



**CORSO DI DOTTORATO DI RICERCA IN DISCIPLINE  
GIURIDICHE**

*Sistemi punitivi e garanzie costituzionali*

**Area Diritto processuale penale**

- XXIX° Ciclo -

**LA NULLITÀ PROCESSUALE E LA DINAMICA DELLE  
SITUAZIONI GIURIDICHE**

**TUTOR**

**CHIAR.MO PROF. LUCA MARAFIOTI**

**COORDINATORE**

**CHIAR.MO PROF. GIUSEPPE GRISI**

**DOTTORANDA**

**DOTT. SSA SARA PAREZZAN**

# **LA NULLITÀ PROCESSUALE E LA DINAMICA DELLE SITUAZIONI GIURIDICHE**

## **Capitolo I**

### **PREROGATIVE PROCESSUALI VIOLATE E GARANZIE DI EFFETTIVITÀ**

1. Il legame tra atti processuali e situazioni giuridiche nell'orbita della nullità.....4
2. Legalità degli atti e legittimità delle posizioni soggettive nella sequenza processuale....11
3. La rete di situazioni giuridiche incorporate nel modello legale di giusto processo.....16
4. La validità come giudizio di valore degli atti vincolati: meritevolezza degli interessi e ottemperanza all'onere di conformità.....22
5. L'inosservanza delle forme processuali e l'esercizio "viziato" delle situazioni giuridiche: la qualifica di invalidità e la produzione della patologia.....26
6. La nullità come presidio delle situazioni giuridiche compromesse a tutela della loro effettività.....32

## **Capitolo II**

### **ASPETTATIVA DI RIMOZIONE E POTERE D'INVALIDAZIONE**

1. Il meccanismo di accertamento dell'aspettativa di rimozione nella dialettica tra rilevazione e declaratoria .....39
2. Nullità assoluta e diritti indisponibili.....45
3. Le situazioni giuridiche fondamentali che impongono la negazione di efficacia.....50
4. L'articolazione dell'onere di deduzione nelle nullità disponibili in tutto o in parte.....60
5. Autonomia e responsabilità delle strategie processuali nella gestione delle nullità .....65

## **Capitolo III**

### **LA CONSERVAZIONE DEGLI EFFETTI TRA POTERI DISPOSITIVI E SOPRAVVIVENZA DELL'ATTO PROCESSUALE**

1. La sanatoria come atto dispositivo dell'aspettativa di rimozione.....70
2. Mancato esercizio del potere e "nullità latente".....78
3. Giudicato ed estinzione del potere di rilevazione della nullità.....82
4. Processo penale iniquo e reviviscenza delle nullità.....90

**Capitolo IV**  
**NULLITÀ INNOCUE E ABUSO DEI DIRITTI PROCESSUALI: LO  
SCARTO TRA INVALIDITÀ E LESIVITÀ**

1. Il paradosso della nullità innocua.....	102
2. La nullità tra pregiudizio effettivo e lesività in concreto. L'applicazione del principio di offensività alla "sanzione processuale".....	106
3. L'abuso dei poteri processuali connessi all'aspettativa di rimozione.....	114
4. L'effettività delle situazioni giuridiche processuali e l'approccio sostanzialistico di matrice europea.....	123
5. L'aderenza delle nullità alle situazioni di cui sono garanzia. Possibili rimedi a fenomeni di abuso.....	132
 BIBLIOGRAFIA.....	 144

# LA NULLITÀ PROCESSUALE E LA DINAMICA DELLE SITUAZIONI GIURIDICHE

## Capitolo I

### PREROGATIVE PROCESSUALI VIOLATE E GARANZIE DI EFFETTIVITÀ

**Sommario:** **1.** *Il legame tra atti processuali e situazioni giuridiche nell'orbita della nullità* – **2.** *Legalità degli atti e legittimità delle posizioni soggettive nella sequenza processuale.* – **3.** *La rete di situazioni giuridiche incorporate nel modello legale di giusto processo.* – **4.** *La validità come giudizio di valore degli atti vincolati: meritevolezza degli interessi e ottemperanza all'onere di conformità* – **5.** *L'inosservanza delle forme processuali e l'esercizio "viziato" delle situazioni giuridiche: la qualifica di invalidità e la produzione della patologia.* – **6.** *La nullità come presidio delle situazioni giuridiche compromesse a tutela della loro effettività.*

#### **1. Il legame tra atti processuali e situazioni giuridiche nell'orbita della nullità**

L'idea di misurarsi con la materia delle situazioni giuridiche soggettive può apparire, oggi, tanto anacronistica quanto ambiziosa. La scienza giuridica, fin da epoca remota, ha dedicato a questa tematica innumerevoli studi e pregevoli ricostruzioni teoretiche<sup>1</sup>, i cui approdi hanno rappresentato il punto di partenza di tutte le elaborazioni successive.

Lo spunto per riprendere le fila del discorso in parola deriva dallo stimolo ad approfondire il nesso di derivazione<sup>2</sup> tra atti giuridici e situazioni soggettive nella concatenazione che li vede alternarsi sul terreno del processo penale<sup>3</sup>, esaminando in particolare tale legame nell'ambito della tematica relativa alla nullità. In materia di

---

<sup>1</sup> Senza pretesa di esaustività, cfr. V. FROSINI, *Situazione giuridica*, in *Novissimo Dig. It.*, vol. XVII, Torino, 1970, 468 ss.; L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. I, Roma-Bari, 2007, 300; A. LEVI, *Teoria generale del diritto*, Padova, 1967, 209 ss.; S. CASSARINO, *Le situazioni giuridiche e l'oggetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 1956, *passim*; G. ALPA – M. BESSONE, *Oggetti, situazioni soggettive, conformazione dei diritti*, Padova, 1980, *passim*.

<sup>2</sup> Sulla causalità giuridica cfr. H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, trad. it a cura di Treves, Torino, 1942, 40. Sul concetto di fattispecie cfr. G. CONSO, *I fatti giuridici processuali penali*, Milano, 1955, 2; A. E. CAMMARATA, *Il significato e la funzione del "fatto" nell'esperienza giuridica*, in *Annali Macerata*, Macerata, 1929, 393; M. ALLARA, *Vicende del rapporto giuridico, fattispecie, fatti giuridici*, Torino, 1941, 125; S. MESSINA, *Sull'utilità della nozione di "fattispecie" nel diritto processuale penale*, in *Scritti giuridici in onore di Vincenzo Manzini*, Padova, 1954, 589; R. SCOGNAMIGLIO, "Fatto giuridico e fattispecie complessa", in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1954, 331.

<sup>3</sup> Cfr. F. CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, Torino, 1956, 64 ss.

nullità, infatti, il collegamento tra atti e diritti processuali è considerato talmente ovvio che rischia di essere dato per scontato. Si è indotti a trascurare, di conseguenza, che l'odierna crisi di legalità nelle strutture e nelle dinamiche processuali è il sintomo più evidente della scarsa effettività delle posizioni giuridiche soggettive che si agitano dietro le garanzie formali.

Ciò in quanto la nullità può essere raffigurata come il punto di emersione di una serie di situazioni soggettive individuali, la cui esigenza di protezione in seno al processo fonda la previsione legislativa dei fenomeni invalidanti e dei relativi rimedi riparatori<sup>4</sup>.

Da questo punto di vista, non appare affatto casuale che le nullità generali si innestino proprio sulle tre situazioni giuridiche che costituiscono il cuore del processo penale, dal momento che sono poste a presidio degli strumenti processuali in cui si realizzano, nell'ordine logico seguito nell'art. 178 c.p.p., la funzione giurisdizionale, il potere di azione e il diritto di difesa. Ed è questa la ragione per cui la disciplina in tema di nullità viene in rilievo come vero e proprio «crocevia nel quale si intersecano e si bilanciano i principi fondamentali del processo penale»<sup>5</sup>.

Ma il campo di analisi appare propizio anche sotto diverso angolo visuale.

Gli studi di teoria generale<sup>6</sup> hanno messo in evidenza un dato: l'ordinamento pone una rete di precetti normativi basata su un meccanismo di necessaria consequenzialità tra la loro attuazione ed una modificazione del mondo giuridico<sup>7</sup>. Ciò vuole dire che un determinato effetto giuridico si verifica in forza di uno schema secondo il quale, al ricorrere di un fatto, qualificato dalla legge, quest'ultima vi riconnette una predeterminata conseguenza giuridica<sup>8</sup>. Tuttavia, quando il fatto è un comportamento

---

<sup>4</sup> Sottolinea la valenza della nullità in termini «sanzione processuale penale come rimedio alla violazione del principio di legalità e come strumento di correzione del vizio» C. IASEVOLI, *La nullità nel sistema processuale penale*, Padova, 2008, 107 ss.; G. CODACCI PISANELLI, *Invalidità come sanzione di norme non giuridiche*, Milano, 1940, 20 ss.; G. GAVAZZI, *Sanzione (Teoria generale)*, vol. XXVIII, in *Enc. giur.*, Roma, 1992, 1 ss.

<sup>5</sup> G.L. FANULI, *Le nullità nel processo penale*, Milano, 2013, XXIII; R. PANNAIN, *Le sanzioni processuali penali*, Napoli, 1933, 281.

<sup>6</sup> Cfr. H. KELSEN, *op. loc. ult. cit.*, 40; G. CONSO, *I fatti giuridici processuali penali*, Milano, 1955, 2; A. E. CAMMARATA, *Il significato e la funzione del "fatto" nell'esperienza giuridica*, in *Annali Macerata*, Macerata, 1929, 393; M. ALLARA, *Vicende del rapporto giuridico, fattispecie, fatti giuridici*, Torino, 1941, 125; S. MESSINA, *Sull'utilità della nozione di "fattispecie" nel diritto processuale penale*, in *Scritti giuridici in onore di Vincenzo Manzini*, Padova, 1954, 589; R. SCOGNAMIGLIO, "Fatto giuridico e fattispecie complessa", in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1954, 331.

<sup>7</sup> A. E. CAMMARATA, *Limiti tra formalismo e dogmatica nelle figure di qualificazione giuridica*, (1936) ora in *Formalismo e sapere giuridico*, Milano, 1963, 52 ss.

<sup>8</sup> L'uso di tale inferenza nella costruzione della norma ha, come è agevole avvertire, l'obiettivo di far conoscere ai destinatari cosa accadrà a certe condizioni. In proposito, emblematiche le osservazioni di F.

umano, nella specie un atto giuridico, la produzione dell'effetto non è così lineare, perché la legge condiziona l'effetto al previo esercizio di una situazione di potere<sup>9</sup>, contemplato da una «norma strumentale»<sup>10</sup> che lo ascrive ad un determinato soggetto. Ora, il potere è una forma particolarmente complessa di situazione soggettiva. La speculazione scientifica, nei vari rami di competenza, è riuscita a rintracciarne il nucleo centrale e indefettibile<sup>11</sup>. Segnatamente, è stato evidenziato che l'esercizio del potere avviene per il tramite di «atti normativi»<sup>12</sup>, conformi alla volontà del titolare, i cui effetti si ripercuotono inesorabilmente nella sfera giuridica altrui.

Ciò posto, «la sequenza può essere raffigurata nei seguenti termini: una proposizione normativa ricollega ad una certa situazione di fatto l'effetto consistente nella costituzione di un potere; il comportamento di esercizio di quest'ultimo, attuato in conformità allo schema legale, si pone come fattispecie costitutiva di ulteriori effetti»<sup>13</sup>, i quali si risolvono nella costituzione, modifica o estinzione di un'altra situazione giuridica, visto che «non esistono nella *rerum natura* effetti giuridici che non si

---

CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, 32, secondo il quale «implicazioni filosofiche a parte, possiamo individuare la legge fondamentale di ogni processo conoscitivo concernente un qualche fenomeno della realtà giuridica in quello che è stato felicemente definito il “ritmo sillogistico” secondo cui opera la norma giuridica: quest'ultima, insomma, si pone come criterio di forza del quale, dato A, deve verificarsi B, intesi tali termini quali classi di fatti tra i quali la norma funziona da criterio di determinazione di un nesso pensato come necessario».

<sup>9</sup> Cfr. A. CAPONE, *L'invalidità nel processo penale*, Padova, 2012, 60 ss.

<sup>10</sup> E. ALLORIO, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*, in *Problemi di diritto*, Milano, 1957, 27: oltre a norme di valutazione giuridica, ci sono «norme sulla produzione giuridica, insomma norme dinamiche, qualificate anche strumentali, che manifestano la loro proprietà caratteristica nel conferire (o far cessare o modificare) poteri. S'intende qui per potere, puramente e semplicemente la condizione nella quale alcuno è in grado di dettare un certo regolamento di atti umani».

<sup>11</sup> Per un approfondimento della situazione nel panorama dottrinario v. F. CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, cit., 191 ss.; A. CAPONE, *L'invalidità nel processo penale*, cit., 70 ss.; L. FERRAJOLI, *Principia iuris.*, cit., 308-309, 587 ss.; G. GUARINO, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, in *Rass. Dir. pubbl.*, 1949, 238; T. PERASSI, *Introduzione alle scienze giuridiche*, Padova, 1922, rist. 1967, 51 ss.; G. CARCATERRA, *Del potere giuridico*, in P. DI LUCIA (a cura di), *Ontologia sociale, potere deontico e regole costitutive*, Macerata, 2003, 55 ss.; SANTI ROMANO, *Poteri. Potestà*, in ID, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano 1947, 172 ss.; A. LENER *Potere (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano 1985, 610 ss.; S. CASSARINO, *Le situazioni giuridiche e l'oggetto della giurisdizione amministrativa*, Milano 1956, 218; A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, II, Milano 1962, 175 ss.; A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, XV ed., Napoli 1989, 119; A. CERRI, *Potere e potestà*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1998, 2.

<sup>12</sup> Frutto, cioè, di una decisione del soggetto investito del potere che palesa nel suo contenuto gli effetti ai quali mira e che sono recepiti quali effetti dalla norma che lo contempla. Cfr. F. CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, 67 ss.;

<sup>13</sup> Così, F. CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, cit., 62 in nota 51; nonché CASSARINO, *op. cit.*, 1943; SANTI ROMANO, *Poteri. Potestà*, in ID, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano 1947, 172 ss.

identifichino in situazioni soggettive»<sup>14</sup>. Se la nuova situazione soggettiva è un potere, il titolare può, a sua volta, tradurlo in un nuovo atto giuridico, nuovamente causa di un'altra situazione giuridica e così via nella sequela che procede in avanti<sup>15</sup>.

Il processo penale costituisce, in questa direzione, fertile terreno di analisi: al suo interno, infatti, il potere rappresenta la «chiave di volta del sistema», poiché principalmente per suo tramite si «opera il passaggio dalla statica alla dinamica»<sup>16</sup> e, quindi, si riesce a dare impulso allo sviluppo processuale. Insomma, «ogni atto di esercizio del potere [...] si pone come una norma regolatrice di condotta ovvero attributiva di ulteriori poteri, e non potrebbe essere altrimenti, trattandosi di comportamenti che l'ordinamento assume a strumento di quella "autogenesi" attraverso cui si compie il processo di produzione del diritto, in una successione di fatti normativi che si dipanano dalla norma fondamentale all'atto esecutivo»<sup>17</sup>.

Da questa prospettiva cambia, allora, il punto di osservazione e di analisi dell'atto processuale-penale: l'atto è visto come il risultato di un potere, diretto a soddisfare e rispettare, oltre all'interesse di chi lo esercita, la situazione soggettiva a cui si correla, stante la natura «strumentale»<sup>18</sup> degli atti processuali e «dinamica»<sup>19</sup> della norma attributiva di potere<sup>20</sup>.

Questa ricostruzione vale anche per l'atto invalido, ma con alcune precisazioni. L'atto invalido non rispetta le regole poste a presidio della sua formazione; cioè, è la conseguenza, giuridica e materiale, di un potere male esercitato<sup>21</sup>. Per questo motivo, è incapace di produrre gli stessi effetti di quello valido<sup>22</sup> ed inidoneo a costituire, regolare o estinguere legittimamente posizioni giuridiche<sup>23</sup>. Cionondimeno, è produttivo di altri

---

<sup>14</sup> In proposito, F. CORDERO, *Le situazioni giuridiche soggettive*, cit., 84. Così anche, L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., 311.

<sup>15</sup> Cfr. F. CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, cit., 208.

<sup>16</sup> G. MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, I, Padova, 1953, 127.

<sup>17</sup> V. F. CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, loc. ult. cit.

<sup>18</sup> Cfr. F. CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile*, I, 122. Padova, 1920; T. PERASSI, *Introduzione alle scienze giuridiche*, Roma, 1938, 62-63

<sup>19</sup> L'espressione è di E. ALLORIO, *La pluralità degli ordinamenti giuridici e l'accertamento giudiziale*, in *Riv. dir. civ.*, 1955, 263.

<sup>20</sup> Cfr. F. CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, cit., 191 ss.

<sup>21</sup> Sul punto, F. CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, cit. *passim*.

<sup>22</sup> Cfr. G. CONSO, *Il concetto e le specie di invalidità. Introduzione alla teoria dei vizi degli atti processuali penali*, Milano, 1955, 55 ss.

<sup>23</sup> L'incisione unilaterale su una certa posizione giuridica, nel processo, è autorizzata dall'ordinamento giuridico in tanto in quanto avvenga secondo le modalità previste dalla legge e pensate a sua tutela. L'autorizzazione viene meno, invece, allorché difetti l'adeguamento al modello legale, congegnato appunto proprio in vista dell'ossequio e all'equilibrato bilanciamento tra i diritti delle parti processuali.

effetti, ovverosia costitutivo di altre situazioni soggettive, previste dalla legge, e destinate ad operare nell'ipotesi patologica di difformità dell'atto dallo schema, al fine di ottenere la riparazione del diritto processuale violato.

Dunque, se è corretto affermare che «un potere [...] esercitato, secondo modalità che configurano una condotta giuridicamente antidoverosa [...] determin[i] il sorgere di altre situazioni soggettive»<sup>24</sup>, allora, appare interessante saggiare le implicazioni di tale postulato sul terreno delle nullità processuali.

A questo proposito, occorre notare che la nullità rappresenta una garanzia delle situazioni che riversano nel processo penale, onde misurarne il grado di effettività<sup>25</sup>. Ma, al tempo stesso, in quanto conseguenza tipica di un atto invalido, si identifica essa stessa in una situazione soggettiva di natura spiccatamente processuale<sup>26</sup>, ascritta al soggetto titolare della situazione lesa, in virtù degli interessi di cui è portatore e orientata alla rimozione degli effetti illegittimamente prodotti dal comportamento antidoveroso<sup>27</sup>.

---

<sup>24</sup> F. CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, cit., 177.

<sup>25</sup> Cfr. R. ORIANI, voce *Nullità degli atti processuali (dir. proc. civ.)*, in *Enc. giur.*, XXI, Roma, 1990, 3 ss.; C. IASEVOLI, *La nullità nel sistema processuale penale*, cit., *passim*; N. GALANTINI, *Vizi degli atti processuali penali*, in *Dig. pen.*, XV, Torino, 1999, 340 ss.

<sup>26</sup> Convergente con tale impostazione, F. CORDERO, *Le situazioni giuridiche soggettive*, cit., 177, secondo il quale si distinguono due ipotesi a fronte di un potere esercitato «secondo modalità che configurano una condotta giuridicamente antidoverosa»: «o rimangono privo di rilievo sul piano delle effettualità giuridiche (come avviene nel caso della violazione di norme la cui osservanza non sia stabilita a pena di nullità, inammissibilità, decadenza e nemmeno sia prevista come presupposto per l'applicazione di una sanzione) ovvero, ed è il caso più frequente, determinano il sorgere di altre situazioni soggettive».

<sup>27</sup> Peraltro, se non ci fosse una qualche attinenza tra nullità e situazioni giuridiche, sarebbe impossibile disquisire anche solo astrattamente sul fenomeno, la cui discussione è in voga negli ultimi anni, di abuso delle nullità. Sul tema, R. APRATI, *Il principio di tassatività delle nullità*, in A. MARANDOLA (a cura di), *Le invalidità processuali. Profili statici e dinamici*, Milano, 2015, 71 ss.; E. AMODIO, *Il fascino ingannevole del pregiudizio effettivo (a proposito di abuso del processo)*, in *Cass. pen.*, 2012, 3596 ss.; R. ORLANDI, *Abuso del diritto o diritto all'abuso?*, in *Cass. pen.*, 2012, 3599; F. PALAZZO, *L'abuso del processo e i suoi rimedi tra legalità processuale e legalità sostanziale*, in *Cass. pen.*, 2012, 3609; G. ILLUMINATI, *Abuso del processo, legalità processuale e pregiudizio effettivo*, in *Cass. pen.*, 2012, 3593; A. MARANDOLA, *La patologia dell'atto processuale: indirizzi sostanziali vs legalità formale*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 1054; M. BOSCHI, *Prospettive sulla riforma del processo penale sulle nullità*, in *Foro it.*, V, 1976, 243; G. LOZZI, *Sui tentativi giurisprudenziali di ampliare le possibilità di sanatoria delle nullità assolute*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1961, 897; P. MOSCARINI, *Esigenze antiformalistiche e conseguimento dello scopo nel processo penale italiano*, Milano, 1988, 29;

In giurisprudenza, *ex multis* Cass., Sez. Un., 10 gennaio 2012, Rossi, in *Giur. it.*, 2012, 10, 2140, con nota di M.C. MARZO, *Le nullità tra vivacità difensiva e abuso del processo*; in *Dir. pen e proc.*, 2012, 146; in *Cass. pen.* 2012, 2410 con nota di F. CAPRIOLI, *Abuso del diritto e nullità inoffensive*; Cass., Sez. II, 29 marzo 2011, Sheshi, in *CED. Cass.*, rv. 250051; Cass., Sez. V., 25 novembre 2008, Romanelli, in *CED cass.*, rv. 242357; Cass., Sez. I, 10 giugno 2008, Schiavone, in *CED cass.*, rv. 240206; Cass., Sez. II, 15 aprile 2004, Peluso, in *Arch. Nuova proc. pen.*, 2005, 726 e in *Riv. pen.*, 2005, 1243; Cass., Sez. Un., 17 aprile 2003, Mario, in *Cass. pen.*, 2003, 2572; in *Giur. it.*, 2004, II, 363, con nota di M. ANSELMI, *Conoscenza del provvedimento e termini per la richiesta di riesame*; in *Giuda al dir.*, 2003, 21,59 e in *Arch. Nuova proc. pen.*, 2003, 207; Cass. Sez. II, 5 aprile 1975, Citoli, in *CED Cass.*, rv.129971.



Simili accenni impongono di esaminare il fenomeno dell'invalidità, in generale, e la figura della nullità, in particolare, sotto una nuova luce rispetto all'impostazione tradizionale. Sinora la scienza giuridica si è concentrata sull'analisi dell'istituto, considerandolo, per lo più, quale categoria dogmatica; una *specie* nell'ambito del più generale *genus* dell'invalidità.

In questa prospettiva, della nullità è stata colta<sup>28</sup>, *in primis*, la sua essenza di momento patologico, come difetto strutturale che inficia l'atto e contamina i successivi, e analizzata, perciò, come fenomeno "deviante", frutto della mancata integrazione del paradigma legale di riferimento<sup>29</sup>.

Si è notato<sup>30</sup>, poi, che alla violazione delle regole che prescrivono la forma per la costruzione dell'atto processuale-penale fa riscontro, sul piano effettuale, la minor rilevanza dell'atto nullo rispetto alla fattispecie validamente formata, da cui consegue, in un'ottica di contemperamento tra esigenze di garanzia e istanze conservative, la vita precaria degli effetti che ne scaturiscono.

Ancora, si è posto l'accento sull'aspetto teleologico-valutativo della nullità: essa si risolve in un «giudizio di valore»<sup>31</sup> sull'atto; una qualificazione giuridica che «considera negativamente il contegno che ne costituisce argomento»<sup>32</sup>.

Siffatta ricostruzione si è, poi, sviluppata in due direzioni antitetiche. Per un verso, la nullità è stata rappresentata come reazione dell'ordinamento ad un comportamento antidoveroso, con funzione deterrente e *latu sensu* retributiva e, perciò, collocata nell'alveo delle cosiddette "sanzioni processuali"<sup>33</sup>. Si è finito, così, per

---

Ciò che, per ora, merita rilievo è che la stessa nozione di abuso rimanda all'esistenza di una situazione di potere, di cui si paventa un eccesso dai limiti interni e, vale a dire, un uso distorto. *Infra* cap. IV, par. 3.

<sup>28</sup> *Ex multis* Cfr. N. GALANTINI, *op.loc. ult. cit.*; G. CONSO, *Il concetto e le specie di invalidità*, cit. *passim.*; F. CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, *passim.*; A. CAPONE, *L'invalidità nel processo penale*, Padova, 2012, 13 ss.

<sup>29</sup> Cfr. P. POLLASTRO, *Fenomenologia delle regole costitutive*, in *Mat. St. cult. Giur.*, 1983, 233, 251; A. CAPONE, *L'invalidità nel processo penale*, cit., 59; A. SANDULLI, *Considerazioni sul concetto di invalidità degli atti giuridici*, in *Stato e dir.*, 1941, 403; A. GENTILI, *Le invalidità*, in GABRIELLI (a cura di), *I contratti in generale*, Torino, 1999, 1414; R. BRICHETTI, *Il sistema delle nullità degli atti*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 1410 ss.

<sup>30</sup> Sul punto, efficacemente G. CONSO, *Il concetto e le specie di invalidità*, cit. *passim.*

<sup>31</sup> C. IASEVOLI, *La nullità nel sistema processuale penale*, cit., 201 ss.

<sup>32</sup> Ampiamente, F. CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, cit., 29 ss.

<sup>33</sup> In argomento, R. PANNAIN, *Le sanzioni degli atti processuali penali*, cit., 394; N. BOBBIO, *Sanzione*, in *Novissimo Dig. it.*, XVI, Torino, 1969, 530 ss.; N. GALANTINI, *op.loc. ult. cit.*; C. MANDRIOLI, *Appunti sulla sanzione e sua attuazione giurisdizionale*, in *Jus* 1956, 86 ss.; ID, *Svolgimenti sulla sanzione*, in *Jus*, 1956, 13, nota 54.; F. BENVENUTI, *Sul concetto di sanzione*, in *Jus*, 1955, 228. In prospettiva critica, G. CONSO, *Il concetto e le specie di invalidità*, cit., 63 ss.; O. CAMPO, *Inammissibilità e improcedibilità. II) Diritto processuale penale*, in *Enc. giur.*, XVI, roma, 1989, 2 ss.; A. GALATI, *Nullità*, cit., 909 ss.; C.

accostare il fenomeno dell'illecito a quello dell'invalidità<sup>34</sup>, con l'inconveniente di sovrapporre le due nozioni e di applicare, senza filtri, alla nullità "occhiali di lettura" impiegati per studiare l'illecito, con conseguenze pratiche paradossali, confluite da ultimo nella teorica del pregiudizio effettivo o dell'offensività in concreto<sup>35</sup>.

Per altro verso, è stato sottolineato come l'invalidità, in generale, e la nullità, in particolare, «si risolve[no] nell'intrapreso ma non completato assolvimento di un onere»<sup>36</sup>, con ciò superandosi l'idea che l'atto nullo integri un atto tipico vietato, accadendo, semmai, esattamente il contrario, dal momento che l'invalidità presuppone la deviazione dalla fattispecie e, dunque, la mancata integrazione dell'archetipo<sup>37</sup>. Eppure, è stato efficacemente osservato che «non trovando un riferimento sicuro nella distinzione tra onere e dovere o in quella tra imperfezione e perfezione, la linea di confine tra invalidità e sanzione torna a farsi nebulosa»<sup>38</sup>.

A ben vedere, il dubbio prospettato appare superabile se solo si consideri che il mancato assolvimento dell'onere è un meccanismo in grado di spiegare il funzionamento dell'invalidità. Tuttavia, simile esplicazione non si adatta *sic et simpliciter* anche alla nullità, poiché quest'ultima non si identifica nell'invalidità, ma si colloca sul piano delle sue conseguenze; la nullità, detto altrimenti, non costituisce una inottemperanza ad un onere, ma ciò che deriva da tale inosservanza. L'equivoco di fondo, sta, allora, nell'assimilare invalidità e nullità.

Tirando le fila del discorso, dunque, nelle elaborazioni che si sono occupate della materia, l'analisi dello strettissimo legame che corre tra atto e nullità o ha condotto ad individuare un tipo di relazione strutturata sul modello di rapporto esistente tra illecito e pena, con esiti applicativi infausti, oppure l'esistenza del connettivo logico è stata pretermessa del tutto, quasi che la nullità fosse solo un modo di essere o un attributo di un atto inottemperante all'onere di conformità.

---

PEYRON, *Invalidità. d) Diritto processuale penale*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, 618; E. ALLORIO, *Osservazioni critiche sulla sanzione*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, 6.

<sup>34</sup> *Infra* cap. IV, par. 2.

<sup>35</sup> *Infra* cap. IV, par. 1 e 2.

<sup>36</sup> Cfr. G. CONSO, *Il concetto e le specie di invalidità*, loc. ult. cit. Sui rapporti controversi tra onere e sanzione cfr. A. CAPONE, *L'invalidità nel processo penale*, Padova, 2012, 111 ss.

<sup>37</sup> E. ALLORIO, *Osservazioni critiche sulla sanzione*, cit., 6 ss.; A. CAPONE, *L'invalidità nel processo penale*, cit., 78 ss.

<sup>38</sup> A. CAPONE, *L'invalidità nel processo penale*, cit., 118;

La concezione della nullità come situazione soggettiva, conseguente ad un atto invalido, è rimasta latente dietro l'ellittica espressione di "atto nullo", concepito come entità unica non scomponibile. Assumendo come referente del discorso tale locuzione, che racchiude in sé, già a livello linguistico, sia la causa sia l'effetto, si giunge all'equivoca qualificazione della nullità, incerta tra il fattore che cagiona la patologia e la conseguenza dell'atto non conforme al proprio modello.

Vale la pena, allora, esplicitare quel nesso di derivazione che sempre sussiste tra atto e situazione giuridica e che, quindi, deve riscontrarsi anche tra atto non conforme e nullità, intesa come effetto tipico dal primo prodotto<sup>39</sup>.

Ciò chiarito, prima di addentrarsi nel definire le caratteristiche della nullità, *sub specie* di situazione soggettiva, è opportuno rintracciare il senso che giustifica la previsione e, quindi, risalire al significato del principio di legalità processuale, cardine della disciplina degli atti e, per il tramite di essi, delle situazioni prodotte.

## *2. Legalità degli atti e legittimità delle posizioni soggettive nella sequenza processuale*

«Una rozza maniera di giudicare», scriveva Francesco Pagano, «è l'indice di una società che ancora colta non è. Il regolare e legittimo processo è il prodotto d'una saggia legislazione, della nazionale cultura e del moderato governo. [...] L'arbitrario procedimento senza formalità e senza processo è l'indice e l'istrumento insieme di un fatale ed illimitato dispotismo»<sup>40</sup>.

Il processo penale è divenuto, così, una tappa obbligata<sup>41</sup> per l'accertamento della colpevolezza. Esso si articola, per definizione, nel susseguirsi di una serie di atti

---

<sup>39</sup> Secondo P. POLLASTRO, *op cit.*, 251-252 «la nullità è la conseguenza tipica, automatica, della non conformità alla regola costitutiva».

<sup>40</sup> Cfr. F.M. PAGANO, *Considerazioni sul processo criminale. Storia dell'avvocatura italiana*, VI, Milano, 33.

<sup>41</sup> Il principio *nulla poena sine iudicio*, benché riscoperto nel periodo illuminista, affonda le proprie radici nel diritto romano, ove si faceva espresso riferimento alla necessità di un *aequum iudicium*, il quale aveva come referente la *provocatio ad populum* riportata nella *pro Cluentio* di Cicerone. Sul punto, cfr. P. CERAMI, *Aequum iudicium e "giusto processo"*, in P. CERAMI-G. DI CHIARA-M. MICELI, *Profili processualistici dell'esperienza giurica europea. Dall'esperienza romana, all'esperienza moderna*, in *Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo*, vol. XLVI, 2000, 5 ss., in cui si riporta il passo: «nulla è tanto terribile per un uomo quanto l'ostile voce pubblica, nulla tanto desiderabile per un innocente vittima di tale ostilità quanto un equo giudizio, perché solo in questo è possibile reperire un punto fermo che faccia cadere le false diffamazioni».

puntualmente disciplinati<sup>42</sup>, i quali traggono il proprio significato dalle situazioni soggettive che sono destinati ad attuare in seno al processo<sup>43</sup>. È stato, già, efficacemente evidenziato, del resto, che la commissione di un reato rappresenta un fatto costitutivo, «in quanto il suo verificarsi provoca determinati effetti che si riassumono nel sorgere di situazioni soggettive di dovere che hanno come destinatari gli organi dello Stato ai quali è affidata la giurisdizione penale»<sup>44</sup>. Con l'avvertimento, però, che tali situazioni non sono delle monadi. Da un lato, esse trovano la propria ragione di esistenza nella necessità di soddisfare, in via sussidiaria, la situazione giuridica lesa dalla commissione del reato di cui costituiscono il complemento<sup>45</sup>.

Dall'altro lato, traggono il loro senso giuridico dall'esigenza di salvaguardia dei diritti di libertà e del diritto di difesa dell'accusato, da cui mutuano i limiti alle loro forme di esercizio<sup>46</sup>. L'accusato, invero, non si trova in una posizione meramente negativa di soggezione al potere giurisdizionale, essendo quest'ultimo un potere-dovere. Ne deriva che, insieme alla componente di soggezione, in corrispondenza alla porzione di potere e destinata a manifestarsi nell'assoggettamento alla forza esecutiva del provvedimento conclusivo, convivono veri e propri diritti, ovverosia pretese giuridiche piene, sintetizzate nel diritto di difesa, circa le modalità di esercizio del potere giudiziale, e, in definitiva, delle forme processuali in cui si esprime<sup>47</sup>.

Inoltre, occorre tener conto delle dinamiche interne al processo, da cui si evince l'intricato reticolo dei rapporti che legano le posizioni dei soggetti processuali. Più nel dettaglio, ciascun segmento della fattispecie sottende l'esercizio di poteri-doveri strumentali a diritti-poteri altrui o diretti a soddisfare le relative aspettative<sup>48</sup>. Si tesse,

---

<sup>42</sup> A. MARANDOLA, *Il modello nazionale tra vecchio e nuovo sistema processuale*, in A. MARANDOLA (a cura di), *Le invalidità degli atti processuali. Profili statici e dinamici*, Torino, 2015, 5.

<sup>43</sup> Esse sono o direttamente previste dalle norme giuridiche, come quelle di rango costituzionale, e, quindi, destinate a realizzarsi negli atti processuali che ne rappresentano esercizio; oppure sono indirettamente predisposte da norme, sostanziali e processuali, come effetti degli atti che ne sono causa, seguendo la linea che porta dalla *notitia criminis* alla sentenza definitiva. In termini generali v. L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., 314.

<sup>44</sup> V., sul punto, F. CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, cit., 122.

<sup>45</sup> Cfr. F. CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, loc. ult. cit.

<sup>46</sup> Cfr. L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit. 418.

<sup>47</sup> Grazie a tale posizione soggettiva, il titolare conforma indirettamente i modi di esercizio della funzione giurisdizionale, poiché il modello degli atti processuali è tenuto a mettere in conto, nella costruzione della fattispecie astratta, le necessità di garanzia della difesa.

<sup>48</sup> V. F. CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, cit., 208.

così, una tela di rapporti giuridici, che si sviluppano, costituendosi, modificandosi ed estinguendosi nel processo e grazie alla sua progressione.

Se così è, si supera la storica alternativa tra concezione del processo come rapporto<sup>49</sup> ovvero come situazione giuridica<sup>50</sup>. Le due visioni colgono ciascuna un aspetto del processo penale, ma scontano una dimensione unilaterale. La prima coglie la correlazione biunivoca tra soggetti, eppure, riducendo all'unitaria coppia diritto del cittadino ad ottenere giustizia-obbligo decisorio del giudice l'intero sistema, si rivela inadeguata ad esprimere la complessità dei fenomeni processuali.

La riconduzione del processo alla situazione soggettiva, invece, identificata nel dovere di accertamento giudiziale, coglie l'immanente relazione, normativamente istituita, tra il giudice e la valutazione astratta del suo comportamento, dando conto del «momento in cui si attua il processo di soggettivazione della norma»<sup>51</sup>. Cionostante, la tesi in esame non è in grado di risalire alla causa della qualificazione, che va ricercata proprio nell'aspirazione a realizzare le posizioni soggettive correlate di chi ha diritto a quell'accertamento.

Più che strumento diretto ad uno scopo, allora, il processo si presenta come sequenza progressiva regolamentata, in cui le situazioni soggettive – i poteri degli organi pubblici a cui è affidata la giurisdizione penale e i diritti delle parti – trovano composizione, attraverso la disciplina degli atti processuali, «il cui rispetto è *conditio sine qua non* per la trasformazione dell'accusa in condanna»<sup>52</sup>.

Se, dunque, non si può giungere ad una pronuncia di condanna senza l'ossequio alle regole di procedura stabilite dalla legge e che imbrigliano l'intero percorso antecedente alla decisione, e se è altrettanto vero che nella costruzione del modello processuale e dei suoi atti confluisce l'istanza di difesa individuale, non c'è da stupirsi se il significato di garanzia assunto dal processo penale sia strettamente collegato all'affermarsi del principio di legalità processuale. Solo quando vengono stabilite le

---

<sup>49</sup> Cfr. G. LEONE, *Lineamenti di diritto processuale penale*, Napoli, 1956, 84 ss.; A. DE MARSICO, *Lezioni di diritto processuale penale*, Napoli, 1952, 28 ss.

<sup>50</sup> Per un'ampia rassegna sul punto v. F. CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, cit., 14 ss.

<sup>51</sup> Emblematicamente F. CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, cit., 71.

<sup>52</sup> Cfr. A. MARANDOLA, *Il modello nazionale tra vecchio e nuovo sistema processuale*, in A. MARANDOLA (a cura di), *Le invalidità degli atti processuali*, loc. ult. cit.

forme processuali, infatti, vengono specificati i principi fondamentali ai quali il processo «deve essere informato per poter valere come atto di giurisdizione»<sup>53</sup>.

A ciò si aggiunga che il principio di legalità in materia penale sarebbe svuotato di significato se esso non valesse anche nel versante processuale, poiché «garanzie penali [e] processuali valgono non solo di per sé, ma anche come garanzie di effettività le une delle altre»<sup>54</sup>. A nulla servirebbe, infatti, affermare la legalità nella previsione della norma incriminatrice<sup>55</sup>, se, poi, quelle stesse esigenze di tutela e certezza potessero essere vanificate attraverso scelte arbitrarie operate sul piano processuale.

Oltre ad un'accezione formale, che scolpisce il principio di legalità nella dimensione delle fonti, come riserva di legge<sup>56</sup>, si rinviene un significato più profondo del principio di legalità processuale.

A corollario del principio di stretta legalità deriva la tipicità degli atti processuali-penali: il codice di rito non si limita a registrare un certo fatto per farne discendere talune conseguenze; predispone schemi comportamentali processualmente rilevanti, sancisce i presupposti e predetermina gli effetti, fornendo una disciplina di dettaglio circa i requisiti e le condizioni di esistenza, validità ed efficacia di ogni singolo atto<sup>57</sup>.

Non sfugge la vocazione di garanzia insita alla costruzione del modello legale di un atto processuale, che viene ad assumere anche – se non soprattutto – una valenza garantistica<sup>58</sup>. Grazie alla disciplina legale della fattispecie processuale, nessun potere si manifesta, infatti, libero da vincoli<sup>59</sup>. Ed invero, il principio di stretta legalità istituisce un

---

<sup>53</sup> Per tali considerazioni, G. FOSCHINI, *La giustizia sotto l'albero e i diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1963, 300.

<sup>54</sup> Cfr. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione, teoria del garantismo penale*, X ed., Roma-Bari, 1989, 37.

<sup>55</sup> V. G. VASSALLI, *La potestà punitiva*, Torino, 1942, 245; E. AMODIO, *Crisi della legalità processuale, filosofia della rassegnazione e autorevolezza dei giuristi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 433; M. VILLANI, *La Corte ribadisce i rapporti tra legalità costituzionale, legalità sostanziale e legalità processuale*, in *Giur. cost.*, 2009, 4832.

<sup>56</sup> In proposito v. C. IASEVOLI, *La nullità nel sistema processuale penale*, cit., 48 ss.

<sup>57</sup> Si fa riferimento al concetto di «validità sistemica», intesa come «soddisfacimento delle condizioni di validità poste dalle metanorme che, in ogni ordinamento, dell'ordinamento costituiscono i criteri di individuazione e disciplinano le forme e i modi di mutamento». In questi termini, J. WRÓBLEWSKI, *Livelli di giustificazione delle decisioni giudiziarie*, in L. GIANFORMAGGIO- E. LECALDANO, *Etica e diritto*, Roma-Bari, 1986, 207-209. V. anche T. MAZZARESE, *Validità*, in *Dig. disc. priv. Sez. civ.*, XIX, Torino, 1999, 597.

<sup>58</sup> Cfr. L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., *passim*.

<sup>59</sup> Il processo penale si articola in una catena composta, per lo più, da poteri, attribuiti agli organi della giurisdizione penale e ai difensori delle parti private in vista della soddisfazione degli interessi per i quali sono assegnati e la disciplina degli atti che ne sono esercizio si pone come argine al potere pubblico, che perde i tratti dell'autoritatività grazie alle forme poste a presidio della libertà individuale.

parallelismo tra tipicità degli atti e legittimità delle situazioni: anche quando il contenuto del potere è declinato in termini facoltativi, è sempre associato ad obblighi, perché esercitato nell'interesse di altri soggetti, e, addirittura, a divieti, poiché esercitabile in modo legittimo solo attraverso la realizzazione di atti formali vincolati. I tre schemi – quello della facoltà, dell'obbligo e del divieto – non sono, infatti, incompatibili, piuttosto complementari<sup>60</sup> e tutti concorrono a delineare il volto del potere. In presenza di situazioni imperative, positive e negative – ovverosia di obblighi e divieti – «ci si trova di fronte ad un potere il cui esercizio è previsto secondo modalità giuridicamente doverose o, se si vuole, ad un atto normativo che forma oggetto di dovere»<sup>61</sup>.

La ragione dei vincoli al potere si rinviene nel fatto che il loro esercizio ad opera dei soggetti processuali è destinato ad interferire irreversibilmente nella sfera giuridica dell'accusato. Ciò avviene in una duplice direzione: o il potere è strumentale all'esercizio di una prerogativa difensiva positiva, sicché è necessario prevedere un obbligo di iniziativa circa il suo uso; o il suo impiego, se non effettuato secondo certe modalità, è lesivo di una situazione di libertà negativa riconosciuta all'accusato. In definitiva, il principio di legalità, imponendo un dovere di conformità dell'atto processuale rispetto alle norme di legge, diviene garanzia di legittimità delle situazioni soggettive e, nel dettaglio, sia del potere di cui l'atto è esercizio sia delle variazioni giuridiche arrecate alla sfera *iuris* dell'imputato di cui l'atto è causa<sup>62</sup>.

Di qui, l'esigenza di incastonare il potere all'interno di doveri di conformità circa il suo modo di esercizio, con divieto di altre forme d'uso che differiscono dallo schema. Ecco che il principio di legalità giunge al cuore dell'atto per arrivare, in ultimo, al potere

---

<sup>60</sup> Sul punto v. L. FERRAJOLI, *Principia iuris.*, cit., 596: «come si spiega e come si esprime, senza incorrere in aporie o in antinomie, questa complessità del potere? Come si concilia la concorrenza di facoltà, obblighi e di divieti, che è il tratto caratteristico di tutti i poteri nello stato di diritto, con l'incompatibilità di queste tre modalità [...]? Si spiega, ed anzi si impone [...] con la correlativa complessità strutturale degli atti precettivi che del dovere sono causa e soprattutto di quelli che ne sono esercizio, nonché delle norme formali e sostanziali che degli uni e degli altri regolano per un verso le forme e per altro verso i significati».

<sup>61</sup> Efficaci le osservazioni di F. CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, cit., 235-236: «[...] una medesima condotta può essere simultaneamente ipotizzata da una norma strumentale e da una norma statica; [...] L'eterogeneità dei due tipi di valutazione è il dato di base a cui si giustifica la coesistenza nei confronti di uno stesso soggetto ed in ordine ad una medesima determinazione obiettiva di condotta, di tali situazioni, tra le quali il rapporto non è di antinomia, ma di alterità»; v. anche G. CONSO, *Il concetto e le specie di invalidità*, cit., 61 ss.

<sup>62</sup> Si abbandona, in quest'ottica, quella concezione imperativista che vede il processo penale come mero strumento asettico di applicazione del diritto sostanziale, impermeabile ai valori dell'ordinamento, a favore di un'idea tutta diversa di processo, quale sede in cui i poteri dell'autorità vengono regolati e contrastati dai diritti individuali dell'accusato, presunto innocente. In proposito, F. CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, cit., 127.

secondo l'equazione: vincoli all'atto uguale limiti al potere. Si attenua, per tale via, l'esercizio arbitrario del potere, mentre se ne incentiva l'uso secondo i modi di legge, visto che «lo schema formale della situazione si esaurisce nell'imputazione ipotetica della fattispecie normativa di una condotta ad un soggetto, e cioè in una raffigurazione anticipata del giudizio di validità a cui sarebbe fatto segno un comportamento che integrasse quello previsto nel tipo legale»<sup>63</sup>.

### *3. La rete di situazioni giuridiche incorporate nel modello legale di giusto processo*

La capacità del principio di legalità di plasmare le strutture processuali, configurando modelli di atti che siano, al contempo, congruo e legittimo esercizio delle situazioni giuridiche, viene indirizzata, oggi, dalla dimensione costituzionale del processo penale<sup>64</sup>. Fare perno esclusivo sul principio di legalità sarebbe, invero, del tutto illusorio. Anche tale principio, se avulso da freni, si presta ad un'applicazione arbitraria, con il rischio di rimettere il processo al capriccio del legislatore, secondo la nota formula «*quod principi placuit legis habet vigorem*».

L'adozione della Carta fondamentale ha segnato, in questa prospettiva, un punto di svolta: le direttrici costituzionali lungo cui si snoda il sistema processuale orientano in senso garantista la disciplina legale del processo, obbligando il legislatore ordinario a incorporare determinate situazioni giuridiche, considerate fondamentali e inviolabili, nel modello di processo. Secondo tale impostazione, è la Costituzione a dire quali sono le situazioni soggettive che sono destinate a concretizzarsi nella dinamica processuale, nonché ad individuarne la portata minima, affidando alla disciplina legale il compito di enucleare strutture procedimentali adeguate, in grado di darvi la corretta attuazione.

Questo mutamento di paradigma riflette la metamorfosi dell'istanza di repressione penale in esigenza di tutela dei valori fondamentali dell'ordinamento su un duplice versante, sostanziale e processuale, in connessione tra loro. Sotto il primo profilo, l'integrazione della fattispecie penalistica sottende – o almeno dovrebbe – la violazione<sup>65</sup>,

---

<sup>63</sup> Così, emblematicamente, F. CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, cit., 214.

<sup>64</sup> Cfr. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, loc. ult. cit.

<sup>65</sup> L'avvento della democrazia ha sostituito l'obbligo spurio del suddito di osservare gli imperativi penali con il dovere del cittadino di non ledere i diritti soggettivi o altri interessi meritevoli di una protezione così stringente. Vale a dire che la prima forma di tutela apprestata alle situazioni giuridiche presidiate



per inottemperanza al divieto di lesione correlato, della situazione custodita nel sostrato del bene giuridico<sup>66</sup>.

A tale *vulnus* si riconnette il secondo aspetto. L'ordinamento risponde alle forme di aggressione più gravi a danno dei diritti altrui attraverso l'assegnazione di situazioni giuridiche di potere-dovere ascritte agli organi giurisdizionali, che trovano espressione diretta con l'instaurazione del processo e al suo interno. Segnatamente, vengono in rilievo, da un lato, l'obbligo del pubblico ministero di esercitare l'azione penale sancito all'art. 112 Cost., e, dall'altro lato, il potere giurisdizionale disciplinato nel titolo IV della Carta fondamentale, dedicato alla funzione giurisdizionale.

Nel dettaglio, la lesione della situazione racchiusa nel bene giuridico vulnerato dal reato integra il presupposto di costituzione del potere della pubblica accusa<sup>67</sup> di compiere determinati atti investigativi che, qualora attestino la fondatezza della *notitia criminis*, approdano nella richiesta di rinvio a giudizio<sup>68</sup>. Ma il contenuto di domanda dell'atto di esercizio dell'azione penale, «espresso [...] nella forma [...] della manifestazione optativa, esclude che in esso si possa ravvisare un atto normativo contenente la statuizione del dovere del giudice di decidere in un senso piuttosto che nell'altro»<sup>69</sup>. L'esercizio dell'azione penale attiva il dovere in capo al giudice di accertare e statuire in merito alla responsabilità penale<sup>70</sup>. Occorre precisare, però, che questo dovere scaturisce direttamente dalla fattispecie di reato che ne giustifica la nascita. Viceversa, «l'iniziativa del pubblico ministero non entr[a] come componente costitutiva del potere giurisdizionale (contrariamente a quanto comunemente si afferma) [...]; [...piuttosto] al

---

dall'incriminazione si identifica nel divieto di lesione posto in capo ai consociati Il reato è essenzialmente un fatto lesivo, connotato in chiave di offesa e così deve essere catturato nell'incriminazione, all'interno della descrizione legale del tipo, pena l'assenza di qualsivoglia giustificazione, logica e politica, alla previsione incriminatrice. Parla in proposito di garanzie primarie, L. FERRAJOLI, *Principia iuris.*, cit., 668 ss.

<sup>66</sup> Sull'evoluzione del concetto di bene giuridico cfr. F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Novissimo Dig. It.*, XIX, Torino, 1974, 80; F. ANGIOINI, *Contenuti e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983, *passim*; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2007, 181 ss.

<sup>67</sup> Il pubblico ministero, infatti, agisce in nome e nell'interesse della collettività, facendo valere in via suppletiva la situazione compromessa dalla commissione del reato. In base a questo rapporto, il PM acquisisce tutti i connotati della parte processuale che aziona la pretesa e domanda giustizia. V. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 1989, 579; G. LEONE, *Azione penale*, in *Enc. dir.*, vol. IV, Milano, 1959, 856; M. CHIAVARIO, *Appunti sulla problematica dell' "azione" nel processo penale italiano: incertezze, prospettive, limiti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1975, 906; G. VASSALLI, *op. cit.*, 60.

<sup>68</sup> F. CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, cit., 185 il quale, in quest'ottica, distingue tra fattispecie costitutiva del potere di azione e esercizio del potere.

<sup>69</sup> Così, F. CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, cit., 230.

<sup>70</sup> Cfr. F. CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, loc. ult. cit.

[mancato esercizio dell']azione penale da parte del pubblico ministero, l'ordinamento ricollega un dovere omissivo del giudice, avente a contenuto l'astensione da ogni atto del processo penale»<sup>71</sup>.

Merita di essere sottolineato che i poteri attribuiti agli organi pubblici<sup>72</sup> risultano legati, in ogni loro manifestazione, a doveri e divieti, che concorrono a costruire le forme legittime del potere. Il loro valido esercizio, infatti, è realizzabile unicamente a condizione che siano rispettate le modalità prescritte dalla legge, imposte dalla Costituzione, con implicita valutazione negativa di tutti gli altri modi di manifestazione<sup>73</sup>, in vista delle aspettative di giustizia processuale supposte dalla salvaguardia della difesa.

L'esigenza di rispondere a questa domanda di equità processuale e di conformare il processo penale alle pretese di giustizia implicate dalla necessità di attuazione del diritto di difesa direttamente nell'architettura del procedimento ha trovato seguito nella riforma dell'art. 111 Cost., il cui *incipit* richiede che «la giurisdizione si attu[i] mediante il giusto processo regolato dalla legge»<sup>74</sup>.

Non basta, quindi, che il processo sia oggetto di una qualsivoglia normazione; per attuare la giurisdizione, il processo deve rispondere a determinati crismi che diano contenuto e significato all'aggettivo "giusto". Con l'espressione «giusto processo regolato dalla legge», allora, viene istituito un nesso tra legalità e giustizia della procedura tale per cui non è la seconda ad essere corollario della prima ma il contrario: è la regolazione legislativa che ha il compito di performare le strutture processuali in modo che ne venga assicurata la giustizia intrinseca, pena l'incostituzionalità della norma che

---

<sup>71</sup> F. CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, cit., 185. Pur nascendo al momento e a causa della frattura provocata dal reato, dunque, il potere di accertamento giurisdizionale resta in uno stato di quiescenza, sino a quando non venga attivato dall'esercizio dell'azione, che non ha una valenza costitutiva ma è volto a rimuovere il divieto espresso dal principio *ne procedat iudex ex officio*. Il "*ne procedat iudex ex officio*" funge da divieto che "ingabbia" il potere giurisdizionale, imponendo la separazione dei ruoli a tutela dell'imparzialità della giurisdizione e del differente contenuto del potere: la giurisdizione è attività cognitiva, da tenere distinta dall'azione della pretesa a cui è correlata. Per tale via, la funzione giurisdizionale si trova indirettamente connessa alla situazione lesa dal reato, mentre si configura in diretta correlazione con il diritto-potere di azione. Così, L. FERRAJOLI, cit., 678 e 879 ss; ID, *Diritto e ragione*, cit., 548 ss.

<sup>72</sup> Vale a dire, la legittimazione ad adottare atti precettivi, per soddisfare gli interessi rispetto ai quali il potere è servente, che incidono nella sfera giuridica e materiale dell'accusato.

<sup>73</sup> In questa prospettiva L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., 595 nota come «I poteri, in altre parole, non sono mai, nello stato di diritto, "assoluti". Non sono mai facoltà di decidere comunque, in qualsiasi forma e qualsiasi cosa [...]».

<sup>74</sup> Cfr. V. GREVI, *Garanzie soggettive e garanzie oggettive nel processo penale secondo il progetto di revisione costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 727.

le contempla<sup>75</sup>. Come si ricava dal contenuto successivo della disposizione costituzionale in commento, il senso di giustizia processuale va ricercato nell'impiego di uno statuto epistemologico che sia in grado di mettere seriamente alla prova l'ipotesi d'accusa<sup>76</sup>, con la speranza di avvicinare il più possibile l'esito dell'accertamento processuale alla reale dinamica fattuale<sup>77</sup>, e nella salvaguardia dell'accusato<sup>78</sup>.

L'obiettivo costituzionale di una procedura giusta trova, quindi, il suo principale metro di paragone nel grado di attuazione nelle strutture del processo della situazione conferita dall'art. 24, comma 2, Cost., ovverosia il diritto di difesa dell'imputato. Come è agevole avvertire, per poter funzionare, tale diritto deve trovare concreta possibilità di attuazione ed esercizio negli atti che compongono il procedimento, elevandosi a termine di raffronto «per verificare la costituzionalità di ciascun meccanismo processuale»<sup>79</sup>.

Tale situazione giuridica rappresenta la tecnica di tutela per contrastare dall'interno del processo la potestà punitiva. Il diritto di difesa, inoltre, trova il proprio contraltare proprio nel potere-dovere in cui si identifica la funzione giurisdizionale, giustificandone la stessa esistenza: il dovere di accertamento esiste in capo al giudice in

---

<sup>75</sup> Cfr. P. FERRUA, *Il giusto processo*, Bologna, 2012, 95 ss.

<sup>76</sup> Già Cicerone con la locuzione *aequum iudicium* «intendeva sottolineare che non ogni *iudicium*, pur svolto in conformità al rito accusatorio, proprio delle *quaestiones perpetuae*, può essere qualificato “*aequum*”. Un *iudicium* può essere giudicato processualmente *aequum* soltanto nel caso in cui il dibattito tra accusato e accusatore si svolga in condizioni di effettiva e assoluta parità». Così, P. CERAMI, *Aequum iudicium e “giusto processo”*, in P. CERAMI-G. DI CHIARA-M. MICELI, *Profili processualistici dell'esperienza giurica europea*, cit., 7.

<sup>77</sup> In questo senso, G. UBERTIS, *La conoscenza del fatto nel processo penale*, Milano, 1992, *passim*; ID., *Sisifo e Penelope. Il nuovo codice di procedura penale dal progetto preliminare alla ricostruzione del sistema*, Torino, 1993, 50; L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 23; O. MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, in G. UBERTIS - G. P. VOENA (a cura di), *Trattato di procedura penale*, VII, Milano, 2004, 10 ss.

<sup>78</sup> Cfr. C. SANTORIELLO, *La legalità della prova*, in F.R. DINACCI (a cura di), *Processo penale e Costituzione*, Milano, 2010, 411 ss. La necessità di passare attraverso la verifica e la falsificazione dell'assunto accusatorio – messo in dubbio sin dall'inizio con la presunzione d'innocenza – costituisce, infatti, l'espedito per non asservire la dignità umana al bisogno di verità, nel momento di maggiore emergenza, quando l'individuo rischia di essere schiacciato dalla pretesa punitiva avocata allo Stato. Sul punto, cfr. M. NOBILI, *Divieti probatori e sanzioni*, in *Giust. pen.* 1991, III, 642; ID., *Principio di legalità e processo penale*, in *Riv. it. proc. pen.*, 1995, 657; L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 619. Il contrassegno dello Stato costituzionale, d'altronde, si rinviene precipuamente nella regolamentazione e nella relativa limitazione dei poteri assegnati agli organi pubblici, a fronte dell'impegno assunto dalla Repubblica a garantire i diritti inviolabili dell'uomo, suggellato nell'art. 2 Cost., con ripensamento dei termini in cui si sviluppa l'intera dialettica tra autorità e libertà.

<sup>79</sup> Cfr. L. MARAFIOTI, *Scelte autodifensive dell'indagato e alternative al silenzio*, Torino, 2000, 27.

tanto in quanto l'accusato abbia diritto<sup>80</sup> ad essere «assolto da accuse infondate e a non subire pene arbitrarie»<sup>81</sup>.

La sua attuazione all'interno delle categorie procedimentali non appare, tuttavia, obiettivo semplice da realizzare. Il diritto di difesa, infatti, ha natura e struttura particolarmente complessa e articolata.

Anzitutto, il diritto di difesa costituisce una tecnica giuridica per proiettare la persona ed i suoi diritti all'interno del processo. Di qui, la configurazione della difesa come una sorta di “contenitore”, che fa da cornice ad una serie di situazioni giuridiche fondamentali, riassunte nella formula contemplata dall'art. 24, comma 2, Cost.<sup>82</sup>. Di queste, alcune hanno il contenuto negativo delle immunità<sup>83</sup>, in quanto espressione delle libertà costituzionali legate all'*habeas corpus*, disciplinate nella Prima parte della Costituzione, al titolo I, dedicato ai *rapporti civili*. Queste “libertà da” postulano un divieto assoluto di lesione da parte degli altri soggetti. L'affermazione sembra subito contraddetta dall'assegnazione di poteri in capo agli organi istituzionali che, nel perseguimento di interessi generali, sono in grado di incidere pesantemente sui diritti di libertà, tradendo la promessa di inviolabilità. A ragione, allora, siffatti poteri restrittivi vengono incasellati in stringenti modalità doverose e correlativi divieti, sanciti in ottemperanza all'obbligo di determinazione legale dei soli «casi e modi» in cui la deroga è permessa.

Altre appaiono rivestite della forma positiva delle “libertà di”<sup>84</sup> – il cui emblema è rinvenibile nel diritto al contraddittorio – e sono abbinata a poteri o facoltà che implicano lo spazio per un loro concreto esercizio<sup>85</sup>. Al pari di ogni altro potere e a

---

<sup>80</sup> Così, la funzione giurisdizionale in ambito processuale-penale si costituisce con la lesione della situazione primaria lesa dal reato; viene attivata dall'esercizio del potere di azione; ed esiste giacché è conferito all'accusato il diritto di contrastare la pretesa punitiva.

<sup>81</sup> L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, loc. ult. cit.

<sup>82</sup> Per la costruzione del diritto di difesa come “formula giuridica aperta” v. L. MARAFIOTI, *Scelte autodifensive dell'indagato*, cit., 29, 55-103; M. SCAPARONE, *Evoluzione e involuzione del diritto di difesa*, Milano, 1980, 21; P. FERRUA, *La difesa nel processo penale*, Torino, 1988, 1; G.P. VOENA, *Difesa III) Difesa penale*, in *Enc. giur.*, vol. X, Roma, 1988, 12.

<sup>83</sup> Delineate in termini di «aspettative negative di non lesione» da L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., 635, 752 ss.; sulla definizione di libertà v. N. BOBBIO, *Libertà*, in *Eguaglianza e libertà*, Torino, 1995, 50; I. BERLIN, *Two concepts of liberty* (1958), trad. it. Santambrogio, Milano, 2000, 12.

<sup>84</sup> Inquadri nell'alveo dei diritti di autonomia o diritti-poteri da L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, loc. ult. cit.

<sup>85</sup> Oltre che dal suo contenuto molecolare, ulteriori difficoltà per dare concretezza al diritto di difesa in seno al processo derivano dallo sdoppiamento nel binomio autodifesa/difesa tecnica. Esula dall'economia del presente lavoro dare conto delle diverse linee interpretative che hanno tentato di spiegare l'intricato rapporto<sup>85</sup> tra le due componenti della difesa. Cfr L. MARAFIOTI, *Scelte autodifensive*, cit., 25 ss; P. FERRUA, voce *Difesa (diritto di)*, in *Dig. pen.*, Torino, 1989, vol III, 466; L. FERRAJOLI, *Il paradigma garantista*,

differenza delle immunità, le prerogative difensive riconducibili a tale figura sono anch'esse soggette ad una regolamentazione che le fonda e le limita<sup>86</sup>. In tale ultima accezione, l'inviolabilità della difesa va intesa non come divieto di lesione, bensì alla stregua di un «canone normativo procedimentale [che] esprime il dovere del legislatore di predisporre adeguati strumenti difensivi»<sup>87</sup> che trovino effettivo riscontro nelle singole prerogative processuali attribuite dal codice di rito.

La composita natura e l'articolata struttura del diritto di difesa rendono senz'altro arduo il compito del legislatore ordinario di tradurre le prerogative processuali di matrice difensiva all'interno della disciplina dei singoli atti di cui il procedimento si compone, dovendo, per giunta, far filtrare simili istanze sia negli atti processuali che ne sono diretto esercizio sia negli atti processuali che sono esercizio dei poteri pubblici ma che sono strumentali o incidenti sul diritto di difesa.

Volgendo lo sguardo alla realtà processuale quotidiana, si osserva che molte componenti della situazione giuridica *de qua* o sue particolari modalità che avrebbero dovuto essere tradotte nelle categorie procedimentali non hanno trovato il dovuto spazio all'interno degli strumenti processuali<sup>88</sup>. Benché si sia giunti all'adozione di un nuovo codice di rito rispetto a quello previgente, oltre vent'anni di applicazione sono serviti a sottolineare la distanza tra il paradigma costituzionale di giusto processo e quello trasposto nel modello legale, sino a dover rinforzare il primo con la riforma di cui all'art. 111 Cost., alla luce degli obblighi internazionali e sul modello dell'art. 6 CEDU<sup>89</sup>. A

---

*Filosofia e critica del diritto penale*, (a cura di), D. IPPOLITO – S. SPINA, Napoli, 2014, 129 ss.; G. PAOLOZZI, *Difesa e "autodifesa"*, in *Notiziario dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Roma*, 1978, n. 4, 61.; A. PRESUTTI, *Autodifesa giudiziaria*, in *Enc. dir.*, agg., vol. I, Milano, 1997, 234; G. RICCIO, *Autodifesa dell'imputato e Costituzione*, in *Ideologie e modelli del processo penale*, Napoli, 1995, 154; ID, *Nota a margine in un dibattito su "difesa tecnica e autodifesa"*, *ivi*, 203; C. BETOCCHI, *Il binomio imputato-difensore: garanzie concrete di effettività della difesa e criteri di composizione delle situazioni di conflittualità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1983, 92; V. CAVALLARI, *Il diritto dell'imputato al rifiuto della difesa tecnica*, in *Riv. it. dir. proc. e pen.*, 1977, 842.

<sup>86</sup> Va posto l'accento sul fatto che i poteri imputati al difensore, quand'anche trovino fonte nella legge, sono ricavati dalla matrice unitaria dell'art. 24, comma 2, Cost. ed il loro esercizio non può essere radicalmente avulso dalla finalità di soddisfare il lato «materiale» del diritto. Questo collegamento conduce a proiettare la difesa tecnica sulla tutela del versante sostanziale del diritto. