

ORIENTAMENTI

ELVIRA NADIA LA ROCCA

La tassatività delle nullità negli itinerari mutevoli della giurisprudenza

Lo scritto analizza gli itinerari giurisprudenziali in materia di tassatività delle nullità degli atti nel processo penale. L'autore pone in risalto le prassi applicative che, valorizzando il criterio dell'effettivo pregiudizio, tendono a svincolarsi dai limiti di legge alimentando la crisi del principio di legalità processuale. Le cause dell'indebolimento del valore della tassatività sono da rintracciare nel bisogno di recupero dell'efficienza del processo che può essere minata dal regime delle nullità e dalle conseguenze derivanti dall'accertamento del vizio. Le teorie antiformalistiche e la ricerca di soluzioni extralegali, poggiando su di un'eccessiva discrezionalità in capo al giudice, si pongono però in contrasto con i valori costituzionali che governano il rito penale.

The paper analyzes case law regarding itineraries binding nature of nullity of the proceedings in criminal trials. The author emphasizes application practices, enhancing the actual policy bias, tend to break away from the limitations of law fueling crisis in the rule of law of the case. The causes of the weakening of the value of binding nature are to be found in the need to restore the efficiency of the process that can be mined from the system of invalidity and the consequences resulting from the investigation of the defect. The antiformalist and extrajudicial solutions, relying on excessive discretion to the judge, but in contrast to constitutional values that govern criminal rite.

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. La tassatività e il suo valore. - 3. Il divario tra legge e processo. - 4. (segue) e l'abuso del diritto nel processo. - 5. Gli abusi negli approcci antiformalistici.

1. Premessa

Dinnanzi al sistema delle nullità, fondato sul canone della stretta legalità-tassatività, si avverte da tempo la tendenza ad evaderne i limiti: inequivocabili segnali di crisi traspaiono nei principi di diritto pronunciati dalla giurisprudenza di legittimità, sempre più orientata a valorizzare canoni "altri" rispetto a quelli imposti dal diritto positivo, privilegiando approcci sostanziali che, nella maggior parte delle ipotesi, importano detrimenti dei diritti "nel processo"¹.

¹ E così, quando l'approccio sostanziale potrebbe prestarsi a colmare i vuoti di tutela dovuti all'incapacità delle norme a fronteggiare patologie gravi, è la tassatività ed l'impossibilità di avvalersi dell'analogia ad essere posta come punto fermo dell'ordinamento. Mentre, per converso, nei casi in cui la tassatività e le prerogative che vi sono collegate possano essere sconvenienti per l'efficienza del sistema e la ragionevole durata del processo, si approda a soluzioni che ne tradiscono il valore ed il contenuto. Il riferimento è ai vizi della volontà che possono inficiare le scelte unilaterali o cristallizzate in accordo, dell'imputato, per tradizione ritenuti estranei al modello processuale penale proprio a causa dell'impossibilità di rinvenire una patologia diversa da quelle tassativamente indicate dagli art. 177

Alcune soluzioni «talvolta slittano su un piano inclinato, verso una sanzione in bianco»² in grado di attribuire al giudice il potere di applicare o non applicare la prescrizione di legge, nell'ambito di un regime di discrezionalità a maglie troppo larghe.

Non è difficile intravedere un fondamento autoritario nel proposito di limitare i diritti delle parti censurando le condotte che, a seconda di una visione discrezionale, disancorata da parametri legislativamente determinati, possono essere considerate come ostacoli allo svolgimento del processo, luogo di cronica inefficienza.

È proprio l'inefficienza della giustizia penale, infatti, ad alimentare un'esigenza fisiologica di autotutela del sistema che deve poter attivare al suo esterno le valvole di tenuta di alcuni dei suoi valori, come quello della ragionevole durata, che può essere facilmente alterato dal regime delle nullità degli atti e dalla regressione che importa l'accertamento del vizio. Tanto implica, nella prassi, il superamento del principio di legalità in nome di una patologia dello scopo perseguito dalla parte che presuppone, tuttavia, un accertamento non consentito al giudice, soprattutto se l'immediata conseguenza che da tale accertamento deriva è l'esclusione della nullità o la sua declaratoria in prospettiva diversa e contraria rispetto a quanto tassativamente prescritto.

Le elaborazioni della Corte nomofilattica³ ciclicamente prediligono e pro-

ss.c.p.p. Sul punto si rinvia ampiamente, anche per riferimenti bibliografici più precisi, a FONTI, *Vizi della volontà e giustizia penale negoziata*, in *La Giustizia penale differenziata*, a cura di Gaito, Spangher, Torino, 2010, I, 279; LA ROCCA, *La scelta del rito da parte dell'imputato: sopravvenienze e vizi della volontà*, in *questa Rivista*, 2015, 2, 586 ss.; PATANÈ, *Giudizio abbreviato e consenso*, in *Eccezioni al contraddittorio e giusto processo*, a cura di Di Chiara, Torino, 2009, 85. In generale sul tema non può non farsi riferimento a CONSO, *I fatti giuridici processuali penali. Perfezione ed efficacia*, Milano, 1955, 57. In prospettiva garantista, ha sottolineato l'opportunità di rivedere il principio –oramai anacronistico– della tassatività delle impugnazioni, GAITO, *Riformiamo le impugnazioni penali senza rinunciare al giusto processo*, in *questa Rivista*, 2012, 2, 7: «una volta entrati nell'era del giusto processo, non può più essere consentito alcuno iato fra tutela formale e diritti sostanziali». Per considerazioni più approfondite v. GAITO, *Impugnazioni e altri controlli: verso la decisione giusta*, in *Le impugnazioni penali*, diretto da Gaito, Torino, I, 1998, 6, ove si è evidenziato che l'apposizione di tanti vincoli preclusivi è di per sé un serio ostacolo alla proposizione delle impugnazioni.

² AMODIO, *L'abuso delle forme degli atti processuali penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 636.

³ La valorizzazione dell'approccio antiformalistico è ripresa anche dalla recente sentenza di Cass, Sez. un., 24 novembre 2016, Amato, in *Mass. Uff.*, n. 269027 in tema di nullità derivante dall'omessa notificazione all'imputato dell'avviso di fissazione dell'udienza preliminare, in cui la Corte di cassazione non omette le sue considerazioni in ordine alla verifica dell'effettivo danno derivante all'imputato dall'omissione, prediligendo, anche attraverso il richiamo alla giurisprudenza pregressa, l'accertamento del pregiudizio che supera quello in ordine alla "mera" difformità dell'atto rispetto al modello. Cfr. pag. 10-11 della motivazione, ove la Corte precisa che «delimitata sinteticamente tale linea di tendenza, deve osservarsi che nel caso sottoposto all'attenzione delle Sezioni unite ricorrono gli estremi per ritenere che la nullità della notificazione dell'avviso all'imputato abbia *effettivamente* inciso sulla validità della *vocatio in iudicium*».

muovono soluzioni che attribuiscono al giudice spazi di discrezionalità non concessi dal legislatore. Il rispetto dei precetti di legge cede il passo al criterio di offensività concreta del vizio quale condizione per la sua rilevanza⁴ e a vario modo si registrano fenomeni di abuso nella diagnosi e nel trattamento dell'invalidità giustificati dall'esigenza di colpire non meglio definite condotte devianti ed ostruzionistiche, a loro volta considerate abusive nonostante la conformità alla legge processuale.

L'approccio sostanziale denota l'insofferenza per la sovrastruttura formale e conduce alla tentazione di riplasmare il precetto: «la nullità scade [...]; la prescrizione d'una condotta, come mezzo indispensabile d'un dato effetto, si affievolisce a semplice raccomandazione d'un *modus operandi*, fungibile rispetto ad ogni altro, che ai soggetti del processo piaccia escogitare: quasi ci si trovasse di fronte ad una serie di atti a forma libera, dei quali l'ordinamento non si interessi se non per statuire il singolo scopo, lasciando alle parti e al giudice la scelta della via meno ardua per conseguirlo»⁵.

Ferma l'inefficienza perseverante che abita il rito penale, l'impegno speculativo è allertato dal bisogno di verificare se sia la manomissione giurisprudenziale della legalità la via da percorrere per combattere le prassi devianti in un settore in cui le patologie tassativamente predeterminate sono poste a presidio di posizioni soggettive astrattamente tutelate dal legislatore.

2. La tassatività e il suo valore

La nozione di tassatività guida il sistema delle invalidità, circoscrivendone gli ambiti e limitando intrusioni discrezionali nella serie organica costituita dalle disposizioni di legge che lo disciplinano.

