen.*, 2011, p. 645 s.
- AMBROSOLI L., voce *Provvedimenti del giudice (diritto processuale penale)*, in *Dig. pen.*, vol. X, Torino, Utet, 1995, p. 435 s.
- AMODIO E., *Libertà e legalità della prova nella disciplina delle testimonianze*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, p. 310 s.

- AMODIO E., *Ragionevole durata del processo penale, abuse of process e nuove esigenze di tutela dell'imputato*, in Id., *Processo penale diritto europeo e common law. Dal rito inquisitorio al giusto processo*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 153 s.
- ANSELMI M., *L'indefettibile ruolo dell'avviso per l'udienza preliminare*, in *Giur. it.*, 2004, p. 2386 s.
- APRATI R., *La notizia di reato nella dinamica del procedimento penale*, Napoli, Jovene, 2010.
- APRILE E., *I meccanismi di adeguamento del sistema penale nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, in V. MANES, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 509 s.
- ASSOCIAZIONE NAZIONALE MAGISTRATI, *XII Congresso nazionale, Brescia-Gardone 25-28 settembre 1965. Atti e commenti*, Roma, Arti grafiche Jasillo, 1966.
- BARBARANO A., *L'udienza preliminare non è più solo un filtro, ma un giudizio vero e proprio*, in *Dir. e giust.*, 2003, f. 34, p. 12 s.
- BAZZANI M., *Nuove contestazioni e istruzione dibattimentale*, in *Cass. pen.*, 1999, p. 3079 s.
- BELL A., *La sentenza della Cassazione sul caso Dell'Utri*, in www.penale-contemporaneo.it.
- BELLOCCHI A., *L'abnormità*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Spangher, vol. I, *Soggetti e atti*, t. II, *Gli atti*, a cura di G. Dean, Torino, Utet, 2008, p. 477 s.
- BELLUTA H., *Imparzialità del giudice e dinamiche probatorie ex officio*, Torino, Giappichelli, 2006.
- BENE T., *Diversità ontologiche e difformità di effetti delle modificazioni della imputazione*, in *Giur. it.*, 1995, II, p. 313 s.
- BOBBIO N., voce *Sanzione*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XVI, Torino, Utet, 1969, p. 530 s.
- BONN M., *Judicial Cooperation under Title VI: a first assessment in the light of practical experiences*, in MONAR J., MORGAN J. (eds.), *Justice and Home Affairs in the European Union. The Development of the Third Pillar*, Brussels, European University Press, 1995, p. 211 s.
- BORASI I., *L'abuso nel processo penale*, in *Arch. nuova proc. pen.* 2011, p. 14 s.
- BORASI I., *Le invalidità spurie nel processo penale*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2012, p. 126 s.
- BRICOLA F., voce *Teoria del reato*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XIX, Torino, Utet, 1973, p. 7 s.

- BRUNO O., *L'ammissibilità del giudizio abbreviato*, Padova, Cedam, 2007.
- BRUTI LIBERATI E., *L'Associazione dei magistrati italiani*, in E. BRUTI LIBERATI, L. PALAMARA (a cura di), *Cento anni di Associazione magistrati*, Milano, Ipsosa, 2009, p. 14.
- BUCOLO C., *La contestazione*, in *Giust. pen.*, 1949, III, c. 808 s.
- CAIANIELLO M., *Alcune considerazioni in tema di imputazione formulata in modo alternativo*, in *Cass. pen.*, 1997, p. 2468 s.
- CAIANIELLO M., *Il processo penale nella giustizia internazionale: casi giurisprudenziali dall'esperienza dei tribunali ad hoc*, in G. ILLUMINATI, L. STORTONI, M. VIRGILIO (a cura di), *Crimini internazionali tra diritto e giustizia: dai Tribunali Internazionali alle Commissioni Verità e Riconciliazione*, Torino, Giappichelli, 2000, p. 135 s.
- CAIANIELLO M., *Poteri dei privati nell'esercizio dell'azione penale*, Torino, Giappichelli, 2003.
- CAIANIELLO M., *sub art. 459*, in G. CONSO, V. GREVI (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura penale*, Padova, Cedam, 2005, p. 1661 s.
- CAIANIELLO M., *Sulla abnormità della sentenza emessa dal giudice collegiale senza ritirarsi in camera di consiglio*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 3957 s.
- CAIANIELLO M., *Il "caso Pupino": riflessioni sul nuovo ruolo riconosciuto al giudice alla luce del metodo adottato dalla Corte di Giustizia*, in F. SGUBBI, V. MANES (a cura di), *L'interpretazione conforme al diritto comunitario in materia penale*, Bologna, BUP, 2007, p. 89 s.
- CAIANIELLO M., *Ammissione della prova e contraddittorio davanti alle giurisdizioni penali internazionali*, Torino, Giappichelli, 2008.
- CAIANIELLO M., voce *Archiviazione*, in *Enc. dir.*, Annali, Vol. II, Tomo 1, Milano, Giuffrè, 2008, p. 59 s.
- CAIANIELLO M., *Il ricorso immediato della persona offesa dal reato al giudice di pace: da strumento alternativo di avvio della giurisdizione penale a mera sollecitazione per il pubblico ministero*, in *Giur. cost.*, 2008, p. 3429 s.
- CAIANIELLO M., *Mutamento del nomen iuris e diritto a conoscere la natura e i motivi dell'accusa ex art. 6 C.e.d.u: le possibili ripercussioni sul sistema italiano*, in *Giustizia penale*, 2008, I, p. 165 s.
- CAIANIELLO M., *Giudizio abbreviato a seguito di nuove contestazioni. Il prevalere delle tutele difensive sulle logiche negoziali*, in *Giur. cost.*, 2009, p. 4957 s.
- CAIANIELLO M., *La riapertura del processo ex art. 625 bis c.p.p. a seguito di condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 1465 s.

- CAIANIELLO M., *Disclosure before the ICC: The Emergence of a New Form of Policies Implementation System in International Criminal Justice?*, in *International Criminal Law Review* 10 (2010), p. 23 s.
- CAIANIELLO M., *Profili critici e ipotesi di sviluppo nell'adeguamento del sistema interno alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in V. MANES, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 547 s.
- CAIANIELLO M., MANTOVANI M., *L'irruzione della negozialità nel sistema penale. Il ciclo di Seminari 2000/2001 dell'Associazione Franco Bricola*, in *Ind. pen.*, 2002, p. 1195 s.
- CAIANIELLO V., VASSALLI G., *Parere sulla proposta di decisione-quadro sul mandato d'arresto europeo*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 462 s.
- CALABRIA F., *Nullità della notificazione derivante dalla mancata citazione dell'imputato presso il domicilio eletto: quale regime?*, in *Nuovo dir.*, 2006, p. 844.
- CALALAMANDREI I., *Diversità del fatto e modifica dell'imputazione nel codice di procedura penale del 1988*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, p. 647 s.
- CALAMANDREI P., *La Cassazione civile e altri studi sui vizi della sentenza e sulle impugnazioni*, in *Opere giuridiche*, a cura di M. Cappelletti, vol. VI, Napoli, Morano, 1976.
- CALOGERO C., *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*, 2^a ed., Padova, Cedam, 1964.
- CALVANESE E., DE AMICIS G., *Dalla Convenzione di Parigi al vertice di Laeken. La lunga strada del mandato d'arresto europeo*, in *Guida al diritto*, 2002, n. 5, p. 112 s.
- CAMON A., *L'incompatibilità tra difensore e testimone*, Torino, Giappichelli, 2004.
- CANZIO G., *Passato, presente (e futuro?) dei rapporti tra giudicato "europeo" e giudicato penale italiano*, in *Leg. pen.*, 2011, p. 465 s.
- CAPE E., NAMORAZDE Z., SMITH R., SPRONKEN T., *Effective Criminal Defence in Europe*, Anterwerp-Cambridge-Portland, Intersentia, 2010.
- CAPONE A., *Iura novit curia. Studio sulla riqualificazione giuridica del fatto nel processo penale*, Padova, Cedam, 2010.
- CAPRIOLI F., *L'archiviazione*, Napoli, Jovene, 1994.
- CAPRIOLI F., sub art. 568 c.p.p., in G. CONSO, V. GREVI (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura penale*, Padova, Cedam, 2005, p. 1955 s.

- CAPRIOLI F., *Intervento*, in *Criminalia*, 2011, p. 439 s.
- CAPRIOLI F., *Abuso del diritto e nullità inoffensive*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 2444 s.
- CAPRIOLI F., VICOLI D., *Procedura penale dell'esecuzione*, 2^a ed., Torino, Giappichelli, 2011.
- CARACENI L., *Poteri d'ufficio in materia probatoria e imparzialità del giudice penale*, Milano, Giuffrè, 2007.
- CARNELUTTI F., *Lezioni sul processo penale*, I, Roma, ed. dell'Ateneo, 1946.
- CARNELUTTI F., *Lezioni sul processo penale*, III, Roma, ed. dell'Ateneo, Roma, 1947.
- CARNELUTTI F., *Lezioni sul processo penale*, IV, Roma, ed. dell'Ateneo, Roma, 1949.
- CARNELUTTI F., *Questioni sul processo penale*, Bologna, Zuffi, 1950.
- CARNELUTTI F., *Principi del processo penale*, Napoli, Morano, 1960.
- CARNEVALE S., *L'interesse ad impugnare nel processo penale. Profili generali*, Bologna, 2002.
- CARRARA F., *Programma del corso di diritto criminale. Del giudizio criminale*, nella edizione curata da Massimo Nobili, Bologna, Il Mulino, 2004.
- CASSIBBA F., *L'udienza preliminare: struttura e funzioni*, Milano, Giuffrè, 2007.
- CASSIBBA F., *Nullità della richiesta di rinvio a giudizio per genericità dell'imputazione*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 1178 s.
- CASTRONUOVO D., *La contestazione del fatto colposo: discrasie tra formule prasseologiche d'imputazione e concezioni teoriche della colpa*, in *Cass. pen.*, 2002, 12, p. 3836 s.
- CASTRONUOVO D., *L'evoluzione teorica della colpa penale tra dottrina e giurisprudenza*, in corso di pubblicazione su *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012.
- 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. 305 s.
- CATALANO E. M., *La prova d'alibi*, Milano, Giuffrè, 1998.
- CATALANO E. M., *Il concetto di abnormità fra problemi definitivi ed applicazione giurisprudenziale*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, p. 1242 s.
- CATALANO E. M., *L'abuso del processo*, Milano, Giuffrè, 2004.
- CATALANO E. M., *Profili problematici in tema di abuso del processo*, in P. CORSO, F. PERONI, *Studi in onore di Mario Pisani*, vol. I, Piacenza, La Tribuna, 2010, p. 157 s.

- CAVALLARI E., voce *Contestazione dell'accusa*, in *Enc. dir.*, vol. IX, Milano, Giuffrè, 1961, p. 631 s.
- CAVALLARI E., voce *Contraddittorio (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. IX, Milano, Giuffrè, 1961, p. 728 s.
- CAVALLARI V., *Artt. 177-181*, in M. CHIAVARIO (a cura di), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, vol. II, Torino, Utet, 1990, p. 324 s.
- CESARI C., *Modifica dell'imputazione e poteri del giudice dell'udienza preliminare*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1994, p. 298 s.
- CHELO A., *Il mandato d'arresto europeo*, Padova, Cedam, 2010.
- CHENAL R., TAMIETTI A., *sub Art. 6*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, Cedam, 2012, p. 172 s.
- CHIAVARIO M., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Milano, Giuffrè, 1969.
- CHIAVARIO M., *L'azione penale tra diritto e politica*, Padova, Cedam, 1995.
- CHIAVARIO M., *La "lunga marcia" dei diritti dell'uomo nel processo penale*, in BALSAMO A., KOSTORIS R. E. (a cura di), *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, Torino, Giappichelli, 2008, p. 11 s.
- CHIAVARIO M., *La Corte costituzionale ha svolto il suo compito: ora tocca ad altri*, in *Leg. pen.*, 2011, p. 495 s.
- CHIAVARIO M., DELMÀS-MARTY M. (a cura di), *Procedure penali d'europa*, Padova, Cedam, 1998.
- CHITI E., FAVILLA M. E., LIMBERTI L., *Il terzo pilastro: una rassegna*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.* 1997, p. 799 s.
- COMOGLIO L. P., *Abuso dei diritti di difesa e durata ragionevole del processo: un nuovo parametro per i poteri direttivi del giudice?*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 1686 s.
- COMOGLIO L. P., *Perquisizione illegittima ed inutilizzabilità derivata delle prove acquisite con il susseguente sequestro*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 1545 s.
- COMOGLIO L. P., *Abuso del processo e garanzie costituzionali*, *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 319 s.
- CONSO G., *Il concetto e le specie di invalidità. Introduzione alla teoria dei vizi degli atti processuali penali*, Milano, Giuffrè, 1955.
- CONSO G., voce *Accusa e sistema accusatorio*, in *Enc. dir.*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1958, p. 335 s.
- CONTI C., *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, Padova, Cedam, 2007.

