

CONVEGNI

GIUSEPPE RICCIO

Introduzione al Seminario su “Errori e rimedi nel processo penale”¹

1. Errore e rimedi; un tema intrigante che evoca l'essenza stessa dell'evento che definiamo processo, unione di comportamenti umani infarciti di ideologie, passioni, sensibilità, culture, preparazione scientifica, occasioni e... e norme, che nel procedere di quel complesso umano cerca di individuare errori e di predisporre rimedi secondo una razionalità di facile accesso: ridurre i primi; ampliare i secondi.

Eppure, nella prassi non è così - lo diceva in presentazione il Prof. Gaito - essendosi creato un cortocircuito tra prassi e norme, tra legge e giurisprudenza, tra Procedura e processo, come uso dire, e ciò soprattutto in materia di sanzioni processuali, lì dove la "discrezionalità interpretativa" - ossimoro irriducibile - alimenta l'abuso del processo, o, per meglio dire, *l'assolutismo giurisprudenziale*. Il fenomeno rappresenta l'attuale situazione intellettuale della giurisdizione e la scarsa incidenza della politica e dell'accademia nella vita del diritto - appunto: quello giurisprudenziale - avendo esse perso il privilegio dialettico che le anima (= le dovrebbe animare) nelle dinamiche del diritto e dei diritti. Anche per questo vuoto di poteri alternativi la giurisprudenza sembra essersi appropriata della dogmatica e della semantica delle categorie giuridiche di cui il ragionamento giuridico e l'interpretazione giuridica si avvalgono.

Va detto, però, che proprio in tema di sanzioni il vizio è genetico: l'art. 606 lett. c) c.p.p. nella misura in cui ripete l'art. 524 lett. c) c.p.p. 1931 - ovviamente con l'aggiunta della inutilizzabilità di origine giurisprudenziale, come è noto - limita il sistema sanzionatorio processuale alla "*invalidità degli atti*", non adeguando le categorie alla struttura del processo di cultura anglosassone, al processo partecipato a cui si ispirò il codice di fine millennio: ai vizi interni al sistema, di cui dirò, insomma, si aggiunge l'omissione di ogni rimedio per i comportamenti delle parti - e del pubblico ministero in particolare -, la cui ricerca rappresenta il più attuale impegno della giurisprudenza, ad esempio in materia di omessa esposizione di atti da parte del pubblico ministero ed esigenze di difesa.

L'osservazione; questa seconda osservazione è recente: l'aggiornamento degli

¹ Il presente lavoro costituisce la relazione svolta durante l'incontro di studio dal titolo "Errori e rimedi nel processo penale", avvenuto giovedì 28 aprile 2016, nell'ambito del ciclo di incontri "I Giovedì della Procedura penale", organizzato dal Laboratorio di Giustizia Penale Dipartimento di Studi Giuridici Filosofici ed Economici dell'università "La Sapienza" di Roma.

studi di diritto comparato libera il discorso da abitudini linguistiche e false credenze, che in qualche modo "condizionarono" l'evento epocale che consegnava anche il processo alla democrazia. Ci si accontentò allora - si fa per dire -, oltretutto e soprattutto alla posizione di parte del pubblico ministero, privato di poteri giudiziali, del modello processuale a fasi disomogenee e dei corollari strutturali che lo caratterizzano, con particolare riferimento alla "prova per il giudizio" ed ai riti alternativi, sul presupposto che il *common* fosse la filosofia di sistema maggiormente attenta ai diritti procedurali dell'individuo. Non si capì, allora, che proprio il modello infarcito di poteri investigativi esclusivi del pubblico ministero evocava il bisogno di prevedere rimedi per i suoi eventuali errori o per prevedibili comportamenti devianti.

La convinzione va chiarita; anche perché essa acquista rilevante valore metodologico per l'esame delle questioni che il nostro tema propone.