Il legislatore della codificazione vigente ha ribadito la portata del principio di tassatività, già noto ai pregressi sistemi codicistici⁶, come fattore impeditivo della declaratoria di nullità di un atto in assenza di specifica previsione normativa ed impositivo della declaratoria medesima al cospetto

⁴ In argomento v. AMODIO, *L'abuso delle forme degli atti processuali penali*, cit., 631; CAIANIELLO, *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nelle invalidità processuali penali*, Bologna, 2012; CORDERO, *Nullità, sanatorie, vizi innocui*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1961, 703; CORSO, *Quale difesa dall'abuso della difesa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 104; GIARDA, *La lealtà nell'esercizio della difesa penale*, in *Cass. pen.*, 2005, 920; LEO, *L'abuso del processo nella giurisprudenza di legittimità*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 508; MAZZA, *Il pregiudizio effettivo fra legalità processuale e discrezionalità del giudice*, in *Giust. pen.*, 2015, III, 697; MOSCARINI, *Esigenze antiformalistiche e conseguimento dello scopo nel processo penale italiano*, Milano, 1988;

⁵ CORDERO, *Nullità, sanatorie e vizi innocui*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1961, 704.

⁶ V. GALATI, voce *Nullità (dir. proc. pen.)*, in *Enc. Dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 911; DOMINIONI, *Il nuovo sistema delle nullità*, in *Nuove norme sul processo penale e sull'ordine pubblico*, a cura di Amodio, Dominioni, Galli, Milano, 1978, 60.

dell'inosservanza «delle forme»⁷. Mentre nel sistema previgente, invero, l'art. 184 c.p.p. abr. faceva riferimento all'inosservanza di forme prescritte⁸, l'attuale art. 177 c.p.p. contempla l'inosservanza «delle disposizioni stabilite per gli atti». La formulazione della norma sulla tassatività risulta più corretta ed in armonia con il principio stesso, poiché l'insorgere della nullità presuppone un'apposita previsione. Immediato corollario della tassatività è la preclusione della possibilità di operazioni di integrazione analogica⁹.

L'opzione adottata dal legislatore mostra, altresì, un ripudio per soluzioni che valorizzino forme di discrezionalità incontrollabile¹⁰ in un ambito in cui è richiesta certezza, prevedibilità ed eguaglianza. La tassatività «non può esprimersi solo nel fatto che l'ordinamento, menzionandoli, accoglie inequivocabilmente certi tipi di imperfezioni e le correlate sanzioni, ma significa individuazione inestensibile dei casi ai quali l'imperfezione afferisce, in modo da circoscrivere il fenomeno delle invalidità alle situazioni effettivamente bisognose di tutela»¹¹.

I contenuti desumibili dall'art. 177 c.p.p. implicano il divieto, per il giudice che ne è il primo destinatario¹² - di dichiarare nullo l'atto contrario alla legge quando manchi un'espressa comminatoria legale di nullità¹³ e quello di invalidare un atto rispettoso del modello legale¹⁴. Al tempo stesso si profila l'obbligo per il giudice di dichiarare la nullità derivante dalla non corrispondenza dell'atto al modello imposto, anche se la violazione non si riveli danno-

⁷ Le nullità derivavano sempre da vizi formali per ALOISI, *Manuale pratico di procedura penale*, Milano, 1932, 210; MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, a cura di Conso, Pisapia, III, Torino, 1970, 118; in senso contrario, BELLAVISTA, TRANCHINA, *Lezioni di diritto processuale penale*, Milano, 1982, 274; LEONE, *Trattato di diritto processuale penale*, I, Napoli, 1961, 704.

⁸ Già in passato si osservava che il riferimento alle forme doveva essere inteso in senso lato e, dunque, comprensivo di aspetti non sempre riconducibili agevolmente al concetto di forma, poiché il concetto di nullità travalica non di rado l'inosservanza delle forme, pur essendo questo il suo terreno naturale. V. sul punto CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 1987, 871.

⁹ MARABOTTO, voce *Nullità*, in *Dig. Pen.*, Torino, 1994, 720.

¹⁰ Nel codice previgente si valorizzava il pregiudizio effettivo (l'art. 187 c.p.p. abr. prevedeva che la nullità è sanata se ha ugualmente raggiunto il suo scopo rispetto agli interessati). Questo rappresentava il viatico per dischiudere gli argini alla discrezionalità del potere giurisdizionale verso orizzonti paradossali ancorati a categorie evanescenti come l'equipollenza. V. sull'argomento di recente IASEVOLI, *La nullità nel sistema processuale penale*, Padova, 2012, 204;

¹¹ GALANTINI, voce *Vizi degli atti processuali penali*, in *Dig. Pen.*, Torino, 1999, 345.

¹² IASEVOLI, *La nullità*, cit., 204.

¹³ Deve escludersi, quindi, che la sanzione processuale possa derivare dai principi generali dell'ordinamento o desumersi da altre disposizioni processuali. Così RAFARACI, voce *Nullità*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1998, 599. Più di recente v. DI PAOLO, *Nullità processuali e sanatorie tra tassatività e tendenze antiformalistiche*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 255; nonché ID., *La sanatoria delle nullità nel processo penale*, Padova, 2012, 49.

¹⁴ VARRASO, *Gli atti*, in *Procedura penale*, Torino, 2015, 234.

sa e sia in concreto inoffensiva. In tal modo si garantisce il sistema da elaborazioni che si affidino alla valutazione su di un effettivo pregiudizio. Si tratta, invero, di valutazione ambigua, in grado di configurare l'inesistenza del pregiudizio come requisito che esclude la nullità e di considerare il venir meno dello stesso alla stregua di sanatoria della nullità già realizzatasi¹⁵. Al contrario, la non necessità del pregiudizio deriva dalla tassatività in senso stretto, stimata da espressi disposti di legge¹⁶ che, identificando un modello, oscurano la dimensione individualistica¹⁷. È il risultato di una scelta di natura ideologica, volta a valorizzare criteri formali nella convinzione che meglio garantiscano la certezza e la ragionevolezza nel trattamento di medesime situazioni.

Non può disconoscersi, poi, un fondamento costituzionale della legalità processuale e, più nello specifico, della tassatività¹⁸. L'art. 111 Cost.¹⁹ stabilisce, testualmente, che «la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge». Questa affermazione, di ampia portata, certamente riferibile anche alla giurisdizione penale, sancisce il principio di legalità processuale, simmetrico a quello imposto dall'art. 25, co. 2, Cost. per il diritto penale sostanziale, da cui consegue la necessità che il processo sia compiutamente regolato da disposizioni di legge e si svolga nel rigoroso rispetto delle prescrizioni normative. Trattandosi di un principio di garanzia per l'accusato, ne discende che la disciplina codicistica, al pari delle fattispecie incriminatrici, non è suscettibile di interpretazioni analogiche in *malam partem*, ossia tese a limitare i diritti processuali riconosciuti all'imputato. Non va nemmeno dimenticato che la riserva di legge processuale non è solo stabilita dall'art. 111, co. 1, Cost., ma assume un preciso rilievo anche in seno alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, pur non essendo rintracciabile una precisa disposizione al riguardo²⁰. Secondo l'interpretazione fornita dalla Corte europea dei diritti dell'uomo²¹, infatti, il principio di legalità del diritto processuale penale è un principio generale del diritto, rappresenta il *pendant* della legalità del diritto penale ed è consacrato dall'adagio *nullum iudicium sine lege*.

I divieti e gli obblighi che discendono dalla tassatività sono avvinti dalla finali-

¹⁵ Cfr. LOZZI, voce *Atti processuali. Diritto processuale penale*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1995, 7.

¹⁶ GALANTINI, *Vizi degli atti processuali penali*, cit., 357.

¹⁷ IASEVOLI, *La nullità*, cit., 251.

¹⁸ Lo sottolinea IASEVOLI, *La nullità*, cit., 64.

¹⁹ V. sul punto MAZZA, *I protagonisti del processo*, in *Procedura penale*, Torino, 2014, 54

²⁰ In tal senso sempre MAZZA, *I protagonisti del processo*, cit., 54.

²¹ Con la sentenza Corte EDU, 22 giugno 2000, Coëme e altri c. Belgio. La Corte europea ha evidenziato che la regolamentazione della procedura penale ha come scopo la protezione della persona inquisita contro i rischi degli abusi del potere ed è dunque la difesa maggiormente esposta a subire un pregiudizio dalle lacune e dalle imprecisioni di tale regolamentazione

tà di impedire al giudice accertamenti che, superando il dettato normativo, guardino ad un effettivo danno o all'offensività concreta della violazione. Essendo l'offesa insita nella difformità dal modello, un simile accertamento è da considerarsi oltre che superfluo, scorretto in linea di metodo.