- CONTI C., *Nullità e inutilizzabilità: problemi attuali e prospettive di riforma*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 1651 s.
- CONTI C., *Il volto attuale della inutilizzabilità: derive sostanzialistiche e bussola della legalità*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 781 s.
- CONTI C., *I diritti fondamentali della persona tra divieti e “sanzioni processuali”*: il punto sulla perizia coattiva, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 993 s.
- CONTI C. (a cura di), *Scienza e processo penale. Nuove frontiere e vecchi pregiudizi*, Milano, Giuffrè, 2011.
- CONTI C., *Accertamenti medici sulla persona e diritti fondamentali: il legislatore di fronte all’oceano*, in EAD. (a cura di), *Scienza e processo penale. Nuove frontiere e vecchi pregiudizi*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 119 s.
- CORASANITI M., *La banca dati del DNA: primi aspetti problematici dell’attuazione del Trattato di Prüm*, in *Dir. informatica*, 2009, p. 437 s.
- CORDERO F., *Le situazioni soggettive nel processo penale*, Torino, Giappichelli, 1955.
- CORDERO F., *L’“inesistenza” della decisione giudiziaria (rilievi in merito ad un recente contributo giurisprudenziale all’inquadramento del problema)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1957, p. 602 s.
- CORDERO F., *Considerazioni sul principio d’identità del “fatto”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1958, p. 935 s.
- CORDERO F., *Nullità per inosservanza del termine e “bisogno di tutela giuridica”*, in *Scuola pos.*, 1961, p. 547 s.
- CORDERO F., *Nullità, sanatorie, vizi innocui*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1961, p. 680 s.
- CORDERO F., voce *Giudizio*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. V, Torino, Utet, 1961, p. 881 (ora in *Dig. pen.*, IV ed., vol. V, Torino, Utet, 1991, p. 508 s.).
- CORDERO F., *Linee di un processo accusatorio*, in *Ideologie del processo penale*, Roma, La Sapienza, 1997, p. 159 s. [già in *Jus*, 1964, p. 137-162, nonché in AA.VV., *Criteri direttivi per una riforma del processo penale*, Atti del Convegno di Lecce (1-3 maggio 1964) e Bellagio (3-4 ottobre 1964) del Centro Nazionale di prevenzione e difesa sociale, Milano, Giuffrè, 1965, p. 61 s.].
- CORDERO F., *Procedura penale*, Milano, Giuffrè, 1983, p. 888.
- CORDERO F., *Codice di procedura penale commentato*, 2^a ed., Torino, Utet, 1992.
- CORDERO F., *Procedura penale*, 9^a ed., Milano, Giuffrè, 2012.
- CORDOPATRI F., *L’abuso del processo*, Padova, Cedam, 2000.
- CORVI P., *Artt. 177-186*, in A. GIARDA, G. SPANGHER (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, Milano, Ipsoa, 2010, vol. I, p. 1713.

- CURTOTTI NAPPI D., SARAVO L., *L'approccio multidisciplinare nella gestione della scena del crimine*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 263 s.
- DAMAŠKA M. R., *The Reality of Prosecutorial Discretion: Comments on a German Monography*, in *American Journal of Comparative Law*, vol. 29, 1981, p. 119 s.
- DAMAŠKA M. R., *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo*, Bologna, Il Mulino, 1991, p. 98 s. (orig. *The Faces of Justice and State Authority. A Comparative Approach to the Legal Process*, Yale University Press, 1986).
- DANIELE M., *La regola di esclusione della prova e giurisprudenza della Corte europea: profili di potenziale conflitto*, in BALSAMO A., KOSTORIS R. E. (a cura di), *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, Torino, Giappichelli, 2008, p. 383 s.
- DANIELE M., *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*, Torino, Giappichelli, 2009.
- DE BOER M., *Police, customs and Judicial Cooperation in the Treaty on European Union*, in MONAR J., MORGAN J. (eds.), *Justice and Home Affairs in the European Union. The Development of the Third Pillar*, Brussels, European University Press, 1995, p. 191 s.
- DE LUCA G., *Concorso formale di reati e limiti oggettivi della cosa giudicata penale*, in *Riv. proc. pen.* 1960, p. 187 s.
- DE MATTEIS L., *Le sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo ed il giudicato penale: osservazioni intorno al caso "Dorigo"*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 1441 s.
- DE MATTEIS L., *Diversa qualificazione giuridica dell'accusa e tutela del diritto di difesa*, in BALSAMO A., KOSTORIS R. E. (a cura di), *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, Torino, Giappichelli, 2008, p. 215 s.
- DE MATTEIS L., *Condanna da parte della corte europea dei diritti dell'uomo e revoca del giudicato interno*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 1474 s.
- DE PRIAMO F., voce *Inammissibilità*, in *Dig. pen.*, vol. VI, Torino, Utet, 1992, p. 296 s.
- DE SALVIA M., *L'obbligo degli stati di conformarsi alle decisioni della corte europea e del comitato dei ministri del consiglio d'Europa*, in BALSAMO A., KOSTORIS R. E. (a cura di), *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, Torino, Giappichelli, 2008, p. 67 s.
- DE VERGOTTINI G., *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna, Il Mulino, 2010.
- DEAN G., *L'impromovibilità dell'azione penale*, Milano, Giuffrè, 1996.

- DEAN G., *Gli atti*, in AA. VV., *Procedura penale*, Torino, Giappichelli, 2010.
- DEAN G., nella sua relazione dal titolo *Il difficile equilibrio tra parti e giudice nella assunzione della prova dibattimentale mediante l'esame*, tenutasi al XXIII Convegno annuale dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale G.D. Pisapia, sul tema *La prova penale nello specchio del diritto vivente* (Siracusa, 30 settembre 1 e 2 ottobre 2011). Gli atti sono in corso di pubblicazione.
- DEGANELLO M., *Procedimento in absentia: sulla "tratta" Strasburgo-Roma una "perenne incompiuta"*, in R. GAMBINI, M. SALVATORI (a cura di), *Convenzione europea sui diritti dell'uomo: processo penale e garanzie*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2009, p. 79 s.
- DELL'AGLIO C., *La restitutio in integrum e l'analisi dell'esame verificatorio sull'effettiva conoscenza della pronuncia in absentia: tutela del diritto dell'imputato ad un equo processo*, in *Giur. merito*, 2009, p. 1471 s.
- DELOGU T., *Contributo alla teoria dell'inammissibilità nel diritto processuale penale*, Milano, Giuffrè, 1938.
- DI BITONTO M. L., *La modifica dell'imputazione nel dibattimento: problemi interpretativi e soluzioni possibili*, in *Giur. it.*, 1999, p. 2136 s.
- DI BITONTO M. L., *Profili dispositivi dell'accertamento penale*, Torino, Giappichelli, 2004.
- DI FEDERICO G., *Obbligatorietà dell'azione penale, coordinamento delle attività del pubblico ministero e loro rispondenza alle aspettative della comunità*, in A.A.V.V., *Accusa penale e ruolo del pubblico ministero*, a cura di A. GAITO, Napoli, Jovene, 1991, p. 170 s.
- DI FEDERICO G., *Il pubblico ministero: indipendenza, responsabilità, carriera "separata"*, in *Ind. pen.* 1995, p. 399 s.
- DI GERONIMO P., *L'efficacia normativa delle sentenze costituzionali additive: un criterio risolutivo del contrasto in tema di mutamento della contestazione formulata prima dell'istruttoria dibattimentale*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 4203.
- DI SALVO E., *Prova scientifica, indagini preliminari e garanzie difensive*, in *Giur. merito*, 2010, p. 1177 s.
- DIDDI A., *Sanatoria per conseguimento dello scopo: un'altra applicazione in tema di nullità delle notificazioni eseguite presso un domicilio diverso da quello validamente dichiarato*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 2545 s.
- DINACCI F. R., *L'inutilizzabilità nel processo penale*, Milano, Giuffrè, 2008.

- DINACCI U., *Prospettive sistematiche del processo penale*, II ed., Padova, Cedam, 1978.
- DI PAOLO G., *La sanatoria delle nullità nel processo penale*, Padova, Cedam, 2012.
- DOMINIONI O., voce *Imputazione*, in *Enc. dir.*, vol. XX, Milano, Giuffrè, 1970, p. 818 s.
- DOMINIONI O., *Il nuovo sistema delle nullità*, in E. AMODIO, O. DOMINIONI, G. GALLI, *Nuove norme sul processo penale e sull'ordine pubblico*, Milano, Giuffrè, 1978, p. 72.
- DOMINIONI O., *Per un collegamento tra Ministro della Giustizia e pubblico ministero*, in *Pubblico ministero e accusa penale*, a cura di G. CONSO, Bologna, Zanichelli, 1979.
- DOMINIONI O., *Le parti nel processo penale. Profili sistematici e problemi*, Milano, Giuffrè, 1985.
- DOMINIONI O., voce *Azione penale*, in *Dig. pen.*, I, Torino, Utet, 1987, p. 398 s.
- DONDI A., voce *Abuso del processo (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, Annali, III, Milano, Giuffrè, 2010, p. 1 s.
- DONINI M., *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, Giuffrè, 2011.
- DRESSLER J., MICHAELS A. C., *Understanding Criminal Procedure*, 4th Ed., LexisNexis, 2006.
- DWORKIN R., *I diritti presi sul serio*, Bologna, Il Mulino, 1982 (orig. *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard Un. Press, 1977).
- EDWARDS H. T., *To Err Is Human, But Not Always Harmless: When Should Legal Error Be Tolerated?*, 70 *New York Un. Law Rev.*, 6, 1995, pp. 1167-1228.
- FABBRICATORE A., *Caso Pupino: sul riconoscimento dell'efficacia diretta delle decisioni quadro*, in *Dir. pen. e proc.*, 2006, p. 640 s.
- FAIRFAX R. A., JR., *Harmless Constitutional Error and the Institutional Significance of the Jury*, in 76 *Fordham L. Rev.*, 2027 (2008), p. 2027 s.
- FAVALLI M., *L'ammissibilità nel processo penale*, Jovene, Napoli, 1968, pp. 158-174.
- FELICIONI P., *L'Italia aderisce al Trattato di Prüm: disciplinata l'acquisizione e l'utilizzazione probatoria dei profili genetici*, in *Dir. pen. e proc.*, 2009, p. 6 s.
- FELICIONI P., *Questioni aperte in materia di acquisizione e utilizzazione probatoria dei profili genetici*, in CONTI C. (a cura di), *Scienza e processo penale. Nuove frontiere e vecchi pregiudizi*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 143 s.