Quei più recenti studi mostrano che il rapporto *civil-common* vive sulla rispettiva attenzione ai diritti della persona e all'efficienza della giurisdizione, consegnando alla prima tradizione la cura - in modo prevalente - delle garanzie processuali nonostante o - se volete - a dispetto di una cultura inquisitoria che per millenni ha sostenuto il processo con istruzione.

Un solo riferimento, forse il più autorevole, anche per la prospettiva politica che si propone nella ricerca della tradizione giuridica o della sintesi delle tradizioni giuridiche capace di governare la globalizzazione; dicevo: l'esempio di H. Patrick Glenn è estremamente importante, dal momento che egli compara le più disparate tradizioni giuridiche del globo e dal momento che, per ciascuna, egli individua l'Ente primario che rispettivamente le guida.

Da questa ricerca oggi sappiamo che le tradizioni giuridiche occidentali che caratterizzarono le linee programmatiche e le realizzazioni operative del codice democratico del nostro Paese erano capovolte rispetto al dibattito del tempo, giacché l'Ente della traduzione di *civil* era ed è la tutela dei diritti fondamentali della persona, laddove l'Ente della *common* è l'efficienza: le diverse abitudini linguistiche erano certamente il frutto di una storia millenaria dei processi inquisitori che hanno imperversato nei paesi di *civil law*.

Ebbene. In questa sede apparirebbero opportune e necessarie la messa a punto concettuale dei rispettivi sistemi e la loro coerenza con i principi politici delle rispettive tradizioni; ma sono costretto a rinviare il compito all' illustre autore citato; a noi interessa, qui, cogliere il dato di sintesi che caratterizzò il dibattito degli anni '70-'80 del secolo scorso e le sue realizzazioni democratiche fino al codice di procedura penale dei 1987-89 e, quindi, le virtù ed i vizi che ciascuna tradizione insinuava in quella sintesi che progettava il codice democratico di procedura penale per il nostro Paese.

Per questa via conciliativa dei fattori benefici delle diverse tradizioni si costruì

il processo "accusatorio" a cui si affidavano le garanzie per la persona (= l'insieme dei diritti procedurali) e l'efficienza della giurisdizione (= i riti alternativi), resistendo il processo "inquisitorio" sulla molteplicità dei controlli giurisdizionali (soprattutto sull'operato del pubblico ministero: si pensi al sistema archiviativo e non solo) e - per il nostro seminario - sulla "invalidità degli atti", che accantona rimedi per l'"abuso" dell'esercizio di poteri o per i comportamenti illeciti del pubblico ministero.

Fu il miglior prodotto normativo che si poteva immaginare all'epoca, grazie al dibattito che lo aveva preceduto ed al rapporto simbiotico con la Costituzione, "valore" che rappresenta il limite stesso del processo di stile anglosassone, giacché questo ha quali caratteristiche irrinunciabili, per il verso funzionale, la magistratura elettiva e, per il verso strutturale, l'azione "discrezionale". Ebbene, nonostante la diversa radice costituzionale, furono questi i terreni dove si realizzarono le migliori novità funzionali (= giurisdizioni di garanzia) e strutturali (= indagini preliminari per la "concretezza" dell'azione); e sono questi i terreni che dimostrano oggi i limiti (funzionali e strutturali) del sistema sanzionatorio riprodotto nell'art. 606 lett. c) c.p.p.

2. L'introduzione a cui sono chiamato mi impone di dare una prima dimostrazione sistematica della condivisa affermazione, che, sono certo, riceverà ulteriore approfondita specificazione nelle relazioni che seguiranno.