3. Il divario tra legge e processo

Se si guarda agli itinerari della giurisprudenza ed alle soluzioni adottate in materia di nullità, è agevole percepire qualche segnale di crisi dei principi solo brevemente sopra descritti. La tendenza ad evadere i limiti derivanti dal canone di legalità-tassatività delle invalidità ha il suo fondamento nella valorizzazione di criteri non previsti dal sistema positivo e che, anzi, ne tradiscono la *ratio* e le linee di principio²². Non si tratta di fenomeno nuovo o da inscrivere nell'evoluzione (o involuzione) del sistema processo rispetto all'elaborazione del codice di rito. La manifestazione di approcci "sostanziali" e tesi a prediligere fattori non legiferati per il trattamento del vizio dell'atto è un fenomeno che si ripete a cadenze cicliche.

Non è inverosimile la linea volta a valorizzare, nelle decisioni sulle questioni di invalidità degli atti, il criterio del reale pregiudizio: per valutare se un *error in procedendo* si sia effettivamente consumato, si ricorre all'applicazione del principio di offensività processuale, secondo cui, perché sussista la nullità non è sufficiente che sia stato posto in essere un atto non conforme al tipo, ma è necessario valutare se la violazione abbia effettivamente compromesso le garanzie che l'ipotesi di invalidità è destinata a presidiare.

In funzione anche dissuasiva, la giurisprudenza di legittimità ha elaborato linee interpretative che rapportano l'invalidità alla presenza di un danno per la parte processuale quando la sanzione è collegata al risultato o scopo della prescrizione violata. Con ricostruzioni argomentative in parte discutibili, è stato affermato che «se è pur vero che, in base al vigente sistema di rito, rimane privo di rilievo, di fronte ad un atto nullo, il ricorrere di un concreto pregiudizio all'interesse protetto, considerato che tale pregiudizio deve considerarsi immanente nella circostanza pura e semplice che lo schema legale non si sia realizzato, è anche vero che lo stesso sistema legittima una lettura non rigorosamente formalistica degli effetti connessi ad un atto processuale nullo, che in concreto non ha dato luogo ad un "danno" misurabile e non ha aggredito il nucleo della garanzia oggetto di tutela, ove si considerino la prevista categoria concettuale della sanatoria per "conseguimento dello scopo", il richiesto interesse - concreto ed attuale - a fare valere la nullità e gli effetti diffusivi o no

²² VARRASO, *Gli atti*, cit., 235.

di questa»²³. Una regola, quella appena riportata, che si è tradotta nell'affermazione di principio secondo cui «se le forme processuali sono un valore, lo sono in quanto funzionali alla celebrazione di un giusto processo, i cui principi non vengono certamente compromessi da una nullità in sé irrilevante o inidonea a riverberarsi sulla validità degli atti processuali successivi»²⁴.

Più nello specifico, come ormai noto, in tema di notificazione della citazione all'imputato, è stato stabilito che la nullità assoluta ed insanabile prevista dall'art. 179 c.p.p. non ricorre nei casi in cui vi sia stata esclusivamente la violazione delle regole sulle modalità di esecuzione della notificazione, non incidente sulla effettiva conoscenza, e non equiparabile perciò, quanto ad effetti, alla omessa citazione, conseguendo in tal caso l'applicabilità della sanatoria di cui all'art. 184 c.p.p.²⁵. Deve ricordarsi, poi, la linea interpretativa che ha individuato nella nullità della notifica all'imputato eseguita a norma dell'art. 157, co. 7-bis, c.p.p. presso il difensore di fiducia, anziché al domicilio dichiarato o eletto, una forma di nullità di ordine generale a regime intermedio che deve ritenersi sanata quando risulti provato che non ha impedito all'imputato di conoscere l'esistenza dell'atto e di esercitare il diritto di difesa, ed è, comunque, priva di effetti se non dedotta tempestivamente, essendo soggetta alle regole di deducibilità di cui all'art. 182 c.p.p., oltre che ai termini di rilevabilità di cui all'art. 180 c.p.p.²⁶.

Con l'intento, probabilmente, di bilanciare esigenze di speditezza ed effettività della conoscenza dell'informazione all'imputato, le argomentazioni in diritto contenute nelle decisioni del giudice di legittimità mostrano la tendenza ad imporre, nel trattamento del vizio dell'atto, un accertamento sul pregiudizio in alcun modo consentito. Vigente la regola della tassatività, il giudice non può dichiarare la nullità dell'atto conforme al modello anche quando palesemente inidoneo a svolgere la sua funzione e, per converso, la conoscenza effettiva e l'assenza del pregiudizio, non esclude l'invalidità dell'atto contrario alla legge se è così prescritto²⁷.

Le distorsioni del principio sancito all'art. 177 c.p.p. sono state adoperate sia per escludere la nullità dell'atto, che per degradare la nullità assoluta in nullità a regime intermedio, ottenendo comunque, nel concreto, il primo risultato.

²³ Cfr. Cass., Sez. un., 17 ottobre 2006, Michaeler, in *Mass. Uff.*, n. 235697.

²⁴ Tale affermazione è stata poi di recente condivisa da Cass, Sez. un., 24 novembre 2016, Amato, in *Mass. Uff.*, n. 269027.

²⁵ V. Cass., Sez. un., 7 gennaio 2005, Palumbo, in *Dir. pen. proc.*, 2005, 715. In argomento v. DIDI, *Davvero sanabile per "raggiungimento" la nullità per irregolare notificazione della citazione?*, *ivi*, 2015, 1150. Più in generale sul tema v. VARRASO, *Le notificazioni nel procedimento penale*, Milano, 2013.

²⁶ Cass., Sez. un., del 27 marzo 2008, Micciullo, in *Mass. Uff.*, n. 239396

²⁷ V. sul punto, DI PAOLO, *Nullità processuali e sanatorie*, cit., 258.

Nonostante le non più recenti affermazioni delle Sezioni unite, che avevano ritenuto l'omessa notifica dell'avviso dell'udienza preliminare rientrante in un'ipotesi di nullità assoluta, riconducibile nell'alveo dell'art. 179 c.p.p.²⁸, gli orientamenti più recenti avevano ricondotto la medesima patologia nell'ambito del regime di cui all'art. 180 c.p.p.²⁹, con ripercussioni di non poco momento non solo in punto di certezza nell'interpretazione delle norme, ma altresì di ragionevolezza nel trattamento di situazioni analoghe. Il contrasto ha richiesto un intervento successivo della Corte nomofilattica nella sua composizione più autorevole che, nel ribadire il regime assoluto della nullità in caso di omessa notificazione dell'avviso³⁰ di fissazione dell'udienza preliminare, derivante dall'omessa citazione dell'imputato³¹, ha comunque compiuto un percorso argomentativo teso a valorizzare non tanto la conformità/differenza dal modello legislativamente imposto, ma quegli orientamenti appena richiamati, fondati su una prospettiva meno formalistica e tesi a far conseguire l'invalidità all'effettivo danno per la parte processuale³².

Al di là delle singole pronunce, è la prospettiva di adattamento del principio di legalità e la valorizzazione del pregiudizio effettivo a generare un bisogno di riflessione: attribuire al giudice, di volta in volta, il potere di «testare la nullità [...] per accertare se vi sia stato o meno un concreto pregiudizio [...] significa aprire il sistema a valutazioni discrezionali di dubbia compatibilità»³³ con i principi regolatori del sistema. Il che, se talvolta può essere d'ausilio a colmare eventuali vuoti di tutela, nella maggior parte delle ipotesi implica l'affidamento della reazione sanzionatoria a diagnosi incerte come quelle aventi ad oggetto la sussistenza e la misura di un danno, insindacabili anche

²⁸ Cass., Sez. un., 9 luglio 2003, in *Mass. Uff.*, n. 225361

²⁹ Cass., Sez. VI, 15 aprile 2010, R.E., in *Mass. Uff.*, n. 257181, aveva ritenuto che «secondo il costante insegnamento di questa Corte in tema di udienza preliminare, l'omessa notifica dell'avviso [...] non costituisce ipotesi di nullità assoluta ai sensi dell'art. 179 c.p.p. bensì rientra nel regime di cui all'art. 180 c.p.p.». Successivamente, nello stesso senso, Cass., Sez. V, 9 ottobre 2013, Leone, in *Mass. Uff.*, n. 257182.

³⁰ Nel caso di specie l'avviso di cui all'art. 419 c.p.p. era stato notificato all'imputato presso un luogo diverso sia dalla residenza sia dal domicilio eletto e risultava essere stato consegnato a persona non convivente, realizzando quindi una violazione dell'art. 157 c.p.p. La celebrazione dell'udienza preliminare e del giudizio di primo grado in assenza del ricorrente, inoltre, non consentivano di ricavare alcuna presunzione di effettiva conoscenza dell'atto, confermando, quindi, l'integrazione della nullità assoluta dell'avviso e di tutti gli atti susseguenti.

³¹ Cass., Sez. un., 24 novembre 2016, Amato, in *Mass. Uff.*, n. 269027.

³² In motivazione la Suprema Corte ha concluso che, «delineata sinteticamente tale linea di tendenza, deve osservarsi che nel caso sottoposto all'attenzione delle Sezioni unite ricorrono gli estremi per ritenere che la nullità della notificazione dell'avviso all'imputato abbia effettivamente inciso sulla validità della vocatio in iudicium». V. punto 10 della sentenza Cass., Sez. un., 24 novembre 2016, Amato, cit.

³³ DI PAOLO, *Nullità processuali e sanatorie*, cit., 258.

quando sono gli arretramenti della tutela già apprestata dalla legge a prevalere³⁴.

La frammentarietà delle opzioni interpretative si inserisce in un quadro ben più ampio: in generale è avvertita una profonda crisi della legalità³⁵ che «non si manifesta più solo nella dissociazione tra modello e realtà ma travolge lo stesso modello teorico ed è segno di una crisi più radicale che investe l'intero paradigma giuridico da cui essa è germinata»³⁶. E a sostegno di denunce di caduta del principio è bene richiamata la nuova prospettiva dei rapporti tra la legge interna e le fonti europee³⁷.

Basti solo accennare alle conseguenze derivanti dagli ormai consolidati rapporti tra diritto interno e diritto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo ed alle intersezioni tra il primo e quello risultante dall'attività normativa e giurisprudenziale delle istituzioni dell'Unione europea.

Non possono trascurarsi, guardando alla “piccola Europa”³⁸, i recenti interventi della Corte di Giustizia in materia di termini di prescrizione³⁹ che a livello applicativo hanno prodotto soluzioni contrastanti con la Legge fondamentale ancora in attesa di definizione⁴⁰. Pur senza entrare nel dettaglio, secondo

³⁴ È quanto accade, ad esempio, dopo la valorizzazione giurisprudenziale del concetto di abuso del processo. V. infra § 4. In una prospettiva diversa si pone CONTI, ad avviso della quale se si accettano aperture al sistema della tassatività quando si ampliano i casi di invalidità rispetto al catalogo legale, si possono accettare aperture del sistema che consentono di non dichiarare una nullità anche quando formalmente è prevista dalla legge.

³⁵ Sullo specifico tema v. ampiamente VOGLIOTTI, voce *Legalità*, in *Enc. Dir.*, 2013, 371; compie un'analisi critica anche NEGRI, *Delle procedure criminali: parte di legislazione così principale e così trascurata*, in *Cass. pen.*, 2014, 3946; per un inquadramento generale v. CHIAVARIO, voce *Diritto processuale penale*, in *Enc. Dir.*, 2016, 298.

³⁶ In tal senso VOGLIOTTI, voce *Legalità*, cit., 373.

³⁷ Anche all'interno di una prospettiva strettamente normativistica la concezione monocentrica della legalità, imperniata sulla figura di un legislatore onnipotente, già si era dovuta ridimensionare con l'irrompere delle Costituzioni rigide ed il correlativo sovrapporsi di una legalità costituzionale a quella ordinaria. V. CHIAVARIO, voce *Diritto processuale penale*, cit., 298.

³⁸ Così si esprime MAZZA, *La procedura penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 33.

³⁹ Corte Giust. UE, 8 settembre 2015, C-105/14, Taricco, con la quale la Corte europea ha ritenuto che il giudice interno debba disapplicare i termini massimi di prescrizione previsti dalla legislazione italiana in modo da rendere più efficace la repressione alle frodi IVA. Sull'argomento, tra i più recenti commenti, v. GIUNCHEDI, *La Consulta, la regola “Taricco” ed il rapporto tra le fonti europee*, in *questa Rivista online*, 2; MANES, *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a “Taricco”*, www.penalecontemporaneo.it; PALAZZO, *La Consulta risponde alla “Taricco”: punti fermi, anzi fermissimi, e dialogo aperto*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 285 ss.; RICCARDI, *“Patti chiari, amicizia lunga”*, *La Corte costituzionale tenta il “dialogo” nel caso Taricco, esibendo l'arma dei controlimiti*, in www.penalecontemporaneo.it; in precedenza, per osservazioni sul punto MANNA, *Il difficile dialogo fra Corti Europee e Corti Nazionali nel diritto penale: il caso Taricco*, in *questa Rivista*, 3, 2016, 673; NEGRI, *Il dito della irretroattività sfavorevole e la luna della garanzia giurisdizionale: la posta in gioco dopo la sentenza Corte di Giustizia UE, Taricco*, in *questa Rivista*, 3, 2016, 645.

⁴⁰ V. Corte cost., 26 gennaio 2017, n. 24. In argomento v. GIUNCHEDI, *La Consulta, la regola “Taricco”*

l'interpretazione del Giudice europeo sarebbero la tassatività e la determinatezza della legge, seppure quella del diritto penale sostanziale, a costituire il bersaglio da abbattere in vista dello scopo da perseguire – e cioè la tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea - con costi forse troppo alti per i canoni fondamentali che governano il diritto ed il processo penale. Anche qui, e con più forza, i termini del discorso, superando il caso concreto, toccano una dimensione superiore: il principio supremo di legalità, nella fisionomia dell'irretroattività e della determinatezza della norma penale, baluardo supremo che connota l'identità costituzionale dell'ordinamento, rischia la manomissione nel solco del tramonto della prospettiva di maggior tutela dei diritti, quella "multilivello", che sembra eclissata nella rivendicazione della *primauté* del diritto eurounitario, anche a discapito dei livelli di maggior tutela garantiti dagli ordinamenti nazionali. Ma «se si affida al giudice un mero obiettivo non mediato da alcuna fattispecie normativa, quand'anche a struttura aperta, lo si mette direttamente a contatto con scelte di carattere politico di cui l'organo decidente è chiamato a farsi carico, lasciandolo altresì libero di selezionare i mezzi utili al conseguimento della finalità indicatagli all'interno di un orizzonte vastissimo di opzioni»⁴¹. Il ché importa una violazione di quei 'controlimiti' di cui è ben conscio il Giudice delle leggi⁴², pur nell'incertezza che caratterizza i fondamentali paradigmi nella ricerca di «unità nella diversità»⁴³.

Sintomi di un tradimento della legalità si avvertono anche nelle interazioni tra diritto interno e norme della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, così come interpretate dalla Corte di Strasburgo.

Con la sua particolare attenzione per la sostanza valoriale delle questioni giuridiche, per l'effettività della tutela dei diritti, per la *law in action* (e quindi per i contesti applicativi), la Corte europea è l'organo giudiziario che con maggiore consequenzialità applica «le categorie teoriche della ragion pratica, sostituendo il valore della certezza con quello della ragionevole prevedibilità (pro-

ed il rapporto tra le fonti europee, cit.; CIVELLO, *La Consulta, adita sul caso "Taricco", adisce la Corte di Giustizia: orientamenti e disorientamenti nel c.d. "dialogo fra le corti"*, in questa *Rivista* online.

⁴¹ Così NEGRI, *Il dito della irretroattività sfavorevole e la luna della garanzia giurisdizionale: la posta in gioco dopo la sentenza Corte di Giustizia UE, Taricco*, cit., 648.

⁴² Corte cost., n. 24 del 2017.

⁴³ KOSTORIS, *La Corte costituzionale e il caso Taricco tra tutela dei 'controlimiti' e scontro tra paradigmi*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 7, che riprende il ragionamento della Corte costituzionale, a tenore del quale nei rapporti tra Unione e Stati membri, "le parti siano unite nella diversità". È un'unità che fonda la sua forza e la sua legittimazione sulla capacità di includere il tasso minimo di diversità "necessario per preservare l'identità nazionale insita nella struttura fondamentale" degli Stati membri. Ci deve essere un delicato ma fondamentale rapporto di equilibrio tra i due poli: come le diversità non possono espandersi con l'effetto di minacciare l'unità, così l'unità non può mai conculcare del tutto le diversità

prio delle scienze pratiche), adottando un approccio olistico in luogo di un'analisi atomistica del diritto, ispirandosi a una logica gradualistica o *floue*»⁴⁴ Le elaborazioni della giurisprudenza di Strasburgo in particolare, sono spesso richiamate dalla giurisprudenza interna per legittimare il giudice a stabilire, sia pure in assenza di una disposizione di legge che lo autorizzi in tal senso, se e quando l'esercizio di taluni diritti sia giuridicamente lecito, superando il tenore di norme che un simile atteggiamento, invece, hanno lo scopo di impedire⁴⁵.

È vero che le norme C.e.d.u. hanno il valore di “norme interposte”⁴⁶ risultando di immediata giustiziabilità innanzi alla Corte costituzionale e tale considerazione permette di ritenere le disposizioni convenzionali, ad oggi, non indifferenti nei confronti del giudice statale che, pertanto, deve interpretare in maniera conforme alle stesse la norma interna o, rilevato il contrasto tra le une e le altre, sollevare questione di illegittimità costituzionale per violazione, tra le altre, dell'art. 117 Cost.⁴⁷. È la Corte costituzionale a costituire l'osservatorio privilegiato nel suo impegno a stabilire l'esatta collocazione ed il rango da attribuire alle diverse fonti: «nei suoi tracciati è possibile ricercare un insieme di regole di prevalenza o di semplice convivenza con le quali si tenta di gestire una pluralità di ordini giuridici non ordinati a sistema»⁴⁸. Là dove

⁴⁴VOGLIOTTI, *Il giudice al tempo dello scontro tra paradigmi*, in *www.penalecontemporaneo.it*.

⁴⁵ È quanto verificatosi in tema di abuso del processo, attraverso il richiamo, da arte delle Sezioni unite della Corte di legittimità alle elaborazioni compiute dalla Corte EDU e dalla Corte Giust. UE. V. Cass., Sez. un., 29 settembre 2011, Rossi, in *Mass. Uff.*, n. 251496. È quanto si sta verificando in punto di prove assunte oltre e fuori dal contraddittorio, secondo una concezione a ribasso per cui le regole di esclusione vengono degradate a criteri di valutazione. Cfr. Corte EDU, Gr. Ch., 15 dicembre 2011, Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito; Corte EDU., Gr. Ch., 15 dicembre 2015, Schatschaschwili c. Germania. Volendo sul punto v. LA ROCCA, voce *Regola di esclusione*, in *Dig. Pen.*, IX Agg., Torino, 2016, 638.

⁴⁶ Concetto coniato da Corte cost., n. 348 e n. 349 del 2007: «La Cedu rappresenta, rispetto agli altri trattati internazionali, la caratteristica peculiare di aver previsto la competenza di un organo giurisdizionale, la Corte europea dei diritti dell'uomo, cui è addetta la funzione di interpretare le norme della Convenzione stessa. Poiché le norme giuridiche vivono dell'interpretazione che danno gli operatori del diritto, giudici in primo luogo, la naturale conseguenza che deriva dall'art. 32, § 1, Convenzione è che tra gli obblighi internazionali assunti dall'Italia con la sottoscrizione e la ratifica della Cedu vi è quello di adeguare la propria legislazione alle norme di tale trattato, nel significato attribuito dalla Corte specificamente istituita per dare ad esse interpretazione ed applicazione». In argomento v. ampiamente GAITO, *L'adattamento interno alle fonti europee*, in *Procedura penale*, Torino, 2015, 29 ss.

⁴⁷ V. sul punto UBERTIS, *I diritti dell'uomo nel ventennale del codice di procedura penale*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2008, 1507 ss.;

⁴⁸ MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012, 16. L'art. 32 C.e.d.u. attribuisce ai giudici di Strasburgo il compito di decidere su tutte le questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione e dei suoi Protocolli, ossia di interpretare autoritativamente tali strumenti. Con la sottoscrizione della Convenzione gli Stati si sono volontariamente sottoposti all'intero sistema di tutela ivi previsto e, dunque, anche alla giurisdizione

sussistono meccanismi di accertamento dei diritti voluti dagli Stati parti di un accordo, il consenso di uno Stato a vincolarsi implica l'adesione non solo ad un testo specifico, ma anche alle possibili evoluzioni ed interazioni interpretative che quello specifico regime pattizio può subire⁴⁹, fermo restando che il margine di apprezzamento non possa estendersi fino al punto di introdurre una limitazione generale, automatica ed indiscriminata, ad un diritto fondamentale⁵⁰. Non è in discussione che, acquisita una simile dimensione, compete al giudice domestico rinvenire le soluzioni più congeniali⁵¹. La sua attività "creativa" rappresenta una delle principali sfide al cospetto della giurisprudenza - fonte della Corte europea, non sempre coerente e spesso caratterizzata da uno sviluppo casuale che può non rappresentare una guida sicura⁵². Nel continuo allentarsi di quel rapporto di identificazione della legalità con una rigida ripartizione di ruoli tra produzione e applicazione del diritto, può parlarsi forse di una "legalità nuova", che non misura la distanza tra l'atto e la norma, ma mira all'agire bene, mossa dalla causa delle giustizia, intesa come

nomogenetica della Corte, i cui consolidati orientamenti interpretativi vincolano il giudice nazionale imponendogli l'adeguamento. Cfr. PALIERO, *The fluid law: rethinking Delmas's theory on the dialectics of sources in criminal law*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 114. In senso critico, sul punto, FERRUA, *Il contraddittorio nella formazione della prova a dieci anni dalla sua costituzionalizzazione: il progressivo assestamento della regola e le insidie della giurisprudenza della Corte europea*, in *questa Rivista*, 2008, 3, 29, secondo il quale, la forza vincolante di quanto asserito nelle decisioni della Corte europea non dovrebbe superare il limite segnato dalla singola controversia.

⁴⁹ Così SALERNO, *Diritto internazionale. Principi e norme*, Padova, 2011, 186. V. anche UBERTIS, *La "rivoluzione d'ottobre" della Corte costituzionale ed alcune discutibili reazioni*, in *Cass. pen.*, 2012, 22. Cfr. Corte cost., n. 210 del 2013. Nella giurisprudenza di Strasburgo v. di recente Corte EDU, 29 marzo 2006, Gr. Sch., Scordino c. Italia

⁵⁰ Corte cost., n. 245 del 2011.

⁵¹ Cfr. V. MANES, *Il giudice nel labirinto*, cit., 21: «per lungo tempo prigioniero della veste e della funzione di "macchina per sillogismi" appa[re] ormai come "rapsodo" (...) impegnato a ricostruire le diverse tessere del mosaico giuridico, secondo una metodologia che - *mutatis mutandis* - sembra richiamare ben più le cadenze dinamiche dell'*interpretatio* medievale che non quelle anodine della mera esegesi»

⁵² Il compito di assegnare alla disposizione interna un significato quanto più aderente alla Convenzione non può condurre a risultati che si rivelino eccentrici rispetto alla lettera della legge. Cfr. Corte cost., n. 219 del 2008; Corte cost., 16 luglio 2009, n. 239; Id., n. 311 del 2009; Id., n. 317 del 2009. Il dovere del giudice comune di interpretare il diritto interno in senso conforme alla CEDU, «è, ovviamente, subordinato al prioritario compito di adottare una lettura costituzionalmente conforme, poiché tale modo di procedere riflette il predominio assiologico della Costituzione sulla C.e.d.u.»: Corte cost., 5, n. 49 del 2015, ove si è in sostanza affermato che il giudice deve "controllare" il principio della decisione europea richiamata, sottoponendolo a verifica per controllarne la correttezza "sistematica", sorvegliata attraverso i canoni dell'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata, canoni che "debbono trovare applicazione anche nei confronti delle sentenze della C.e.d.u., quando di esse non si è in grado di cogliere con immediatezza l'effettivo principio di diritto che il giudice di Strasburgo ha inteso affermare per risolvere il caso concreto", e che in ogni caso devono essere "ordinati" in modo tale da assicurare - come accennato - la preminenza assiologica della Costituzione sulla C.e.d.u.. V. anche Corte cost., n. 264 del 2012.

equo bilanciamento, nel contesto dell'azione e nel corso di un *due process of law*, di plurimi e contrastanti interessi alla luce dei valori della Costituzione e delle Carte europee. L'accento sembra spostarsi dalla sostanza alle relazioni⁵³ in una inevitabile confusione tra il momento giurisprudenziale del diritto e il diritto giurisprudenziale⁵⁴, legittimata proprio dalle nuove sponde della legalità materiale e dalla comune progressione finalistica verso forme di tutela dei diritti alimentata dalla rete di relazioni tra fonti diverse e di diverso livello, sulle quali vigilano Corti con poteri differenziati.

Se ci si chiede fino a che punto questi fattori di modernità⁵⁵ debbono o possono condizionare l'applicazione delle disposizioni sulle nullità degli atti processuali, in grado di incidere sulla durata ragionevole del processo ogni volta che ne consentano la regressione al momento di verifica del vizio, sono almeno due le obiezioni che intaccherebbero una risposta positiva.

Per un verso, il controllo di legalità praticato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo è un controllo diverso da quello interno: i Giudici di Strasburgo non guardano alle fattispecie legali ma compiono una valutazione complessiva sui diritti di azione nel processo. Questo significa che la Corte dei diritti umani può ritenere compromessi i diritti difensivi dell'imputato e, quindi, l'equità del processo, a prescindere dal rispetto della legge interna o dalla sua eventuale violazione, perpetrata in nome dell'inoffensività concreta del danno per la parte processuale⁵⁶.

Dall'altra prospettiva, non può non rilevarsi che in un ambito tanto delicato, nel quale il regime rigido delle invalidità risulta immediatamente collegato a guarentigie e prerogative fondamentali per la celebrazione del rito penale, legalità e tipicità delle previsioni normative rispondono ad esigenze di prevedibilità e certezza del diritto alle quali, proprio secondo la giurisprudenza europea, non deve rinunciarsi in tutte le situazioni in cui l'esercizio del potere pubblico possa incidere sui diritti fondamentali⁵⁷. Di conseguenza, nonostante le dinamiche della tutela multilivello abbiano funzionato complessivamente in favore di una equilibrata estensione delle garanzie per i diritti fondamentali⁵⁸, tale constatazione non può essere sufficiente per escludere involuzioni nel bilanciamento tra diritti e garanzie.

⁵³ VOGLIOTTI, voce *Legalità*, cit., 431.

⁵⁴ Così si esprime condivisibilmente IASEVOLI, *La nullità nel processo partecipato: ovvero legalità e garanzie nell'etica della responsabilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 666.

⁵⁵ IASEVOLI, *La nullità nel processo partecipato*, cit.

⁵⁶ DI PAOLO, *Nullità processuali e sanatorie*, cit., 263.

⁵⁷ Corte EDU, 9 luglio 2009, *Mooren c. Germania*. V. in argomento CAPRIOLI, *Abuso del diritto di difesa e nullità inoffensive*, in *Cass. pen.*, 2012, 2454; DI PAOLO, *Nullità processuali e sanatorie*, 263.

⁵⁸ CHIAVARIO, voce *Diritto processuale penale*, cit., 300.

4. (segue)... e l'abuso del diritto nel processo penale

Emblematico dell'espansionismo giurisprudenziale e dell'eccesso di discrezionalità in ambiti improntati, invece, alla tassatività, è il ricorso alla teorica dell'abuso del diritto⁵⁹, altrimenti definito dalla giurisprudenza, con riguardo alle condotte delle parti processuali, come «abuso del processo». La distorsione funzionale di un atto del procedimento è sanzionata quando ne deriva un danno, non bastando la semplice configurabilità di un pericolo di pregiudizio, con evidente forzatura della tassatività⁶⁰.

Di abuso del processo si discute in relazione, da un lato, alle scelte del pubblico ministero in materia di criteri di priorità nell'esercizio dell'azione e di dislocazione delle risorse e, dall'altro, all'uso da parte dell'imputato o del difensore di strumenti processuali, al fine di sottrarsi al processo o di dilazionarlo. Già questa individuazione fattuale consente una prima, effettiva, delimitazione del campo di indagine. Si tratta, cioè, di scelte in sé legittime e che per i secondi si configurano addirittura come esercizio di facoltà o come ricorso a strumenti espressamente riconosciuti loro dalla legge (legittimo impedimento; ricusazione; rinuncia al mandato, richiesta di un termine a difesa, ecc.). Entrano, allora in gioco le tematiche complesse in materia di rapporti tra diversi soggetti processuali, che coinvolgono aspetti ordinamentali ma anche profili culturali.

L'elaborazione di dottrina e giurisprudenza del concetto di abuso del processo ha condotto a definizioni dei fenomeni in termini di utilizzo strumentale e dannoso, benché formalmente legittimo, dei poteri che la legge assegna agli individui in particolari contesti⁶¹. E non possono disconoscersi impieghi degli istituti e delle prerogative processuali maliziosi e contrari ai postulati della lealtà processuale, ai quali consegue la lesione di interessi costituzionalmente rilevanti, quali l'efficienza e la razionalità del processo⁶².

⁵⁹ ORLANDI, *Abuso del diritto o diritto all'abuso?*, in *Cass. pen.*, 2012, 3599.

⁶⁰ AMODIO, *L'abuso delle forme degli atti*, cit., 634-635.

⁶¹ Le Sezioni unite della Corte di cassazione hanno stabilito che «l'abuso del processo consiste in un vizio, per sviamento, della funzione, ovvero in una frode alla funzione, e si realizza allorché un diritto o una facoltà processuali sono esercitati per scopi diversi da quelli per i quali l'ordinamento processuale astrattamente li riconosce all'imputato, il quale non può in tale caso invocare la tutela di interessi che non sono stati lesi e che non erano in realtà effettivamente perseguiti». Cfr. *Cass.*, Sez. un., 29 settembre 2011, Rossi, in *Mass. Uff.*, n. 251496.

⁶² V. CATALANO, *L'abuso del processo*, Padova, 2004, 27, 31. V. anche CONTI, *Nullità e inutilizzabilità: problemi attuali e prospettive di riforma*, in *Cass. pen.*, 2008, 1657, secondo cui è abusivo l'esercizio di un diritto che vulnera un interesse contrapposto e rilevante senza che tale sacrificio sia giustificato in concreto dalla necessità di proteggere il diritto esercitato; NAPPI, *La ragionevole durata del giusto pro-*

Da quest'angolo visuale, l'uso distorto delle prerogative nel giudizio si identifica con il «tradimento radicale della funzione sociale ed istituzionale della giurisdizione: uso deliberatamente strumentale del potere di azione, oppure ricorso anomalo agli istituti di garanzia con fini di vanificazione della pretesa punitiva»⁶³. Il parametro generale di riferimento è dunque costituito dalla utilizzazione dello strumento per scopi diversi da quelli ai quali è preposto, con un ulteriore elemento di disvalore costituito dalla lesione di interessi particolari o generali⁶⁴.

Alla luce degli indirizzi interpretativi delle Sezioni unite civili, della Corte di Strasburgo e della Corte di Lussemburgo, l'abuso del processo penale consiste, secondo la Cassazione penale⁶⁵, in un vizio, per sviamento, della funzione; ovvero, secondo una più efficace definizione riferita in genere all'esercizio di diritti potestativi, in una frode alla funzione⁶⁶, che può consentire al giudice di stabilire, sia pure in assenza di una disposizione di legge che lo autorizzi in tal senso, se e quando il potere esercitato sia giuridicamente lecito.

Ed è consequenziale interrogarsi sulla compatibilità di un simile *modus operandi*, *id est* potere del giudice di intervenire impedendo l'esercizio dei diritti difensivi, benché questi appaiano utilizzati per finalità dilatorie e pretestuose, con il modello processuale accusatorio e con l'opzione formalistica che caratterizza le azioni e gli atti che in esso si susseguono⁶⁷.

In prospettiva generale non può condividersi una trasposizione sul terreno del rito penale degli schemi classificatori del concetto di abuso processuale

cesso, in *Cass. pen.*, 2002, 1544, per il quale «costituisce abuso l'esercizio di un diritto in contrasto con lo scopo per il quale viene riconosciuto».

⁶³ LEO, *L'abuso del processo nella giurisprudenza di legittimità*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 508.

⁶⁴ La giurisprudenza, per chiarire i termini oggettivi che consentono di qualificare abusiva una qualsivoglia strategia processuale, civile o penale, condotta apparentemente in nome del diritto fatto valere, pone in rilievo il fatto che sia oramai acquisita una nozione minima comune dell'abuso del processo, che riposa sull'altrettanto consolidata e risalente nozione generale dell'abuso del diritto, riconducibile al paradigma dell'utilizzazione per finalità oggettivamente non già solo diverse ma collidenti (pregiudizievoli) rispetto all'interesse in funzione del quale il diritto è riconosciuto. V. Cass., Sez. un., 29 settembre 2011, Rossi, cit.

⁶⁵ Il carattere generale del principio dipende dal fatto che ogni ordinamento che aspiri a un minimo di ordine e completezza tende a darsi misure, per così dire di autotutela, al fine di evitare che i diritti da esso garantiti siano esercitati o realizzati, pure a mezzo di un intervento giurisdizionale, in maniera abusiva, ovvero eccessiva e distorta. Così nella motivazione di Cass., Sez. un., 29 settembre 2011, Rossi, cit., che richiama Cass., Sez. un. civ., 15 novembre 2007, n. 23726, in *Mass. UII*, n. 599316, in cui si rimarca come nessun procedimento giudiziale possa essere ricondotto alla nozione di processo giusto ove frutto, appunto, di abuso del processo "per esercizio dell'azione in forme eccedenti, o devianti, rispetto alla tutela dell'interesse sostanziale, che segna il limite, oltreché la ragione dell'attribuzione, al suo titolare, della *potestas agendi*».

⁶⁶ V. Cass., Sez. un., 29 settembre 2011, Rossi, cit.

⁶⁷ V. sul punto GAITO, LA ROCCA, *Processo, abuso ed economia*, in *Ind. pen.*, 2016, 25.

elaborati dalla dottrina e dalla giurisprudenza processualciviltistica⁶⁸. I parametri normativi ed i riferimenti ideali sono profondamente diversi: se il principio di legalità preclude l'ingresso a clausole generali ed a categorie atipiche, l'indeterminatezza della nozione di abuso, sia pure politicamente corretta⁶⁹, implica un autoritarismo che impone di respingerla perché incompatibile con la terzietà e l'imparzialità del giudice verso le parti processuali, salve restando le azioni ed i poteri disciplinari.

Un equivoco di fondo, poi, sembra caratterizzare l'utilizzo della nozione di abuso del processo in modo generalizzato rispetto alle azioni intraprese dalla parte pubblica e dalla parte privata. Richiamando l'*abuse of process*, categoria immanente negli ordinamenti di *common law*⁷⁰, e indicativa delle iniziative giudiziarie intraprese per scopi diversi da quelli giuridicamente consentiti, di abuso del processo penale è corretto parlare con riguardo alle iniziative inopportune o persecutorie dell'accusa⁷¹. Per quanto riguarda l'imputato, è più corretto parlare di abuso del diritto e, in particolar modo, del diritto di difesa. Per le attività del pubblico ministero è di più semplice individuazione l'abuso in senso proprio e ciò che costituisce vera e propria violazione di legge, sebbene non sempre rilevabile e perseguibile. Si pensi alle iscrizioni tardive nel registro delle notizie di reato al solo fine di lucrare sui termini di durata delle indagini, all'intempestività nel compimento di taluni atti, all'inadempimento del dovere di compiere indagini complete. Si tratta di ipotesi di utilizzo distorto dei poteri discrezionali dell'accusa di facile razionalizzazione che, se rilevate, sono suscettibili di sanzioni che colpiscono sia gli atti che ne rappresentano il risultato, sia il titolare dalla funzione pubblica dal punto di vista quanto meno disciplinare⁷².

Diverse considerazioni impone, invece, il riferimento all'abuso del diritto per contestare un atteggiamento ostruzionistico dell'imputato od uno sviamento della funzione dell'atto. I poteri esercitati dall'imputato o dal difensore nel

⁶⁸ Sull'argomento PATTI, *Abuso del diritto*, in *Dig. Priv.*, I, Torino, 1987, 1; PINO, *L'abuso del diritto fra teoria e dogmatica (precauzioni per l'uso)*, in *Eguaglianza, ragionevolezza e logica giuridica*, a cura di Maniaci, Milano, 2006, 117; RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, Bologna 1998, 11; ROMANO, *Abuso del diritto*, in *Enc. Dir.*, I, Milano, 1958, 166; ROTONDI, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1923, 105.

⁶⁹ In tal senso PADOVANI, *A.d.r. sul cosiddetto abuso del processo*, in *Cass. pen.*, 2012, 3605. V. sul tema poi PALAZZO, *L'abuso del processo e i suoi rimedi tra legalità processuale e legalità sostanziale*, in *Cass. pen.*, 2012, 3609.

⁷⁰ Sul punto v. di recente YOUNG, SUMMERS, CORKER, *Abuse of Process in Criminal Proceedings*, Haywards Heath, 2014, 12.

⁷¹ Così ORLANDI, *Abuso del diritto o diritto all'abuso*, in *Cass. pen.*, 2012, 3599.

⁷² Le prassi dilatorie si contrappongono sia alle diverse forme di abuso del potere di iniziativa penale, sia alle condotte patologiche suscettibili di intaccare il modello ricostruttivo dei fatti disegnato dalla disciplina costituzionale del processo penale. CATALANO, *L'abuso del processo*, cit., 138 e ss.

processo penale rappresentano l'estrinsecazione delle prerogative di difesa. Il legislatore, nell'attribuire diritti difensivi, ne ha fissato i presupposti, i termini e le modalità di esercizio, senza occuparsi degli scopi da perseguire con il loro esercizio. La scelta categorica non consente esegesi teleologicamente orientate del disposto normativo: l'interprete estraneo alla vicenda processuale può certo trarre osservazioni sulla *ratio* e la finalità che ciascun diritto difensivo disciplinato assume nel più ampio contesto delle garanzie che tutelano le parti nel processo. Le medesime considerazioni non possono farsi per il giudice, il quale è tenuto a decidere sulla responsabilità dell'imputato che quel diritto esercita. Il giudice penale non è soggetto deputato, in assenza di un'espressa previsione di legge, a stabilire se un diritto in concreto esercitato sia lecito o conforme allo scopo della norma⁷³.

Eppure, la tesi della Corte di cassazione⁷⁴, adottata per classificare come abusivo l'esercizio di un diritto di difesa e sanare, pertanto, la nullità dell'atto del procedimento, adottato dopo aver disconosciuto il diritto stesso, valorizza istanze antiformalistiche in favore di parametri che guardano a vario modo alla lesione effettiva dei diritti individuali e all'offensività sostanziale. In altre parole, secondo tale interpretazione, un atto nullo per violazione dei diritti di assistenza e di difesa dell'imputato (art. 178, lett. c, c.p.p.) non è da ritenersi tale se il pregiudizio non è reale e concreto, e se l'azione è stata intrapresa per uno scopo deviante ed immeritevole di tutela. La tendenza ad agire per lo scopo di ripristinare l'ordine processuale⁷⁵ stravolgendo gli effetti della tassatività delle nullità è emersa anche in più recenti pronunce, con le quali a vario modo i Giudici di legittimità hanno definito il regime della nullità già verificatasi e non eccipita per tempo⁷⁶, senza mai imboccare la strada per giungere ad un modello sanzionatorio autonomo per le fattispecie di *overuse* poste in essere in maniera distorsiva⁷⁷. Desta preoccupazione che la sanzione si atteggi in

⁷³ Un simile approccio necessiterebbe di un diverso dato di diritto positivo: finchè quest'ultimo non venga modificato, il giudice non può piegare le maglie dell'ordinamento ad esigenze di snellezza nello sfoltimento delle pratiche. V. F. DINACCI, *Il controllo giurisdizionale sulla decisione del pubblico ministero di non esercitare l'azione penale*, in *Cass. pen.*, 1991, 584; GAITO, *Politica criminale e strategie processuali*, in *Riv. dir. proc.*, 1989, 1059.

⁷⁴ Cass., Sez. un., 29 settembre 2011, Rossi, cit.

⁷⁵ Così AMODIO, *L'abuso delle forme*, cit., 637.

⁷⁶ V. ad. esempio, Cass., Sez. V, 19 settembre 2016, W.L., in *Mass. Uff.*, n. 268820; Id., Sez. V, 30 giugno 2015, Pop, *ivi*, n. 264721.

⁷⁷ V. la recentissima sentenza di Cass., Sez. III, 23 marzo 2017, D., non massimata, in cui è stato ribadito che «quando lo svolgimento e la definizione del processo siano ostacolati da un numero esagerato di iniziative difensive - attraverso il reiterato avvicendamento di difensori in chiusura del dibattimento, la proposizione di eccezioni di nullità manifestamente infondate e di istanze di ricasazione inammissibili - con il solo obiettivo di ottenere una reiterazione tendenzialmente infinita delle attività processuali, si è

modo differente in correlazione con la specificità e diversità della condotta ritenuta abusiva, con il solo intento di rimettere in moto l'incepata macchina processuale⁷⁸.

5. Gli abusi negli approcci antiformalistici

Nella sua disorganicità, lo scenario esposto in punto di tassatività delle patologie degli atti e, più in generale, di rispetto del principio di legalità mostra un declino della centralità della legge nel quadro delle fonti ed un innegabile abuso nel ricorso ad interpretazioni sistematiche che si risolvono in espedienti per demolire le conseguenze derivanti dalle fattispecie processuali.

Alle varie interpretazioni incidenti sul regime delle nullità, e quindi sul trattamento del vizio invalidante, si somma la valorizzazione della valutazione sulla sussistenza dell'offensività concreta e dell'abuso del processo per restringere, fino a negarla, la situazione soggettiva tutelata dal legislatore.

Tutte le ricostruzioni hanno il loro punto comune nella ricerca di una soluzione alle prassi devianti ed ai comportamenti, innegabili, distorsivi perpetrati dalle parti che, contando sull'inefficienza cronica del processo penale, possono profittare dell'invalidità verificatasi per lucrare il tempo necessario a prescrivere il reato. Si tratta, tuttavia, di ricostruzioni interpretative che, non legittimate da una base normativa, sono in grado di concentrare nelle mani del giudice un formidabile potere di eversione sui requisiti legali degli atti processuali⁷⁹.

Il carattere di rigidità delle nullità processuali non può essere scalzato, sia pure in omaggio ad un desiderio di giustizia sostanziale, che assume sempre più un significato ambiguo, come dimostra la pratica giudiziaria degli ultimi anni.

Il «fenomeno dell'imbrigliamento dei processi»⁸⁰ non è eliminabile attraverso la violazione del principio di legalità, il solo in grado di eliminare forme di arbitrio, sia pure improntate ad ottenere speditezza.

È alquanto attuale l'affermazione secondo cui «l'alternativa legalità speditezza non può essere affrontata in modo rozzo»⁸¹. Le forme rappresentano ancora una garanzia per i diritti dei soggetti coinvolti dal processo: non sussistono ra-

in presenza di un'ipotesi di abuso del processo, per contrastare il quale è ben possibile rigettare l'istanza della difesa avente carattere meramente dilatorio».

⁷⁸ Così, condivisibilmente, AMODIO, *L'abuso delle forme*, cit., 637.

⁷⁹ Così FERRUA, *Dalla procedura al processo*, in *Giust. Pen.*, 2013, III, m 9.

⁸⁰ Così definito già in tempi non sospetti da CONSO, *Rimeditare le nullità*, in *Giust. pen.*, 1976, III, 152. Il concetto è stato poi richiamato e condiviso da U. DINACCI, *Le nullità processuali penali dopo la riforma del 1977*, *ivi*, 1983, III, 544.

⁸¹ U. DINACCI, *Le nullità processuali*, cit., 544.

gioni fondate per ritenere che, laddove il rituale perda la sua consistenza, le sorti della giustizia penale siano risollevate.

La sterilizzazione degli effetti derivanti dalle patologie poste a presidio dei diritti delle parti è caratterizzata dal difetto di riscrivere o abrogare alcune disposizioni normative, a vantaggio della ragionevole durata del processo non bilanciata con altri valori fondamentali.

Il modello processuale di ispirazione accusatoria e la sua caratterizzazione partecipativa, che accorda alle parti il potere di compiere scelte nella gestione della vicenda penale, moltiplica le possibilità di abuso a detrimento dei principi di efficienza e ragionevole durata del processo consacrati nella Carta fondamentale. È quest'ultima, però, che con pari rigore tutela la struttura dialettica e promuove il ruolo delle parti nel processo. Ed allora qualsiasi interpretazione tesa a contenere l'esercizio pretestuoso del diritto non può che ispirarsi ad un bilanciamento tra i valori in gioco: "il diritto di difesa, da un lato, e l'efficienza dall'altro"⁸² perché l'uno non può cedere completamente rispetto all'altro. L'efficienza del processo può di certo subire arretramenti da un impiego degli istituti processuali pienamente aderente alla *ratio* dei medesimi. Lo dimostra il fondamento di ordine logico della sua configurazione come sequenza ordinata di atti orientati ad un obiettivo finale e posti in essere nell'esercizio di situazioni soggettive collegate e disciplinate da una serie di norme⁸³. Ma è proprio per la funzione di limite e di garanzia che assumono tali norme che il sistema non può prescindere dall'ancoraggio alla tassatività. Tanto più ci si allontana dal dato testuale, tanto più cresce il soggettivismo e l'arbitrarietà delle interpretazioni, inevitabile quando debba prestarsi all'adeguamento della specificità del caso concreto.

Se può ritenersi ammissibile che il giudice risolva, attraverso la propria attività interpretativa, le lacune create dalla errata e distratta formulazione delle norme, non può in alcun caso ammettersi che, superando la soggezione alla legge, la giurisdizione si appropri di volta in volta di una discrezionalità indebita per disapplicare le disposizioni sulle nullità e le loro conseguenze.

È il ruolo che si vuole attribuito al giudice il vero punto di rottura rispetto a principi fondanti l'ordinamento costituzionale: «l'attività del giudice ... deve dipendere da disposizioni legali sufficientemente determinate. In questo principio si coglie un tratto costitutivo degli ordinamenti costituzionali degli Stati di *civil law*. Essi non affidano al giudice il potere di creare un regime legale penale, in luogo di quello realizzato dalla legge approvata dal Parlamento, e in

⁸² V. ORLANDI, *Abuso del diritto o diritto all'abuso?*, cit., 3601.

⁸³ Così già in GAITO, LA ROCCA, *Processo, abuso ed economia*, cit., 33

ogni caso ripudiano l'idea che i tribunali siano incaricati di raggiungere uno scopo, pur legalmente definito, senza che la legge specifichi con quali mezzi e in quali limiti ciò possa avvenire»⁸⁴.

Si tratta di criticità da valutare con attenzione anche nell'ottica di una riforma del sistema processuale penale.

Ferme le prassi devianti, il piano delle modifiche normative che si è auspicato per ridurre al minimo l'uso distorto dell'istituto delle nullità, ha avuto come punto di riferimento il decorso del termine di prescrizione che, se sospeso innanzi ad ogni azione difensiva dilatoria (impugnazioni comprese), potrebbe debellare l'interesse all'esercizio "oltre lo scopo" del diritto⁸⁵. L'applicazione di tale regola potrebbe risultare innocua poichè l'obiettivo perseguito si identificerebbe con quello proprio della situazione giuridica esercitata. Cosicché nei casi in cui l'intento occulto dell'esercizio del diritto fosse la dilatazione dei tempi, la sospensione del termine di prescrizione potrebbe scoraggiare l'uso distorto della facoltà o del diritto⁸⁶.

La riforma della prescrizione in itinere⁸⁷, molto controversa; ha tra i suoi punti di maggior impatto proprio l'introduzione di una nuova ipotesi di sospensione per un tempo determinato, in corso dei giudizi d'impugnazione: dal termine previsto per il deposito della sentenza di condanna di primo grado, sino alla pronuncia del dispositivo della nuova sentenza, e comunque per un tempo non superiore a un anno e sei mesi; *idem* per il successivo grado del giudizio. Per effetto delle nuove ipotesi di sospensione (*rectius*: interruzione) nel corso dei giudizi di impugnazione, e per il cumulo di due modelli (atti processuali interruttivi e sospensione in corso di processo) che ragionevolmente dovrebbero essere alternativi, la prescrizione maturerebbe dopo tempi molto più lunghi⁸⁸, non di certo posti a vantaggio della ragionevole durata del pro-

⁸⁴ Cfr. Corte cost., n. 24 del 2017,

⁸⁵ Così ORLANDI, *Abuso del diritto o diritto all'abuso?*, cit., 3604; PADOVANI, *A.d.r. sul cosiddetto abuso del processo*, cit., 3607.

⁸⁶ Cfr., PADOVANI, *A.d.r. sul cosiddetto abuso del processo*, cit., 3607, secondo il quale, in tal modo, senza praticare distinzioni di sorta, senza limitare, senza introdurre congegni normativi ambigui e pericolosi, il risultato utile per l'ordinamento sarebbe raggiunto attraverso una disciplina generale di indiscutibile ragionevolezza. Innovazioni di questo tipo risulterebbero particolarmente consentanee ad un quadro normativo riformato che si ispirasse -finalmente. Alla distinzione tra prescrizione del reato e prescrizione del procedimento, sulla quale ormai, almeno in linea di principio, sembra essersi formato un consenso diffuso. Ma anche nello squallido contesto della prescrizione attualmente deformata si potrebbe certo inserire una disciplina conforme alle prospettive indicate.

⁸⁷ DDL n. 2067 del 15 marzo 2017 recante "Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario".

⁸⁸ PULTANÒ, *Sulle proposte di modifica del codice penale e dell'ordinamento penitenziario*, in www.giurisprudenzapenale.it.

cesso che è stata spesso la finalità agognata negli approcci sostanziali ai quali è approdata la giurisprudenza per negare il valore della tassatività delle nullità. Sembra allora che le riflessioni non siano destinate a sopirsi, pur a fronte dell'affannato tentativo del legislatore di ricreare un ordine che sembra irraggiungibile⁸⁹.

⁸⁹ V. sul punto le considerazioni finali di SPANGHER, *DDL n. 2067: sulle proposte di modifica al codice di procedura penale*, in www.giurisprudenzapenale.it: «tentando una prima e inevitabilmente sommaria valutazione della riforma va sottolineata la eterogeneità degli interventi che recepisce, parcellizzandole, le sollecitazioni provenienti dai vari settori della galassia di protagonisti e comprimari operanti nella giustizia penale. Si tratta spesso di soluzioni di compromesso in un contesto nel quale manca la capacità di affrontare i nodi strutturali della giustizia penale, evidenziando l'impotenza a tale riguardo della politica».