- FERRAJOLI L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, 2^a ed., Roma-Bari, Laterza, 1990.
- FERRANTE U., *Contestazione in dibattimento del reato concorrente o della circostanza aggravante*, in *Giur. merito*, 1994, p. 926 s.
- FERRARESE M. R., *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, Il Mulino, 2000.
- FERRARESE M. R., *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna, Il Mulino, 2002.
- FERRUA P., *L'iniziativa del pubblico ministero nella ricerca della notitia criminis*, in *Leg. pen.*, 1987, p. 818 s.
- FERRUA P., voce *Difesa (diritto di)*, in *Dig. pen.*, vol. III, Torino, Utet, 1989, p. 466 s.
- FERRUA P., *I poteri probatori del giudice dibattimentale: ragionevolezza delle Sezioni unite e dogmatismo della Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 1069 s.
- FERRUA P., *Il libero convincimento del giudice penale: i limiti legali*, in AA.VV., *Il libero convincimento del giudice penale. Vecchie e nuove esperienze*, Milano, Giuffrè, 2004.
- FERRUA P., *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, in P. FERRUA, F. M. GRIFANTINI, G. ILLUMINATI, R. ORLANDI, *La prova nel dibattimento penale*, 4^a ed., Torino, Giappichelli, 2010, p. 317 s.
- FERRUA P., *Il "giusto processo"*, 3^a ed., Bologna, Zanichelli, 2012.
- FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, 6^a ed., Bologna, Zanichelli, 2009.
- FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, 6^a ed., Bologna, Zanichelli, 2012.
- FIMIANI P., *La tutela penale delle finanze comunitarie. Profili sostanziali e processuali*, Milano, Giuffrè, 1999.
- FIORIO C., *Vicende dell'imputazione e giudizio abbreviato*, in *Giur. cost.*, 2005, p. 2053 s.
- FLORIAN E., *Principi di diritto processuale penale*, Torino, Giappichelli, 1932.
- FONTI R., *L'inammissibilità degli atti processuali*, Padova, Cedam, 2008.
- FOSCHINI G., *Sulla nozione di abnormità nel processo penale*, in *Id.*, *Studi sulle impugnazioni penali*, Milano, Giuffrè, 1955.
- FOSCHINI G., *Decisione e contestazione in tema di delitto colposo*, in *Id.*, *Giudicare ed essere giudicati*, Milano, Giuffrè, 1960.
- FOSCHINI G., *La criptoimputazione*, in *Studi in memoria di A. Torrente*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1968, p. 369.

- FOSCHINI G., *Sistema del diritto processuale penale*, vol. I, 2^a ed., Milano, Giuffrè, 1965.
- GADAMER H. G., *Wahrheit und methode*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), trad. in *Verità e metodo*, vol. II, Milano, Bompiani, 1995.
- GAETA P., *Illegittimo negare revisioni del giudicato interno ritenuto non equo dalla Corte di Strasburgo. Al decisore interno la singola valutazione sul grado di "contaminazione" delle prove*, in *Guida dir.*, 2011, n. 17, p. 52 s.
- GALANTINI N., *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Padova, Cedam, 1992.
- GALANTINI N., voce *Inutilizzabilità (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Agg. I, Milano, Giuffrè, 1997, p. 698 s.
- GALANTINI N., voce *Vizi degli atti processuali*, in *Dig. pen.*, vol. XV, Torino, Utet, 1999, p. 340 s.
- GALATI A., voce *Nullità (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXVIII, Milano, Giuffrè, 1978, p. 909 s.
- GALGANI B., *Libertà personale e "raccolta" di campioni biologici: eccessi di zelo difensivo o formalismi della Suprema Corte?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2008, p. 1812 s.
- GALLI G., *L'inammissibilità dell'atto processuale penale*, Milano, Giuffrè, 1969.
- GAMBINI F., *sub Art. 6*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, Cedam, 2012, p. 176.
- GHIARA A., voce *Inammissibilità (Diritto processuale penale)*, *Noviss. Dig. it.*, vol. VIII, Torino, Utet, 1962, p. 479 s.
- GHIRGA M. R., *Conciliazione giudiziale e abuso del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, p. 196 s.
- GIALUZ M., *Una sentenza "additiva di istituto": la corte costituzionale crea la "revisione europea"*, in *Cass. pen.* 2011, 10, p. 3308 s.
- GIORDANO R., *La vocatio in iudicium nel nuovo codice di procedura penale*, in *Giust. pen.*, 1991, III, p. 450 s.
- GIOSTRA G., voce *Contraddittorio (principio del)*. *Diritto processuale penale*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. VIII, Roma, 1988, p. 1 s.
- GIOSTRA G., *L'archiviazione. Lineamenti sistematici e questioni interpretative*, Torino, Giappichelli, 1994, p. 7-12.
- GIOSTRA G., *Art. 9 l. 8 agosto 1995, n. 332*, in AA.VV., *Modifiche al codice di procedura penale. Nuovi diritti della difesa e riforma della custodia cautelare*, Padova, Cedam, 1995, p. 133 s.

- GIOSTRA G., *Gli importanti meriti e i molti limiti della nuova disciplina*, in *Giur. it.*, 2010, p. 1217-1221.
- GIULIANI L., *La regola di giudizio in materia di archiviazione (art. 125 disp. att. c.p.p.) all'esame della Corte costituzionale*, in *Cass. pen.*, 1992, p. 249 s.
- GIULIANI L., *La disciplina della rimessione di fronte alle Sezioni unite: inammissibilità della richiesta e divieto di pronunciare sentenza ex art. 47 comma 1° c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 1995, p. 2855 s.
- GIULIANI L., *Rimessione del processo e valori costituzionali*, Torino, Giappichelli, 2002.
- GIUNCHEDI F., *L'atto "abnorme" nell'evoluzione giurisprudenziale*, in *Giur. it.*, 2002, p. 1907 s.
- GIUPPONI T. F., *Corte costituzionale, obblighi internazionali e 'controlimiti allargati': che tutto cambi perché tutto rimanga uguale?*, in *Forum Quaderni Costituzionali*, 2007, online sul sito www.forumcostituzionale.it.
- GLESS S., *Transnational Cooperation in Criminal Matters and the Guarantee of a Fair Trial – Prospects and Perils for Criminal Defense*, online sul sito web <http://tcl.ius.unibas.ch/>.
- GOLDSCHMIDT J., *Principios generales del proceso. Teoria general del proceso*, Buenos Aires, 1961.
- GOYET C., *A propos des nullités de l'instruction préparatoire: quelques remarques sur la distinction des nullités textuelles et des nullités substantielles*, in *Rev. Sc. Crim. Dr. Pén. Comp.*, 1976, p. 899 s.
- GRAHAM M. H., *Abuse of Discretion, Reversible Error, Harmless Error, Plain Error, Structural Error; A New Paradigm For Criminal Cases*, in *Crim. Law Bull.*, vol. 43, No. 6, 2007, p. 955 s.
- GREVI V., *Archiviazione per "inidoneità probatoria" ed obbligatorietà dell'azione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 1274 s.
- GREVI V., *Alla ricerca di un processo penale giusto: itinerari e prospettive*, Milano, Giuffrè, 1999.
- GREVI V., *Presunzione di non colpevolezza, garanzie dell'imputato ed efficienza del processo nel sistema costituzionale*, in *Id.*, *Alla ricerca di un processo penale "giusto"*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 119.
- GREVI V., *Uso strumentale degli istituti processuali ed esigenze di effettività della giustizia penale*, Relazione svolta al Seminario di studi su "Il comportamento delle parti tra invalidità e ragionevole durata del processo", Catania, 24-25 maggio 2002, sintesi a cura di A. ZAPPULLA, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 1067.
- GRIFANTINI F. M., voce *Inutilizzabilità*, in *Dig. pen.*, vol. VII, Torino, Utet, 1993, p. 243 s.

- GRIFANTINI F. M., *Attività preparatorie del contraddittorio dibattimentale*, 2^a ed., Torino, Giappichelli, 2009.
- GUAZZAROTTI A., *La Cedu e l'ordinamento nazionale: tendenze giurisprudenziali e nuove esigenze teoriche*, in *Quaderni costituzionali*, 2006, p. 491 s.
- HENNION-JACQUET P., *Les nullités de l'enquêt de l'instruction. Un exemple du déclin de la légalité procédurale*, in *Rev. pen. dr. pén.*, 2009, p. 7 s.
- IACOVIELLO F. M., *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in Cassazione*, Milano, Giuffrè, 1997.
- IAFISCO L., *Gli atti preliminari al dibattimento penale di primo grado*, Torino, Giappichelli, 2009.
- IASEVOLI C., *La nullità nel sistema processuale penale*, Padova, Cedam, 2008.
- IASEVOLI C., *Le nullità nel processo partecipato: ovvero legalità e garanzie nell'etica della responsabilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 664 s.
- IASEVOLI C., voce *Abnormità*, in *Enc. giur. Treccani*, Agg., Roma, 2004, p. 1 s.
- ILLUMINATI G., *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Bologna, Zanichelli, 1979.
- ILLUMINATI G., *Presupposti delle misure cautelari*, in V. GREVI (a cura di), *Misure cautelari e diritto di difesa nella l. 8 agosto 1995, n. 332*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 105 s.
- ILLUMINATI G., *Precostituzione del giudice e presupposti della rimessione*, in F. CAPRIOLI (a cura di), *La nuova disciplina della rimessione del processo*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 59-79.
- ILLUMINATI G., *Ammissione e acquisizione della prova nell'istruzione dibattimentale*, in P. FERRUA, F. M. GRIFANTINI, G. ILLUMINATI, R. ORLANDI, *La prova nel dibattimento penale*, 4^a ed., Torino, Giappichelli, 2010, p. 75 s.
- ILLUMINATI G., *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 522 s.
- ILLUMINATI G., *Opening Speech. Transnational inquiries in criminal matters and respect for fair trial guarantees*, in S. RUGGERI (a cura di), *Transnational Inquiries and the Protection of Fundamental Rights in Criminal Proceedings*, in corso di pubblicazione.
- INSOLERA G., *Intervento*, in *Criminalia*, 2011, p. 452 s.
- IOVENE F., *Giudizio immediato "custodiale" e reati a citazione diretta*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 3080.
- KAGAN R. A., *La giustizia americana. Come il contraddittorio fa il diritto*, Bologna, Il Mulino, 2009.

- KAMIN S., *Harmless Error and the Right/Remedies Split*, 88 *Virginia Law Review*, 2002, p. 1 s.
- KAMISAR Y., LA FAVE W. R., ISRAEL J. H., KING N. J., *Advanced Criminal Procedure. Cases, Comments and Questions*, 11th ed., Thomson West, 2005.
- KELSEN H., *La dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 1968 (titolo originario *Reine rechtslehre*, Leipzig-Wien, 1935).
- KLIP A., *Towards a General Part of Criminal Law for the European Union*, in A. KLIP (ed.), *Substantive Criminal Law of the European Union*, Antwerpen-Apeldoorn-Portland, Maklu, 2011, p. 15 s.
- KLIP A., *European Criminal Law. An Integrative Approach.*, 2nd edition, Cambridge-Antwerp-Portland, Intersentia, 2012.
- KOSTORIS R. E., *Ammissione di documenti e diritto alla prova contraria*, in *Giur. cost.*, 1994, p. 3184.
- KOSTORIS R. E., *La ragionevole durata del processo nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo e nell'art. 111 Cost.*, in R. E. KOSTORIS (a cura di), *La ragionevole durata del processo. Garanzie ed efficienza della giustizia penale*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 3 s.
- 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*, Torino, Giappichelli, 2008, p. 3 s.
- KOSTORIS R. E., *Diversa qualificazione giuridica del fatto in cassazione e obbligo di conformarsi alle decisioni della Corte europea dei diritti umani: considerazioni sul caso Drassich*, in *Giur. it.*, 2009, p. 2514 s.
- KOSTORIS R. E., *La lotta al terrorismo e alla criminalità organizzata tra speciali misure processuali e tutela dei diritti fondamentali nella risoluzione del XVIII Congresso internazionale di diritto penale*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 327 s.
- KOSTORIS R. E., *La revisione del giudicato iniquo e i rapporti tra violazioni convenzionali e invalidità processuali secondo le rego,e interne*, in *Leg. pen.*, 2011, p. 473 s.
- KOSTORIS R. E., *Modello accusatorio, cultura inquisitoria, scenari europei, tra presente e futuro del processo penale*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 530 s.
- LABAYLE H., *La cooperation dans les domaines de la Justice et des Affaires Interieures*, in AA.VV *Les Accords de Maastricht et la constitution de l'Union Europeenne*, Paris, Montechreisten, 1993, p. 150.
- LAGO G., *Legge n. 85 e banche dati del DNA a fini di giustizia: spunti di studio comparato con raccomandazioni internazionali*, in CONTI C. (a

- cura di), *Scienza e processo penale. Nuove frontiere e vecchi pregiudizi*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 183 s.
- LANDES W. M., POSNER R. A., *Harmless Error*, in 30 *J. Legal Stud.*, 2001, p. 161 s.
- LEBLANC A. P., JR., *Considerations Concerning Harmless Error in Louisiana Criminal Cases*, in 64 *Luisiana Law Review*, 2004, p. 21 s.
- LEMMO E., *L'accusa suppletiva nel dibattimento penale*, Milano, Giuffrè, 1972.
- LEO G., *Sull'omissione della citazione a giudizio per effetto di nullità della relativa notifica*, in *Corr. merito*, 2005, p. 343.
- LEO G., *L'abuso del processo nella giurisprudenza di legittimità*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 508 s.
- LEO G., *L'abuso del processo nella giurisprudenza di legittimità (seconda parte)*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 627 s.
- LEONE G., *Istituzioni di diritto processuale penale*, Napoli, Jovene, 1965.
- LETO G., *Le nullità nel procedimento penale*, Palermo, Reber, 1905.
- LI VOLSÌ F., *Esercizio della potestà di impugnare del contumace dopo la pronuncia sul gravame del difensore diventata esecutiva: una questione aperta*, in *Ind. pen.*, 2008, p. 661 s.
- LOMBARDO L., *Genericità dell'imputazione e poteri del giudice dell'udienza preliminare*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 633 s.
- LONATI S., *La Corte costituzionale individua lo strumento per dare attuazione alle sentenze della Corte europea: un nuovo caso di revisione per vizi processuali*, in www.penalecontemporaneo.it.
- LOZZI G., *Favor rei e processo penale*, Milano, Giuffrè, 1968.
- LOZZI G., *Profili di un'indagine sui rapporti tra ne bis in idem e concorso formale di reati*, Milano, Giuffrè, 1974.
- LOZZI G., *Prove invalide non utilizzate e declaratoria di nullità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1978, p. 443 s.
- LOZZI G., voce *Atti processuali. II Diritto processuale penale*, *Enc. Giur. Treccani*, vol. I, Roma, 1995, p. 1 s.
- LOZZI G., *Modalità cronologiche della contestazione suppletiva e diritto di difesa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 342 s.
- LOZZI G., *Lezioni di procedura penale*, Torino, Giappichelli, 2010.
- LUPARIA L., *Una recente decisione della Corte di giustizia sull'allargamento delle ipotesi di audizione del minore in incidente probatorio*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 3544 s.
- MACCHIA A., *Nullità: quando una garanzia della difesa può diventare uno strumento di abuso*, in *Dir. e giust.*, 2005, f. 6, p. 42 s.

- MACRILLÒ A., *Nullità derivante dalla mancata citazione dell'imputato presso il domicilio eletto*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 715 s.
- MANACORDA S., *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e C.e.d.u.: una nuova topografia delle garanzie penalistiche in Europa*, in V. MANES, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 147 s.
- MANCINELLI C., *Nullità degli atti processuali penali*, in *Noviss. Dig. it.*, Vol. XI, Torino, Utet, 1965, p. 490.
- MANES V., *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutica, parametro di ragionevolezza*, Torino, Giappichelli, 2005.
- MANES V., *L'incidenza delle "decisioni-quadro" sull'interpretazione in materia penale: profili di diritto sostanziale*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 1150 s.
- MANES V., *Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 739 s.
- MANES V., *L'applicazione retroattiva della pena più mite: prove di dialogo «multilevel»*, in *Quad. cost.*, 2007, p. 374 s.
- MANES V., *Introduzione. La lunga marcia della Convenzione europea ed i "nuovi" vincoli per l'ordinamento (e per il giudice) penale interno*, in V. MANES, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 2 s.
- MANES V., *Metodo e limiti dell'interpretazione conforme alle fonti sovranazionali in materia penale*, in *Arch. pen.*, 2012, n. 1, p. 1 s.
- MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, 6^a ed., Padova, Cedam, 2009.
- MANTOVANI M., *Il caso Senna fra contestazione della colpa e principio di affidamento*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1999, p. 153 s.
- MARCHETTI M. R., voce *Mandato d'arresto europeo*, in *Enc. dir.*, Annali, II, t. 1, Milano, Giuffrè, 2008, p. 539 s.
- MARCOLINI S., *Regole di esclusione costituzionali e nuove tecnologie*, in *Criminalia*, 2006, p. 395, 407, 417-429.
- MARINUCCI G., DOLCINI E., *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, 2^a ed, Milano, Giuffrè, 2006.
- MARZADURI E., voce *Imputato e imputazione*, in *Dig. pen.*, VI, Torino, Utet, 1992, p. 278 s.
- MAZZA O., *La norma processuale penale nel tempo*, Milano, Giuffrè, 1999.

- MAZZA O., *Imputazione e nuovi poteri del giudice dell'udienza preliminare*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1372 s.
- MAZZA O., *I protagonisti del processo*, in AA.VV., *Procedura penale*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 43 s.
- MCCORD D., *The "Trial/Structural" Error Dichotomy: Erroneous, and not Harmless*, in 45 *Kan. L. Rev.*, 1997, p. 1401 s.
- MENCARELLI F., *Il provvedimento abnorme nella teoria del processo penale*, Napoli, Jovene, 1984.
- MENNA M., *Gli interventi del giudice dibattimentale sull'acquisizione della prova*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 705 s.
- MENNUNI N., *Portata e limiti dell'art. 63 comma 2 cod. proc. pen. Le dichiarazioni rese da persone meramente coinvolte nei fatti-reato addebitati a tempi*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 1259.
- MONAR J., MORGAN J. (eds.), *Justice and Home Affairs in the European Union. The Development of the Third Pillar*, Brussels, European University Press, 1995.
- MONTAGNA A., *Attività del giudice ricusato e sua validità*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 941 s.
- MOSCARINI P., *Il giudizio in absentia nell'ottica delle giurisdizioni internazionali ed in una recente legge italiana*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 573 s.
- MOSCARINI P., *Esigenze antiformalistiche e raggiungimento dello scopo nel processo penale*, Milano, Giuffrè, 1988.
- MUSCO E., *La contestazione nei reati colposi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971, p. 330 s.
- NEGRI D., *sub art. 438*, in G. CONSO, V. GREVI (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura penale*, Padova, Cedam, 2005, p. 1561 s.
- NEPPI MODONA G., *Art. 112 [e 107, 4°c.]*, in *Commento alla costituzione*, a cura di G. BRANCA, Tomo IV, Bologna, Zanichelli, 1987, p. 43 s.
- NICOTINA G., *L'abuso nel processo civile*, Roma, Aracne, 2005.
- NOBILI M., *Commento all'art 25 comma 1° Cost.*, in *Commentario della Costituzione. Rapporti civili (art 24-26)*, a cura di G. Branca, Bologna, Zanichelli, 1981, p. 135 s.
- NOBILI M., *Il magistrato in funzione di polizia tributaria: un'ulteriore supplenza conforme alle norme vigenti?*, in *Leg. pen.*, 1987, p. 810 s.
- NOBILI M., *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano, Giuffrè, 1974.
- NOBILI N., *Il "diritto delle prove" e un rinnovato concetto di prova*, in M. CHIAVARIO (a cura di), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, vol. II, Torino, Utet, 1990, p. 381 s.

- NOBILI M., *Principio di legalità e processo penale (in ricordo di Franco Bricola)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 648 s.
- NOBILI M., *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova, Cedam, 1998.
- NOBILI M., *Un “quarto potere” ?*, in M. TIRELLI (a cura di), *Recenti orientamenti in tema di pubblico ministero ed esercizio dell’azione penale*, Atti del Convegno di Modena, 27 aprile 1996, Milano, Giuffrè, 1998, p. 29 s.
- NOBILI M., *Nuovi modelli e connessioni: processo – teoria dello Stato – epistemologia*, in *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, vol. II, Milano, Giuffrè, 2000, p. 479 s. (già in *Ind. pen.*, 1999, p. 27 s.).
- NOBILI M., *Storia d’una illustre formula: il “libero convincimento” negli ultimi trent’anni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 71 s.
- ORLANDI R., voce *Condizioni di procedibilità*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. VII, Roma, 1988, p. 1 s.
- ORLANDI R., *Inchieste preparatorie nei procedimenti di criminalità organizzata: una riedizione dell’inquisitio generalis?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, p. 568 s.
- ORLANDI R., *L’attività argomentativa delle parti nel dibattimento penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 452 s. (ora in P. FERRUA, F. M. GRIFANTINI, G. ILLUMINATI, R. ORLANDI, *La prova nel dibattimento penale*, 4^a ed., Torino, Giappichelli, 2010, p. 3 s.).
- ORLANDI R., *La prolusione di Rocco e le dottrine del processo penale*, in *Criminalia*, 2010, p. 207 s.
- ORLANDI R., *La ricerca della notizia di reato da parte dell’accusatore*, in *Criminalia*, 2011, p. 437 s.
- PAGANI P., voce *Nullità (materia penale)*, in *Digesto italiano*, Vol. XVI, Torino, Utet, 1905-1910, p. 512 s.
- PALAZZO F., *Il principio di determinatezza nel diritto penale: la fattispecie*, Padova, Cedam, 1979.
- PALAZZO F., *Corso di diritto penale. Parte generale*, 3^a ed., Torino, Giappichelli, 2008.
- PALAZZO F., voce *Legge penale*, in *Dig. pen.*, VII, Torino, Utet, 1993, p. 338 s.
- PANZAVOLTA M., *Inammissibilità*, in *Studi Urbinati di Scienze giuridiche, politiche ed economiche*, 2004/05, p. 217 s.
- PANZAVOLTA M., *Eurojust: il braccio giudiziario dell’Unione*, in M. G. COPPETTA (a cura di), *Profili del processo penale nella Costituzione europea*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 149 s.

- PANZAVOLTA M., *Lo statuto del pubblico ministero europeo (ovvero ologramma di un accusatore continentale)*, in M.G. COPPETTA (a cura di), *Profili del processo penale nella Costituzione europea*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 179 s.
- PANZAVOLTA M., voce *Nullità. II) Dir. proc. pen.*, in *Enc. Giur. Treccani*, Agg. 2005, Roma, p. 1 s.
- PANZAVOLTA M., *L'imputazione difettosa nel decreto di rinvio a giudizio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 357 s.
- PANZAVOLTA M., voce *Nullità*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Milano, Giuffrè, 2006, p. 3830 s.
- PANZAVOLTA M., *Il profilo dell'istituto*, in *Giur. it.*, 2010, p. 1223 s.
- PARLATO L., *Modifica dell'imputazione e contestazione di fatti già conosciuti in sede di indagini preliminari*, in *Cass. pen.*, 1999, p. 251 s.
- PARLATO L., *Riapertura del processo iniquo per modifica "viziata" del nomen iuris*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 1584 s.
- PATANÈ A., *La notitia criminis: dall'iscrizione formale all'iscrizione di fatto*, in *Giur. it.*, 2010, p. 675 s.
- PAULESU P. P., *Giudice e parti nella "dialettica" della prova testimoniale*, Torino, Giappichelli, 2002.
- PAULESU P. P., sub *Artt. 177-186*, in G. CONSO, V. GREVI (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura penale*, Padova, Cedam, 2005, p. 482 s.
- PAULESU P. P., *Notizia di reato e scenari investigativi complessi: contrasto alla criminalità organizzata, operazioni "sotto copertura", captazione di dati digitali*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 787 s.
- PELLIZZARI D., *Pari dignità tra elezione e dichiarazione di domicilio nel processo penale*, in *Arch. n. proc. pen.*, 2007, p. 171 s.
- PERCHINUNNO V., *L'accertamento alternativo nel processo penale*, Milano, Giuffrè, 1980.
- PERCHINUNNO V., voce *Imputazione (capo di)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XVI, Roma, 1989, p. 1 s.
- PERONI F., *L'autonomia del diritto processuale penale nell'evoluzione del sistema universitario nazionale*, in P. CORSO, F. PERONI, *Studi in onore di Mario Pisani*, vol. I, Piacenza, La Tribuna, 2010, p. 665 s.
- PEYRON C., voce *Invalidità. d) Diritto processuale penale*, in *Enc. dir.*, vol. XXII, Milano, Giuffrè, 1972, p. 612 s.
- PIATTOLI B., *La tutela dei diritti fondamentali: i principi della decisione quadro e le garanzie della normativa derivata*, in M. BARGIS, E. SELVAGGI (a cura di), *Mandato d'arresto europeo. Dall'extradizione alle procedure di consegna*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 175 s.
- PISAPIA G. D., *Contestazione di nuovi fatti e correlazione tra accusa e sen-*

- tenza: in tema di concubinato e di violazione degli obblighi di assistenza coniugale, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1951, p. 125 s.
- PIZZORUSSO A., *L'ordinamento giudiziario*, Bologna, Il Mulino, 1974.
- PIZZORUSSO A., *Per un collegamento fra organi costituzionali politici e pubblico ministero*, in G. CONSO (a cura di), *Pubblico ministero e accusa penale*, Bologna, Zanichelli, 1979, p. 32 s.
- POTETTI D., *Il controllo del giudice dell'udienza preliminare*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 1498 s.
- PRADEL J., VARINARD A., *Les grands arrêts de la procédure pénale*, Paris, Dalloz, 2001.
- PRESUTTI A., *Legalità e discrezionalità nella disciplina delle nullità processuali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, p. 1178 s.
- QATTROCCOLO S., *Giudicato interno e condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo. La Corte di Cassazione inaugura la fase rescissoria*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 2608 s.
- QATTROCCOLO S., *Riqualificazione del fatto nella sentenza penale e tutela del contraddittorio*, Napoli, Jovene, 2011.
- RAFARACI T., *L'assestamento tardivo degli addebiti contestati*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, p. 329 s.
- RAFARACI T., voce *Nullità (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Agg. II, Milano, Giuffrè, 1998, p. 597 s.
- RAFARACI T., *La prova contraria*, Torino, Giappichelli, 2004.
- RASSAT M. L., *Traité de procédure pénale*, Paris, puf, 2001.
- RESCIGNO P., *"L'abuso del diritto"*, Bologna, Il Mulino, 1998.
- RETICO V., *Contestazione suppletiva e limiti cronologici per il "patteggiamento"*, in *Giur. cost.*, 1994, p. 2166.
- ROMBI N., *Riflessioni in tema di revisione del giudicato penale*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 1157 s.
- ROMEO G., *L'orizzonte dei giuristi e i figli di un dio minore. Ancora sui "fratelli minori" di Scoppola, aspettando le Sezioni Unite*, in www.penalecontemporaneo.it.
- ROMEO G., *Le Sezioni unite sull'applicabilità, in sede esecutiva, dei principi enunciati con la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo 17 settembre 2009, nella causa Scoppola c. Italia*, in www.penalecontemporaneo.it
- ROSS A., *Diritto e giustizia*, Torino, Einaudi, 1990 (orig. *On Law and Justice*, London, Steven and Sons Ltd., 1958).
- RUGGERI A., *La Cedu alla ricerca di una nuova identità, tra prospettiva formale-astratta e prospettiva assiologico-sostanziale inquadramento*

- sistematico*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2008, fasc. 1, p. 215 s.
- RUGGERI A., *La cedevolezza della cosa giudicata all'impatto con la Convenzione europea dei diritti umani... ovverosia quando la certezza del diritto è obbligata a cedere il passo alla certezza dei diritti*, in *Leg. pen.*, 2011, p. 481 s.
- RUGGERI A., *La Corte fa il punto sul rilievo interno della CEDU e della Carta di Nizza-Strasburgo*, in *www.forumcostituzionale.it*.
- RUGGERI F., *Divieti probatori e inutilizzabilità nella disciplina delle intercettazioni telefoniche*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 63 s.
- RUGGERI S., *Il procedimento per decreto penale. Dalla logica dell'accertamento sommario alla dinamica del giudizio*, Torino, Giappichelli, 2008.
- RUGGIERO R. A., *Le conseguenze della indecifrabilità grafica della sentenza*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 2935 s.
- RUGGIERO R. A., *I discutibili confini dell'inutilizzabilità delle dichiarazioni tardive dei "collaboratori di giustizia"*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 2287 s.
- RUGGIERO R. A., *Dichiarazioni tardive dei collaboratori di giustizia e surplus motivazionale del giudice: un inedito rapporto*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 4755 s.
- RUSSO C., *L'impugnazione del difensore del contumace e la restituzione nel termine*, in *Giur. merito*, 2008, p. 595 s.
- 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*, Torino, Giappichelli, 2008, p. 81 s.
- SALAZAR L., *La lunga marcia del mandato d'arresto europeo*, in M. BARGIS, E. SELVAGGI (a cura di), *Mandato d'arresto europeo. Dall'extradizione alle procedure di consegna*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 5 s.
- SANTALUCIA G., *L'abnormità dell'atto processuale penale*, Padova, Cedam, 2003.
- SANTALUCIA G., *Le modifiche dibattimentali dell'imputazione senza istruzione: una conferma all'orientamento delle Sezioni unite*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 1495 s.
- SAU S., *Le garanzie linguistiche nel processo penale. Diritto all'interpretazione e tutela delle minoranze*, Padova, Cedam, 2010.
- SCELLA A., *Un uso improprio del concetto di atto processuale abnorme. La presenza di eventuali altre forme di invalidità esclude, per definizione, la possibilità di invocare il vizio di cui si discute*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, p. 1233 s.

- SCELLA A., *Prove penali e inutilizzabilità. Uno studio introduttivo*, Torino, Giappichelli, 2000.
- SCELLA A., voce *Inutilizzabilità della prova (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, Annali, vol. II, t. 1, Milano, Giuffrè, 2009, p. 484 s.
- SELVAGGI E., *I dispositivi della Corte europea possono travolgere il giudicato*, in *Guida al diritto*, 2005, n. 43, p. 86 s.
- SGROMO V., *Previo contraddittorio per la contestazione suppletiva del reato concorrente e del reato continuato*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, p. 1485 s.
- SICURELLA R., *Il Titolo VI del Trattato di Maastricht e il diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1997, p. 1317 s.
- SIRACUSANO D., voce *Prova: III) nel nuovo codice di procedura penale*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXV, Roma, 2003, p. 1 s.
- SIRACUSANO D., GALATI A., TRANCHINA G., ZAPPALÀ E., *Diritto processuale penale*, Milano, Giuffrè, 2011.
- SOTIS C., *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto comunitario*, in V. MANES, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 109 s.
- SPANGHER G., *La rimessione dei procedimenti*, vol. I, *precedenti storici e profili di legittimità costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1984, p. 57 s.
- SPANGHER G., *L'art. 507 c.p.p. davanti alla Corte costituzionale: ulteriore momento nella definizione del "sistema accusatorio" compatibile con la Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1993, p. 919 s.
- SPRONKEN T., VERMEULEN G., DE VOCHT D., VAN PUYENBROECH L., *EU Procedural Rights In Criminal Proceedings*, Antwerpen-Apeldoorn-Portland, Maklu, 2009.
- SPRONKEN T., *An EU-Wide Letter of Rights. Towards Best Practice*, Antwerpen-Cambridge-Portland, Intersentia, 2010.
- STORTONI L., *L'abuso di potere nel diritto penale*, Milano, Giuffrè, 1978
- STORTONI L., *La Corte costituzionale: un nuovo legislatore?*, in *Ius17@uni-bo.it*, 2008, p. 29 s.
- SURACI L., *Il giudizio abbreviato*, Napoli, Esi, 2008.
- SWART B., *Damaška and the Faces of International Criminal Justice*, in *6 Journal of International Criminal Justice*, 2008, p. 87 s.
- TAMIETTI A., *Un ulteriore passo verso una piena esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di equo processo: il giudicato nazionale non è di ostacolo alla riapertura dei processi*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 1002.
- TAORMINA C., *Diritto processuale penale*, Torino, Giappichelli, 1995.

- TARUFFO M., *Studi sulla rilevanza della prova*, Padova, Cedam, 1970.
- TARUFFO M., *La prova dei fatti giuridici*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu, F. Messineo, continuato da L. Mengoni, Milano, Giuffrè, 1992.
- TARUFFO M., *General Report*, in M. TARUFFO (a cura di), *Abuse of Procedural Rights: Comparative Standards of Procedural Fairness*, New Orleans, Kluwer Law International, 1999, p. 19.
- TASSI A., *Sub art. 521 c.p.p.*, in G. CONSO, V. GREVI (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura penale*, Padova, Cedam, 2005, p. 1837.
- TEGA D., *La Cedu nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2007, p. 431 s.
- TEGA D., *Le sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007: la Cedu da fonte ordinaria a fonte "sub-costituzionale" del diritto*, in *Forum Quaderni Costituzionali*, 2007, online sul sito www.forumcostituzionale.it.
- TODARO G., *Fascicolo delle indagini, udienza preliminare, diritto di difesa*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 4224 s.
- TODARO G., *Erronea declaratoria di nullità del decreto di citazione a giudizio e conseguente regressione del procedimento: spunti per una riflessione sull'abnormità dell'atto processuale penale*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 4554 s.
- TODARO G., *Nuove contestazioni dibattimentali e giudizio abbreviato: una incostituzionalità attesa tra spinte antitetiche e dubbi persistenti*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 2527 s.
- TONINI P., *Manuale di procedura penale*, Milano, Giuffrè, 2011.
- TRANCHINA G., *Il pubblico ministero "ricercatore" di notizie di reato: una figura poco rassicurante per il nostro sistema*, in *Leg. pen.*, 1987, p. 829 s.
- TROISI P., *L'errore giudiziario tra garanzie costituzionali e sistema processuale*, Padova, Cedam, 2011.
- UBERTIS G., *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Milano, Giuffrè, 1979.
- UBERTIS G., *La ricerca della verità giudiziale*, in *La conoscenza del fatto nel processo penale*, a cura dello stesso autore, Milano, Giuffrè, 1992.
- UBERTIS G., *Contumaci, doppia restituzione in termine. Ma la legge italiana non risulta ancora adeguata alla C.e.d.u.*, in *Dir. e giust.*, 2006, n. 48, p. 51.
- UBERTIS G., *Principi di procedura penale europea: le regole del giusto processo*, 2ª ed., Milano, Cortina, 2009.

- VALENTINI C., *I profili generali della facoltà di impugnare*, in AA.VV., *Le impugnazioni*, a cura di A. Gaito, Torino, Utet, 1998, vol. I, p. 206.
- VALENTINI E., *Così esteso l'ambito applicativo dell'art. 506 comma 1 c.p.p.?*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 2601 s.
- VALENTINI E., *La domanda cautelare nel sistema delle cautele personali*, Bologna, BUP, 2010.
- VALENTINI V., *Diritto penale intertemporale. Logiche continentali ed ermeneutica europea*, Milano, Giuffrè, 2012.
- VANNINI O., *Nullità degli atti di procedura (diritto processuale penale)*, in *Nuovo Digesto italiano*, vol. XVII, Torino, Utet, 1939, p. 1170 s.
- VARRASO G., *Omessa o insufficiente descrizione dell'imputazione, nullità della vocatio in iudicium e autorità competente alla rinnovazione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1999, p. 339 s.
- VASSALLI G., *La potestà punitiva*, Torino, Utet, 1942, p. 160.
- VERRINA G. L., *Principio di tassatività delle impugnazioni, provvedimenti abnormi e ricorso per cassazione*, in *Giur. it.*, 2003, p. 561 s.
- VICOLI D., *Ammissione della prova e divieti probatori*, in G. ILLUMINATI (a cura di), *Prova penale e Unione europea*, Bologna, BUP, 2009, p. 19 s.
- VICOLI D., *La "ragionevole durata" delle indagini*, Torino, Giappichelli, 2012.
- VIGANÒ F., *Figli di un dio minore? Sulla sorte dei condannati all'ergastolo in casi analoghi a quello deciso dalla Corte EDU in Scoppola c. Italia. Riflessioni in attesa della decisione delle Sezioni Unite*, in www.penalecontemporaneo.it.
- VIGANÒ F., *Giudicato penale e tutela dei diritti fondamentali. Una replica a Gioacchino Romeo sulla vicenda dei "fratelli minori" di Scoppola all'esame delle Sezioni Unite della Cassazione*, in www.penalecontemporaneo.it.
- VIRGILIO A., *Fatto diverso: trasmissibilità degli atti dal giudice dell'udienza preliminare al pubblico ministero?* Corte cost. 5-14 aprile 1995, n. 131, in *Cass. pen.*, 1995, p. 2088 s.
- VOENA G. P., *Atti*, in G. CONSO, V. GREVI (a cura di), *Compendio di procedura penale*, Padova, Cedam, 2010, p. 169 s.
- VOGLIOTTI M., *La logica floue della Corte europea dei diritti dell'uomo tra tutela del testimone e salvaguardia del contraddittorio: il caso delle testimonianze anonime*, in *Giur. it.*, 1998, p. 851 s.
- VOGLIOTTI M., *Production du droit en réseau et juge "tisseur". De quelques épiphanies de l'expérience juridique médiévale au sein de la justice pé-*

- nale internationale*, in M. DELMAS MARTY, E. FRONZA, E. LAMBERT ABDEL-GAWAD (a cura di), *Les sources du droit international pénal. L'expérience des Tribunaux Pénaux Internationaux et le Statut de la Cour Pénale Internationale*, Paris, Société de Législation Comparée, 2004, p. 361 s.
- VOGLIOTTI M., *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Torino, Giapichelli, 2007.
- VOGLIOTTI M., *Il tempo della giurisprudenza: l'invisibile retroattività della sentenza penale in malam partem*, in T. A. CAMELIO (a cura di), *Coordinate spazio-temporali e sistema penale. Dimensione transnazionale e «logica flou»*, Pisa, Stamperia editoriale pisana, 2007, p. 40 s.
- WEAVER R. L., ABRAMSON L. W., BURKOFF J. M., HANKOCK C., *Principles of Criminal Procedure*, 3rd ed., Thomson West, 2008.
- ZACCHÉ F., *Cassazione e iura novit curia nel caso Drassich*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 781 s.
- ZAGREBELSKY V., *Indipendenza del pubblico ministero e obbligatorietà dell'azione penale*, in in G. CONSO (a cura di), *Pubblico ministero e accusa penale*, Bologna, Zanichelli, 1979, p. 4.
- ZAPPALÀ E., *sub art. 33 c.p.p.*, in M. CHIAVARIO (a cura di), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, II, Torino, Utet, 1990, p. 187.
- ZAPPULLA A., *“Il comportamento delle parti tra invalidità e ragionevole durata del processo”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 1064 s.
- ZIGNANI D., *Sulla nozione di abnormità nel processo penale*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, p. 245 s.

SOMMARIO

Introduzione	5
--------------	---

Capitolo I

COMPATIBILITÀ DEL SISTEMA ITALIANO CON UN APPROCCIO SOSTANZIALISTICO ALLA MATERIA DELLE INVALIDITÀ

1. Brevi considerazioni sulla teoria dell'invalidità nel processo penale	9
2. Una inevitabile (e scontata) conseguenza. L'inapplicabilità, nella via italiana alle invalidità, del criterio del pregiudizio effettivo	15
3. Ragioni alla base della tradizionale teoria della invalidità	17
4. La difficoltà crescente per la teoria tradizionale di rappresentare in maniera effettiva il fenomeno delle invalidità nella realtà odierna	23
5. I punti di contatto e le divergenze tra la materia trattata e la teoria dell'abuso del processo	27
6. <i>Leading Cases</i>	31

Capitolo II

LINEE TENDENZIALI DELLA GIURISPRUDENZA NEL RILEVARE LE INVALIDITÀ. L'EMERGERE DI PROFILI SOSTANZIALISTICO-EMPIRICI NEL PROCEDIMENTO DI APPLICAZIONE

Parte I – L'uso del pregiudizio effettivo a fini restrittivi/abrogativi

1. Le nullità per errori di notifica: tra sanatorie, vizio innocuo e soluzioni eticamente orientate	33
2. Nullità per essere il giudice parziale (purché lo sia in concreto)	43
3. Nullità in materia di imputazione	47
<i>a. Gli atti propulsivi</i>	47
<i>b. Le nuove contestazioni dibattimentali e la correlazione tra accusa e sentenza</i>	51
4. Altre violazioni "innocue" in dibattimento	59
<i>a. Liste testimoniali</i>	59

<i>b. Esame e controesame</i>	65
5. Adozione di riti speciali e sanatorie delle invalidità	66
Parte II – Applicazioni estensive delle fattispecie d’invalidità in base al criterio del pregiudizio effettivo	
6. Due percorsi, nel quadro di un’aspirazione unitaria	73
7. L’uso della abnormità per rimediare a vuoti di tutela del sistema processuale	74
8. Un primo profilo derivante dalla necessità di adeguarsi ai criteri ermeneutici europei: la nullità per modifica <i>ex officio</i> del titolo del reato	79
9. Un secondo profilo: l’adeguamento alle pronunce della Corte europea dei diritti dell’uomo. Dalla sospensione del giudicato alla riapertura del processo	89
Parte III – Nuovi sincretismi	
10. La fusione del modello empirico-sostanziale con quello formale tradizionale. Un quadro di sintesi	95
11. Alcune considerazioni desumibili dall’analisi dei casi esaminati	101

Capitolo III

CRISI DELLA LEGALITÀ E RIFLESSI SUL SISTEMA DELLE INVALIDITÀ NEL PROCESSO PENALE

1. Vecchio e nuovo	105
2. Crisi della legalità processuale e sua declinazione in materia di invalidità: nullità	107
3. <i>Segue</i> : inutilizzabilità e inammissibilità	114
4. Due errori e un’unica conseguenza. L’uso “a cascata” delle ipotesi di invalidità e il vuoto di tutela a fronte di fattispecie regolamentate con disposizioni complesse	122
5. Un quadro di sintesi	127

Capitolo IV

L’EFFETTIVITÀ IMPOSTA. LE CONSEGUENZE DERIVANTI DAL PROROMPERE DEL DIRITTO EUROPEO NEL CAMPO DEL PROCESSO PENALE

1. Il movimento di affermazione del diritto sovranazionale su quello nazionale. Ripercussioni sul tema delle invalidità	131
2. L’approccio antiformalistico caratteristico del sistema C.e.d.u.	135
<i>a. L’imporsi del diritto C.e.d.u. su quello nazionale</i>	135
<i>b. Il caso italiano. La riapertura del processo a seguito di condanna da parte della Corte e.d.u.</i>	139

<i>c. Il metodo antiformalistico ed empirico attuato dalla Corte e.d.u., e il suo affermarsi all'interno del nostro ordinamento</i>	144
3. Il diritto processuale penale della Unione europea a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. Ricadute sul metodo di individuazione e applicazione delle invalidità processuali	151
<i>a. L'interpretazione conforme</i>	152
<i>b. Gli effetti derivanti dal principio del mutuo riconoscimento</i>	155
<i>c. La fusione delle Carte dei diritti, e le ripercussioni sul sistema delle fonti. L'affermarsi del metodo sostanzialistico-empirico</i>	160
<i>d. Le nuove direttive in materia processuale penale adottate dall'Unione europea. L'attenzione al criterio della effettività</i>	166

Capitolo V

VERSO UN NUOVO MODELLO DI CONCEZIONE DELLE INVALIDITÀ NEL PROCESSO PENALE ITALIANO?

1. Una nuova metodologia per un processo "di parti"?	169
2. Il criterio del pregiudizio effettivo. Il ruolo della dottrina processualpenalistica	174
Bibliografia	181

PUBBLICAZIONI DEL SEMINARIO GIURIDICO
DELLA UNIVERSITÀ DI BOLOGNA

1. COLI U., *Collegia et sodalitates*, 1913.
2. DONATELLI I., *La "consortia" di Avesa*, 1914.
3. VALENZA P., *Il diritto di usufrutto nelle leggi sulle tasse del registro*, 1915.
4. ZINGALI G., *La statistica della criminalità*, 1916.
5. TUMEDEI C., *La separazione dei beni ereditari*, 1917.
6. ALBERTONI A., *L'"Apokeryxis"*, 1923.
7. SALVI E., *La cessione dei beni ai creditori*, 1947.
8. MILANI E., *Distinzioni delle servitù prediali*, 1948.
9. FASSÒ G., *I "quattro autori" del Vico*, 1949.
10. FERRI L., *La trascrizione degli acquisti "mortis causa" e problemi connessi*, 1951.
11. ROSSI G., *La "Summa arboris actionum" di Ponzio da Ylerda*, 1951.
12. POGGESCHI R., *Le associazioni e gli altri gruppi con autonomia patrimoniale nel processo*, 1951.
13. MATTEUCCI N., *Antonio Gramsci e la filosofia della prassi*, 1951.
14. FORCHIELLI P., *I contratti reali*, 1952.
15. SALVI E., *Il possesso di stato familiare*, 1952.
16. FASSÒ G., *La storia come esperienza giuridica*, 1953.
17. PALAZZINI FINETTI L., *Storia della ricerca delle interpolazioni nel Corpus iuris giustiniano*, 1953.
18. ROSSI G., *Consilium sapientis iudiciale*, 1958.
19. MANCINI G.F., *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, 1957.
20. FERRI L., *L'autonomia privata*, 1959.
21. TORELLI P., *Scritti di storia del diritto italiano*, 1959.
22. SANTINI G., *I Comuni di Valle del medioevo. La Costituzione federale del "Frignano"*, 1960.
23. GIANNITI E., *I reati della stessa indole*, 1959.
24. GHEZZI G., *La prestazione di lavoro nella comunità familiare*, 1960.
25. NARDI E., *Case "infestate da spiriti" e diritto romano e moderno*, 1960.
26. FERRI L., *Rinunzia e rifiuto nel diritto privato*, 1960.
27. GHEZZI G., *La responsabilità contrattuale delle associazioni sindacali*, 1963.
28. BONSIGNORI A., *Espropriazione della quota di società a responsabilità limitata*, 1961.
29. REDENTI E., *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, vol. I, *Intorno al diritto processuale*, 1962.
30. REDENTI E., *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, vol. II, *Intorno al diritto sostanziale*, 1962.
31. GUALANDI A., *Spese e danni nel processo civile*, 1962.
32. BONSIGNORI A., *Assegnazione forzata e distribuzione del ricavato*, 1960.
33. MANCINI G.F., *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, vol. I, *Individuazione della fattispecie. Il recesso ordinario*, 1962.
34. NARDI E., *Rabelais e il diritto romano*, 1962.
35. ROMAGNOLI U., *Il contratto collettivo di impresa*, 1963.
36. SANTINI G., *I "comuni di pieve" nel medioevo italiano*, 1964.
37. RUDAN M., *Il contratto di tirocinio*, 1966.
38. BONINI R., *I "libri de cognitionibus" di Callistrato. Ricerche sull'elaborazione giurisprudenziale della "cognitio extra ordinem"*, 1964.
39. COLLIVA P., *Ricerche sul principio di legalità nell'amministrazione del Regno di Sicilia al tempo di Federico II*, 1964.
40. MENGOZZI P., *L'agenzia di approvvigionamento dell'Euratom*, 1964.
41. *Scritti minori di Antonio Cicu*, tomi I e II, *Scritti di teoria generale del diritto - Diritto di famiglia*, 1965.
42. *Scritti minori di Antonio Cicu, Successioni e donazioni. Studi vari*, 1965.
43. SACCHI MORSIANI G., *Il potere amministrativo delle Comunità europee e le posizioni giuridiche dei privati*, I, 1965.
44. GHEZZI G., *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, 1965.
45. ROVERSI MONACO F.A., *Enti di gestione. Struttura, funzioni, limiti*, 1967.
46. GIANNITI E., *L'oggetto materiale del reato*, 1966.

47. MENGOZZI P., *L'efficacia in Italia di atti stranieri di potestà pubblica su beni privati*, 1967.
48. ROMAGNOLI U., *La prestazione di lavoro nel contratto di società*, 1967.
49. MONTUSCHI L., *I limiti legali nella conclusione del contratto di lavoro*, 1967.
50. RANIERI S., *Scritti e discorsi vari*, vol. I, *Scritti di diritto penale*, 1968.
51. RANIERI S., *Scritti e discorsi vari*, vol. II, *Scritti di procedura penale*, 1968.
52. BONINI R., *Ricerche di diritto giustiniano*, 1968.
53. SANTINI G., *Ricerche sulle "Exceptiones legum romanorum"*, 1969.
54. LO CASTRO G., *La qualificazione giuridica delle deliberazioni conciliari delle fonti del diritto canonico*, 1970.
55. SACCHI MORSIANI G., *Il potere amministrativo delle Comunità europee e le posizioni giuridiche dei privati*, II, 1970.
56. ROVERSI MONACO F.A., *La delegazione amministrativa nel quadro dell'ordinamento regionale*, 1970.
57. GIANNITI F., *Studi sulla corruzione del pubblico ufficiale*, 1970.
58. DE VERGOTTINI G., *Indirizzo politico della difesa e sistema costituzionale*, 1971.
59. MENGOZZI P., *Il regime giuridico internazionale del fondo marino*, 1971.
60. CARINCI F., *Il conflitto collettivo nella giurisprudenza costituzionale*, 1971.
61. OSTI G., *Scritti giuridici*, voll. I e II, 1973.
62. ZUELLI F., *Servizi pubblici e attività imprenditoriale*, 1973.
63. PERGOLESI F., *Sistema delle fonti normative*, 1973.
64. MONTUSCHI L., *Potere disciplinare e rapporto di lavoro*, 1973.
65. PATTARO E., *Il pensiero giuridico di L.A. Muratori tra metodologia e politica*, 1974.
66. PINI G., *Arbitrato e lavori pubblici*, 1974.
67. CARPI F., *L'efficacia "ultra partes" della sentenza civile*, 1974.
68. DE VERGOTTINI G., *Lo "Shadow cabinet"*, 1973.
69. PAOLUCCI L.F., *La mutualità nelle cooperative*, 1974.
70. DE GENNARO A., *Crocianesimo e cultura giuridica italiana*, 1974.
71. STORTONI L., *L'abuso di potere nel diritto penale*, 1978.
72. GIANNITI F., *Prospettive criminologiche e processo penale*, 1977.
73. BONVICINI D., *Le "joint ventures": tecnica giuridica e prassi societaria*, 1977.
74. DE VERGOTTINI G., *Scritti di storia del diritto italiano*, voll. I, II, III, 1977.
75. LAMBERTINI R., *I caratteri della Novella 118 di Giustiniano*, 1977.
76. DALLA D., *L'incapacità sessuale in diritto romano*, 1978.
77. DI PIETRO A., *Lineamenti di una teoria giuridica dell'imposta sull'incremento di valore degli immobili*, 1978.
78. MAZZACUVA N., *La tutela penale del segreto industriale*, 1979.
79. ROMANELLI G., *Profilo del noleggio*, 1979.
80. BORGHESI D., *Il contenzioso in materia di eleggibilità*, 1979.
81. DALLA TORRE G., *L'attività assistenziale della Chiesa nell'ordinamento italiano*, 1979.
82. CARPI F., *La provvisoria esecutorietà della sentenza*, 1979.
83. ALLEVA P., *Il campo di applicazione dello statuto dei lavoratori*, 1980.
84. PULIATTI S., *Ricerche sulla legislazione "regionale" di Giustiniano*, 1980.
85. FASSÒ G., *Scritti di filosofia del diritto*, voll. I, II, III, 1982.
86. SGUBBI F., *Uno studio sulla tutela penale del patrimonio*, 1980.
87. LAMBERTINI R., *Plagium*, 1980.
88. DALLA D., *Senatus consultum Silanianum*, 1980.
89. VANDELLI L., *L'ordinamento regionale spagnolo*, 1980.
90. NARDI E., *L'otre dei parricidi e le bestie incluse*, 1980.
91. PELLICANÒ A., *Causa del contratto e circolazione dei beni*, 1981.
92. GIARDINI D., *Politica e amministrazione nello Stato fondato sul decentramento*, 1981.
93. BORTOLOTTI D., *Potere pubblico e ambiente*, 1981.
94. ROFFI R., *Contributo per una teoria delle presunzioni nel diritto amministrativo*, 1982.
95. ALESSI R., *Scritti minori*, 1981.
96. BASSANELLI SOMMARIVA G., *L'imperatore unico creatore ed interprete delle leggi e l'autonomia del giudice nel diritto giustiniano*, 1983.
97. ZANOTTI A., *Cultura giuridica del Seicento e jus publicum ecclesiasticum nell'opera del cardinal Giovanni Battista De Luca*, 1983.
98. ILLUMINATI G., *La disciplina processuale delle intercettazioni*, 1983.
99. TONIATTI R., *Costituzione e direzione della politica estera negli Stati Uniti d'America*, 1983.
100. NARDI E., *Squilibrio e deficienza mentale in diritto romano*, 1983.

101. DALLA D., *Praemium emancipationis*, 1983.
102. MAZZACUVA N., *Il disvalore di evento nell'illecito penale - L'illecito commissivo doloso e colposo*, 1983.
103. *Studi in onore di Tito Carnacini*. I. *Studi di diritto costituzionale, civile, del lavoro, commerciale*, 1983.
104. CAIA G., *Stato e autonomie locali nella gestione dell'energia*, 1984.
105. BARATTI G., *Contributo allo studio della sanzione amministrativa*, 1984.
106. BORTOLOTTI D., *Attività preparatoria e funzione amministrativa*, 1984.
107. PULIATTI S., *Ricerche sulle novelle di Giustino II. La legislazione imperiale da Giustiniano I a Giustino II*, 1984.
108. LAMBERTINI R., *La problematica della commorienza nell'elaborazione giuridica romana*, 1984.
109. ZUELLI F., *Le collegialità amministrative*, 1985.
110. PEDRAZZOLI M., *Democrazia industriale e subordinazione*, 1985.
111. ZANOTTI M., *Profili dogmatici dell'illecito plurisoggettivo*, 1985.
112. RUFFOLO U., *Interessi collettivi o diffusi e tutela del consumatore*, I, 1985.
113. BIAGI M., *Sindacato democrazia e diritto*, 1986.
114. INSOLERA G., *Problemi di struttura del concorso di persone nel reato*, 1986.
115. MALAGÙ L., *Esecuzione forzata e diritto di famiglia*, 1986.
116. RICCI G.F., *La connessione nel processo esecutivo*, 1986.
117. ZANOTTI A., *Il concordato austriaco del 1855*, 1986.
118. SELMINI R., *Profili di uno studio storico sull'infanticidio*, 1987.
119. DALLA D., *"Ubi venus mutatur"*, 1987.
120. ZUNARELLI S., *La nozione di vettore*, 1987.
121. ZOLI C., *La tutela delle posizioni "strumentali" del lavoratore*, 1988.
122. CAVINA M., *Dottrine giuridiche e strutture sociali padane nella prima età moderna*, 1988.
123. CALIFANO L., *Innovazione e conformità nel sistema regionale spagnolo*, 1988.
124. SARTI N., *Gli statuti della società dei notai di Bologna dell'anno 1336 (contributo allo studio di una corporazione cittadina)*, 1988.
125. SCARPONI S., *Riduzione e gestione flessibile del tempo di lavoro*, 1988.
126. BERNARDINI M., *Contenuto della proprietà edilizia*, 1988.
127. LA TORRE M., *La "lotta contro il diritto soggettivo". Karl Larenz - la dottrina giuridica nazionalsocialista*, 1988.
128. GARCIA DE ENTERRIA J., *Le obbligazioni convertibili in azioni*, 1989.
129. BIAGI GUERINI R., *Famiglia e Costituzione*, 1989.
130. CAIA G., *Arbitrati e modelli arbitrali nel diritto amministrativo*, 1989.
131. MAGAGNI M., *La prestazione caratteristica nella Convenzione di Roma del 19 giugno 1980*, 1989.
132. PETRONI L., *La disciplina pubblicistica dell'innovazione tecnologica in Francia*, 1990.
133. ZANOTTI A., *Le manipolazioni genetiche e il diritto della Chiesa*, 1990.
134. SARTOR G., *Le applicazioni giuridiche dell'intelligenza artificiale*, 1990.
135. ROSSI L.S., *Il "buon funzionamento del mercato comune". Delimitazione dei poteri fra CEE e Stati membri*, 1990.
136. LUCIETTI G., *La legittimazione dei figli naturali nelle fonti tardo imperiali e giustinianee*, 1990.
137. SARTI N., *Un giurista tra Azzone e Accursio*, 1990.
138. GUSTAPANE A., *La tutela globale dell'ambiente*, 1991.
139. BOTTARI C., *Principi costituzionali e assistenza sanitaria*, 1991.
140. DONINI M., *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, 1991.
141. PERULLI A., *Il potere direttivo dell'imprenditore*, 1992.
142. VANDELLI L. (a cura di), *Le forme associative tra enti territoriali*, 1992.
143. GASPARRI P., *Institutiones iuris publici*, 1992.
144. CAPUZZO E., *Dal nesso asburgico alla sovranità italiana*, 1992.
145. BIAVATI P., *Accertamento dei fatti e tecniche probatorie nel processo comunitario*, 1992.
146. FERRARI E., *Atipicità dell'illecito civile. Una comparazione*, 1992.
147. GUSTAPANE A., SARTOR G., VERARDI C.M., *Valutazione di impatto ambientale. Profili normativi e metodologie informatiche*, 1992.
148. ORLANDI R., *Atti e informazioni della autorità amministrativa nel processo penale. Contributo allo studio delle prove extracostituite*, 1992.
149. CARPANI G., *Le aziende degli enti locali. Vigilanza e controlli*, 1992.

150. MUSSO A., *Concorrenza ed integrazione nei contratti di subfornitura industriale*, 1993.
151. DONINI M., *Il delitto contravvenzionale. "Culpa iuris" e oggetto del dolo nei reati a condotta neutra*, 1993.
152. CALIFANO PLACCI L., *Le commissioni parlamentari bicamerali nella crisi del bicameralismo italiano*, 1993.
153. FORNASARI G., *Il concetto di economia pubblica nel diritto penale. Spunti esegetici e prospettive di riforma*, 1994.
154. MANZINI P., *L'esclusione della concorrenza nel diritto antitrust italiano*, 1994.
155. TIMOTEO M., *Le successioni nel diritto cinese. Evoluzione storica ed assetto attuale*, 1994.
156. SESTA M. (a cura di), *Per i cinquant'anni del codice civile*, 1994.
157. TULLINI P., *Contributo alla teoria del licenziamento per giusta causa*, 1994.
158. RESCIGNO F., *Disfunzioni e prospettive di riforma del bicameralismo italiano: la camera delle regioni*, 1995.
159. LUGARESÌ N., *Le acque pubbliche. Profili dominicali, di tutela, di gestione*, 1995.
160. SARTI N., *Maximum dirimendarum causarum remedium. Il giuramento di calunnia nella dottrina civilistica dei secoli XI-XIII*, 1995.
161. COLLIVA P., *Scritti minori*, 1996.
162. DUGATO M., *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, 1996.
163. GARDINI G., *La comunicazione degli atti amministrativi. Uno studio alla luce della legge 7 agosto 1990, n. 241*, 1996.
164. MANZINI P., *I costi ambientali nel diritto internazionale*, 1996.
165. MITTICA M.P., *Il divenire dell'ordine. L'interazione normativa nella società omerica*, 1996.
166. LUCHETTI G., *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, 1996.
167. LA TORRE M., *Disavventure del diritto soggettivo. Una vicenda teorica*, 1996.
168. CAMON A., *Le intercettazioni nel processo penale*, 1996.
169. MANCINI S., *Minoranze autoctone e Stato. Tra composizione dei conflitti e secessione*, 1996.
170. ZANOBETTI PAGNETTI A., *La non comparizione davanti alla Corte internazionale di giustizia*, 1996.
171. BRICOLA F., *Scritti di diritto penale. Vol. I, Dottrine generali, Teoria del reato e sistema sanzionatorio. Vol. II, Parte speciale e legislazione complementare, Diritto penale dell'economia*, 1997.
172. GRAZIOSI A., *La sentenza di divorzio*, 1997.
173. MANTOVANI M., *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, 1997.
174. BIAVATI P., *Giurisdizione civile, territorio e ordinamento aperto*, 1997.
175. ROSSI G. (1916-1986), *Studi e testi di storia giuridica medievale*, a cura di Giovanni Gualandi e Nicoletta Sarti, 1997.
176. PELLEGRINI S., *La litigiosità in Italia. Un'analisi sociologico-giuridica*, 1997.
177. BONI G., *La rilevanza del diritto dello Stato nell'ordinamento canonico. In particolare la canonizatio legum civilium*, 1998.
178. *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini. Vol. I, Diritto del lavoro*, 1998.
179. *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini. Vol. II, Diritto dell'Unione europea*, 1998.
180. ROSSI A., *Il GEIE nell'ordinamento italiano. Criteri di integrazione della disciplina*, 1998.
181. BONGIOVANNI G., *Reine Rechtslehre e dottrina giuridica dello Stato. H. Kelsen e la Costituzione austriaca del 1920*, 1998.
182. CAPUTO G., *Scritti minori*, 1998.
183. GARRIDO J.M., *Preferenza e proporzionalità nella tutela del credito*, 1998.
184. BELLODI ANSALONI A., *Ricerche sulla contumacia nelle cognitiones extra ordinem, I*, 1998.
185. FRANCIOSI E., *Riforme istituzionali e funzioni giurisdizionali nelle Novelle di Giustiniano. Studi su nov. 13 e nov. 80*, 1998.
186. CATTABRIGA C., *La Corte di giustizia e il processo decisionale politico comunitario*, 1998.
187. MANCINI L., *Immigrazione musulmana e cultura giuridica. Osservazioni empiriche su due comunità di egiziani*, 1998.
188. GUSTAPANE A., *L'autonomia e l'indipendenza della magistratura ordinaria nel sistema costituzionale italiano. dagli albori dello Statuto Albertino al crepuscolo della bicamerale*, premessa di Giuseppe De Vergottini, 1999.
189. RICCI G.F., *Le prove atipiche*, 1999.
190. CANESTRARI S., *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, 1999.
191. FASSÒ G., *La legge della ragione*. Ristampa, a cura di Carla Faralli, Enrico Pattaro, Giampaolo Zucchini, 1999.

192. FASSÒ G., *La democrazia in Grecia*. Ristampa, a cura di Carla Faralli, Enrico Pattaro, Giampaolo Zucchini, 1999.
193. SCARCIGLIA R., *La motivazione dell'atto amministrativo. Profili ricostruttivi e analisi comparatistica*, 1999.
194. BRIGUGLIO F., "Fideiussoribus succurri solet", 1999.
195. MALTONI A., *Tutela dei consumatori e libera circolazione delle merci nella giurisprudenza della Corte di giustizia, profili costituzionali*, prefazione di Augusto Barbera, 1999.
196. FONDAROLI D., *Illecito penale e riparazione del danno*, 1999.
197. ROSSI L.S., *Le convenzioni fra gli Stati membri dell'Unione europea*, 2000.
198. GRAGNOLI E., *Profili dell'interpretazione dei contratti collettivi*, 2000.
199. BONI G., *La rilevanza del diritto secolare nella disciplina del matrimonio canonico*, 2000.
200. LUGARESÌ N., *Internet, privacy e pubblici poteri negli Stati Uniti*, 2000.
201. LALATTA COSTERBOSA M., *Ragione e tradizione. Il pensiero giuridico ed etico-politico di Wilhelm von Humboldt*, 2000.
202. SEMERARO P., *I delitti di millantato credito e traffico di influenza*, 2000.
203. VERZA A., *La neutralità impossibile. Uno studio sulle teorie liberali contemporanee*, 2000.
204. LOLLI A., *L'atto amministrativo nell'ordinamento democratico. Studio sulla qualificazione giuridica*, 2000.
205. BUSETTO M.L., *Giudice penale e sentenza dichiarativa di fallimento*, 2000.
206. CAMPANELLA P., *Rappresentatività sindacale: fattispecie ed effetti*, 2000.
207. BRICOLA F., *Scritti di diritto penale. Opere monografiche*, 2000.
208. LASSANDARI A., *Il contratto collettivo aziendale e decentrato*, 2001.
209. BIANCO A., *Il finanziamento della politica in Italia*, 2001.
210. RAFFI A., *Sciopero nei servizi pubblici essenziali. Orientamenti della Commissione di garanzia*, 2001.
211. PIERGIGLI V., *Lingue minoritarie e identità culturali*, 2001.
212. CAFARO S., *Unione monetaria e coordinamento delle politiche economiche. Il difficile equilibrio tra modelli antagonisti di integrazione europea*, 2001.
213. MORRONE A., *Il custode della ragionevolezza*, 2001.
214. MASUTTI A., *La liberalizzazione dei trasporti in Europa. Il caso del trasporto postale*, 2002.
215. ZANOTTI A., ORLANDO F., *L'itinerario canonistico di Giuseppe Caputo*, 2002.
216. LUPOI M.A., *Conflitti transnazionali di giurisdizioni*. Vol. I, *Policies, metodi, criteri di collegamento*. Vol. II, *Parallel proceedings*, 2002.
217. LOLLI A., *I limiti soggettivi del giudicato amministrativo. Stabilità del giudicato e difesa del terzo nel processo amministrativo*, 2002.
218. CURI E., *Tertium datur. Dal Common Law al Civil Law per una scomposizione tripartita dell'elemento soggettivo del reato*, 2003.
219. COTTIGNOLA G., *Studi sul pilotaggio marittimo*, 2003.
220. GARDINI G., *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione. Organizzazione e ruolo della dirigenza pubblica nell'amministrazione contemporanea*, 2003.
221. CEVENINI C., *Virtual enterprises. Legal issues of the on-line collaboration between undertakings*, 2003.
222. MONDUCCI J., *Diritto della persona e trattamento dei dati particolari*, 2003.
223. VILLECCO BETTELLI A., *L'efficacia delle prove informatiche*, 2004.
224. ZUCCONI GALLI FONSECA E., *La convenzione arbitrale rituale rispetto ai terzi*, 2004.
225. BRIGHI R., *Norme e conoscenza: dal testo giuridico al metadato*, 2004.
226. LUCHETTI G., *Nuove ricerche sulle istituzioni di Giustiniano*, 2004.
227. *Studi in memoria di Angelo Bonsignori*, voll. I, II, 2004.
228. PIPERATA G., *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, 2005.
229. CANESTRARI S., FOFFANI L. (a cura di), *Il diritto penale nella prospettiva europea. Quali politiche criminali per l'Europa?* Atti del Convegno organizzato dall'Associazione Franco Bricola (Bologna, 28 febbraio-2 marzo 2002), 2005.
230. MEMMO D., MICONI S. (a cura di), *Broadcasting regulation: market entry and licensing. Regolamentazione dell'attività radiotelevisiva: accesso al mercato e sistema di licenze. Global Classroom Seminar*, 2006.
- 230.BIS BRIGUGLIO F., *Studi sul procurator*, 2008.
231. QUERZOLA L., *La tutela anticipatoria fra procedimento cautelare e giudizio di merito*, 2006.
232. TAROZZI S., *Ricerche in tema di registrazione e certificazione del documento nel periodo postclassico*, 2006.
233. BOTTI F., *L'eutanasia in Svizzera*, 2007.

234. FONDAROLI D., *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale*, 2007.
235. ALAGNA R., *Tipicità e riformulazione del reato*, 2007.
236. GIOVANNINI M., *Amministrazioni pubbliche e risoluzione alternativa delle controversie*, 2007.
237. MONTALTI M., *Orientamento sessuale e costituzione decostruita. Storia comparata di un diritto fondamentale*, 2007.
238. TORDINI CAGLI S., *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, 2008.
239. LEGNANI ANNICHINI A., *La mercanzia di Bologna. Gli statuti del 1436 e le riformazioni quattrocentesche*, 2008.
240. LOLLI A., *L'amministrazione attraverso strumenti economici*, 2008.
241. VACCARELLA M., *Titolarità e funzione nel regime dei beni civici*, 2008.
242. TUBERTINI C., *Pubblica amministrazione e garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni*, 2008.
243. FIORIGLIO G., *Il diritto alla privacy. Nuove frontiere nell'era di Internet*, 2008.
244. BOTTI F., *Manipolazioni del corpo e mutilazioni genitali femminili*, 2009.
245. NISCO A., *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, 2009.
246. ZANOBETTI PAGNETTI A., *Il rapporto internazionale di lavoro marittimo*, 2008.
247. MATTIOLI F., *Ricerche sulla formazione della categoria dei cosiddetti quasi delitti*, 2010.
248. BERTACCINI D., *La politica di polizia*, 2009.
249. ASTROLOGO A., *Le cause di non punibilità. Un percorso tra nuovi orientamenti interpretativi e perenni incertezze dogmatiche*, 2009.
250. DI MARIA S., *La cancelleria imperiale e i giuristi classici: "Reverentia antiquitatis" e nuove prospettive nella legislazione giustiniana del codice*, 2010.
251. VALENTINI E., *La domanda cautelare nel sistema delle cautele personali*, 2010.
252. QUERZOLA L., *Il processo minorile in dimensione europea*, 2010.
253. BOLOGNA C., *Stato federale e "national interest". Le istanze unitarie nell'esperienza statunitense*, 2010.
254. RASIA C., *Tutela giudiziale europea e arbitrato*, 2010.
255. ZUCCONI GALLI FONSECA E., *Pregiudizialità e rinvio (Contributo allo studio dei limiti soggettivi dell'accertamento)*, 2011.
256. BELLODI ANSALONI A., *Ad erudendam veritatem. Profili metodologici e processuali della quaestio per tormenta*, 2011.
257. PONTORIERO I., *Il prestito marittimo in diritto romano*, 2011.
258. *Giustizia senza confini. Studi offerti a Federico Carpi*, 2012.
259. GUSTAPANE A., *Il ruolo del pubblico ministero nella Costituzione italiana*, 2012.
260. CAIANIELLO M., *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nelle invalidità processuali penali*, 2012.