È noto. L'art. 606 lett. c) c.p.p. si presenta con un doppio vizio: per *difetto*, perché omette una serie di sanzioni processuali di cui la giurisprudenza si nutre, magari oggi con abbondanza; per *eccesso*, perché contiene il riferimento alla "decadenza", che, quale fatto con effetti processuali, sfugge alle categorie sanzionatorie invalidanti; eppure - si vedrà - *attraverso essa è possibile ricostruire vizi di comportamento*, su cui magari la dottrina non ha aggiornato ancora i ragionamenti, resi possibili oggi dalle "nuove" conoscenze comparatiste. Sembra, anzi, che proprio questa combinazione di difetto e di eccesso apre la via a più aggiornate ricostruzioni dogmatiche ed a più moderne semantiche concettuali in materia di definizione della sanzione processuale.

L'operazione fu compiuta anni addietro, quando il dubbio sul ruolo "penalizzante" della sanzione processuale spinse una parte della dottrina a rompere la sinonimia semantica e concettuale tra pena e sanzione ed a domandarsi a cosa serve dichiarare invalido un atto la cui presenza comunque dispiega effetti nella sequenza processuale se non rimosso o se non sanato.

L'attenzione cadde sul concetto stesso di processo e sul suo ruolo di manifestazione pubblica del potere di giudicare, che si sviluppa attraverso una sequenza necessitata di atti tra loro concatenati al punto che il precedente è l'antecedente logico del successivo e questo la conseguenza vincolata di quello; un sistema di

poteri tra loro concatenati che si esprimono attraverso atti la cui struttura è solitamente predisposta dal legislatore. Questo fenomeno si chiama principio di *legalità processuale*, che, per mantenere tale caratteristica in quella successione ordinata di atti, ha bisogno che sia ripristinata la concatenazione quando un vizio colpisce un atto, non risultando sempre sufficiente e dovuta l'espulsione di quell'atto dalla ordinata sequenza, resa invece possibile (= dovuta) in ipotesi predeterminate a cagione della gravità del vizio, della funzione dell'atto, della sua incidenza nei diritti fondamentali dell'altro o nei poteri giudiziali: l'esempio della inutilizzabilità è emblematica; regola l'esclusione dal giudizio della prova acquisita "in violazione di un divieto di legge", perifrasi complessa, che richiede la ricerca di un consenso dogmatico sul nucleo concettuale e sull'oggetto della sanzione idonea ad evitare la denuncia di impropri aggiramenti giurisprudenziali.

Per certi aspetti è, questo, anche il caso della inammissibilità, se non accadesse che questa sanzione - come la precedente (:l' *inutilizzabilità è sanzione di modo!*) - il più delle volte attiene ai comportamenti, soprattutto per gli atti tipizzati, nei quali spesso evoca come presupposto un termine perentorio e quindi il presupposto stesso della decadenza dal potere di chiedere, richiamando, l'inammissibilità, appunto, le domande.

In tale più moderna rivisitazione del sistema, insomma, la decadenza (quale effetto naturale della violazione di un termine perentorio) evoca vizi dei comportamenti per la parte e poteri "eccezionali" per il giudice in ipotesi espressamente predisposte.

Si realizza per questa via la sintesi della pluralità dei profili legati al sistema sanzionatorio processuale, dal definitorio (= itinerario correttivo), al presupposto ontologico (= la regola potere-atto-scopo), ai compiti funzionali, all'effetto sanzionatorio; ma ciascuno di essi attiva riflessioni sul modo di essere della specifica sanzione nella singolare situazione che si esamina.

A mo' di esercitazione.

La "sanzione itinerario", se dal punto di vista teorico offre il metodo per la lettura della disciplina della nullità - ma di ciò vi parlerà diffusamente la Prof. Iasevoli - fu ritenuta essenziale in giurisprudenza - manco a farlo apposta - proprio a proposito di un comportamento processuale il cui "vizio", ovviamente non sanzionato secondo le figure classiche, creava problemi di stasi processuale e/o di ragionevole durata del processo. Fu il caso di cui si interessò diffusamente la famosa sentenza Battistella; non amata da tutti; forse perché non se ne percepì la novità semantica e concettuale e l'ampliamento d'ambito della sanzione processuale ai comportamenti delle parti. Fu, insomma, una apertura di credito - se si vuole non completamente consapevole né consapevolmente

recepita - verso un sistema processuale più aderente alla ispirazione anglosassone del nuovo codice.

Il caso fu quello dell'inerzia del pubblico ministero di fronte alle esigenze di modifica dell'imputazione previste dall'art. 423 c.p.p., evenienza nella quale la dottrina, di fronte al silenzio del legislatore, si divise tra quanti ritenevano applicabile in via analogica la regola dettata nell'art. 521 c.p.p. e quanti evocavano l'immancabile ricorso all'art. 178 c.p.p., tranne, poi, a manifestare incertezza sul fatto che il vizio fosse ascrivibile alla lett. b) e/o c) della disposizione.

Le tesi sono entrambi insostenibili. Nel primo caso l'incompatibilità con il "principio" dell'art. 521 c.p.p. si rintraccia nella funzione e nella sistematica stessa della norma; l'illusoria panacea di tutte le situazioni prive di sanzione professata dalla seconda tesi, poi, per un verso, mostra l'inconciliabilità concettuale con gli "atti" del pubblico ministero e, per altro verso, dichiara l'eccesso dogmatico nel ricorso a quel regime sanzionatorio, riservato neanche al decreto di rinvio a giudizio (nell'art. 429 c.p.p. la situazione è opportunamente sanzionata con nullità d'ordine speciale).

L'occasione offrì lo spunto per un primo vaglio giurisprudenziale della teoria fissata sul rapporto processo=sequenza necessitata/legalità/sanzione-"ripristinativa" dell'atto viziato, considerato che il potere (gestore dell'atto) non può raggiungere lo scopo per la presenza di quel vizio. Ed infatti la sentenza Battistella, sul presupposto dogmatico secondo cui la sanzione processuale è "itinerario correttivo" della legalità del procedere, conclude nel senso che appartiene al sistema il principio di sollecitazione del giudice al pubblico ministero inerte quando il fatto dovesse risultare diverso da quello contestato.

Dunque: l'art. 423 c.p.p. contiene l'itinerario correttivo del vizio di imputazione conferendo al giudice il potere di sollecitazione del pubblico ministero inerte.

3. Insomma: la giurisprudenza individua la sanzione per il vizio di comportamento del pubblico ministero, in qualche modo ripetendo alcuni itinerari predisposti - tassativamente in tal caso - per i "vizi dovuti" nei comportamenti del giudice. Ci riferiamo alle situazioni in cui il giudice incompetente deve assumere provvedimento; alle situazioni in cui è posto a carico del giudice un termine perentorio per l'assunzione degli atti (esempi classici sono forniti dalle situazioni descritte negli artt. 26 e 27 e 309 c.p.p.); alle situazioni del tutto diverse dai prescritti itinerari per "vizi" prevedibili e previsti in materia di competenza (art. 21 c.p.p.) o di imparzialità/terzietà (art. 36 e 37 c.p.p.), ancor più per gli impreveduti ed imprevedibili vizi di *competenza funzionale*, tema estremamente delicato, innovato - pure esso - radicalmente dal "nuovo" codice; che, rivelando i compiti di garanzia della giurisdizione e rendendoli orizzontali, ha

moltiplicato le situazioni "conflittuali" derivanti dall'esercizio dei poteri del giudice: vizi strutturali o funzionali (le similitudini di effetti, non di natura, delle due teorie saranno oggetto della relazione della Prof. Marandola) comunque vizi di comportamento non espressamente sanzionati e comunque ricadenti nella categoria dell'*abnormità*, sanzione nota al tempo della redazione codicistica eppure non indicata, così come l'*inefficienza*.

Si inquadra in questo orizzonte il dubbio iniziale del Prof. Gaito, che si chiedeva se la preferenza dovesse esser data ad un sistema tassativo di sanzioni o...?

A mo' di chiarimento.

Quanto alla denuncia di omissioni mossa nei confronti dell'art. 606 lett. c) c.p.p., se resta ingiustificata l'omesso riferimento alla *inefficienza* come sanzione per togliere effetto ad atti legittimi del giudice non seguiti, però, dalla "sanatoria"; se cioè questa sanzione può avere dimensione categoriale unica, per quanto attiene all'*abnormità* il discorso è di tutt'altro genere (e lo sentirete) anche per chi - come me - la lega indissolubilmente ad eccesso o difetto di potere da cui può dipendere l'effetto strutturale.

Ebbene, questa sanzione non può assurgere a categoria, rappresentando una situazione *extraordinem*, una incomprensibile caduta ermeneutica da parte del giudice, non definibile, non prevedibile, non prescrivibile e perciò affidata immediatamente alle cure della cassazione; il che dimostra che pure essa è altra forma di itinerario correttivo del vizio e, per altro verso qui non evocabile, la natura di *giudice della legalità della Cassazione*, non della legittimità come definito nel risalente ordinamento giudiziario, qui nominalisticamente in conflitto con la Costituzione, che affida la legittimità delle leggi alla Corte costituzionale; ma, si diceva, è discorso eccentrico in questa sede.

Ancora a mo' di esempio.

Appare drammatica (non sembri esagerato), poi, l'attuale stato intellettuale della giurisprudenza, che, isolando la Battistella ed il suo approdo ontologico, espulsa da ogni discorso dogmatico (che pure si consente non senza eccessi; si dirà) la ricerca di soluzioni unificanti dei vizi di comportamento del pubblico ministero.

È il caso recentissimo del "trattamento" dei comportamenti omissivi del pubblico ministero in materia di esibizione degli atti di indagini; che, indipendentemente dalla volontà del soggetto, mette in conflitto il diritto alla prova dell'imputato a cui è strumentale (il diritto al) la conoscenza degli atti, essendo inimmaginabile che l'accusa "dimentichi" di esibire atto d'indagine ad essa favorevole.

È il caso della interpretazione dell'art. 130 disp. att. e della sua problematica combinazione con il "procedimento" dell'art. 507 c.p.p.; casi recentissimi, dif-

ferentemente risolti, di cui siete a conoscenza certamente, avendo essi alimentato una altrettanto contraddittoria letteratura.

È il caso in cui la difesa lamenta in dibattimento la mancata esibizione di un atto di indagine, comportamento che alimenta dommatiche differenti e - nientemeno - opposte soluzioni - addirittura - in materia di diritto alla prova, creando *quel clima di "interpretazione discrezionale" che contribuisce a qualificare l'"autoritarismo giurisprudenziale" che oggi governa il diritto.*

È il caso in cui si discetta sul presunto potere di selezione del pubblico ministero, su nullità e inutilizzabilità, su potere di ricorrere o meno al procedimento dell'art. 507 c.p.p.

È il caso che dimostra come la giurisprudenza si sia appropriata della dogmatica, ben oltre o al di fuori delle linee condivise costruite dalla dottrina.

Nell'ordine.

Sul potere di selezione degli atti del pubblico ministero è sufficiente evidenziare che è letteralmente previsto che esso possa essere utilizzato solo in presenza di processi cumulativi, nel caso in cui l'accusa reputi di procedere per taluni soggetti e/o per taluni fatti. Eppure si discetta se esso possa essere analogicamente ritenuto di carattere generale valido in ogni situazione.

Quanto alle tesi che tale omissione costituisca nullità e/o inutilizzabilità, è presto detto - ovviamente a mio avviso - che nessuna delle sanzioni può essere riferita all'ipotesi di cui discutiamo.

Non la nullità, quando si fa riferimento all'art. 178 c.p.p., ma anche quando si intende applicare in via analogica quella prevista nell'art. 416 c.p.p. Non la prima, perché la tesi si iscrive nel "gigantismo inefficientista della sanzione" che caratterizza una lettura esasperata della garanzia, legata alla cultura del processo inquisitorio, non del processo partecipato (vi sarà dimostrato da altri). Ma neanche la seconda tesi coglie nel segno, pur facendo riferimento ad ipotesi già predisposta per un comportamento omissivo del pubblico ministero; epperò nell'art. 416 c.p.p. la nullità si riferisce ad un atto ed ha carattere "rasserente" in sostituzione della soluzione dogmaticamente corretta, quella della inammissibilità della "domanda", a cui poco si ricorre - si dice - considerata la mancanza di disciplina della inammissibilità e non potendo rendere tale la richiesta di esercizio di un obbligo costituzionale. Dogmaticamente non è così; quell'obbligo avrebbe reso "ripetibile" la domanda previo adempimento dell'obbligo che ne è il presupposto; ma forse discutiamo del nulla, se è tale il valore della dogmatica.

Ancora più inaccessibile, la tesi della inutilizzabilità dell'atto di indagine presenta una confusione concettuale ripetuta in giurisprudenza e forse alimentata dalla diversità dottrina tra inutilizzabilità "fisiologica" e inutilizzabilità "patologica": la storia di questa sanzione la ha consacrata a causa di esclusione della

prova (non di ogni atto) *acquisita in modo* contrario alla tassativa previsione legislativa. Insomma, essa si riferisce ad un vizio strutturale della prova che impedisce al giudice di prenderne conoscenza.

Ebbene, come questa caratteristica possa essere attribuita ad un atto di indagine è veramente singolare, considerato che neanche nel giudizio abbreviato o nel patteggiamento gli atti di indagine acquistano valore di prova, pure se essi costituiscono le conoscenze utili per il giudizio; perciò la semantica connota le indagini preliminari di possibile ruolo giudiziale, mai del carattere probatorio. Ancora più assurde le opposte soluzioni alla richiesta di "sanatoria" della omissione attraverso la procedura dell'art. 507 c.p.p.: la soluzione negativa si avvale dell'effetto di esclusione della inutilizzabilità dell'atto: ma sappiamo che esso non è tale. L'opposta soluzione ammissiva non rinuncia a qualificare l'atto affetto dalla sanzione ora evocata; per cui appare ancor più contraddittoria la soluzione sul piano dogmatico, anche se essa si presenta in termini certamente garantisti e quindi accettabile sul piano del diritto alla prova e della giustezza della pronuncia.

Eppure, se si ripettesse in rapida successione argomentativa: che la sanzione processuale ha natura ripristinatoria; che il legislatore crea itinerari correttivi di vizi non compresi nella previsione generale; che tali itinerari possono essere contenuti in una singola disposizione; che la carenza di attenzione ai vizi dei comportamenti del pubblico ministero fu determinato dalla prevalente teoria della "invalidità degli atti" e quindi dalla situazione intellettuale dell'epoca del codice e dalle poco approfondite conoscenze comparatistiche; insomma, se ciò avvenisse, ci si renderebbe conto che il vizio di comportamento del pubblico ministero può essere naturalmente corretto nel caso di specie, recuperando, naturalmente, l'atto la cui omissione è fatta valere in giudizio, se la richiesta proviene dalla parte che abbia interesse alla sua acquisizione - starei per dire - indipendentemente dalla valutazione di assoluta necessità considerata dalla norma in questione, risultando essa *in re ipsa* o, se si vuole, funzionando, qui, la disposizione, come sanzione dell' illecito comportamento del pubblico ministero.

È questo l'attuale progetto di sviluppo delle riflessioni intorno al sistema sanzionatorio processuale penale. In esso confluiscono storia e comparazione, entrambe elementi ermeneutici irrinunciabili, ancora più utili a fronte di una dottrina che - mi spiace dirlo - sembra ripetere argomentazioni ricorrenti; con la fortunata eccezione delle relatrici di questa sera. Ve ne accorgete.

ARCHIVIO PENALE 2016, n. 2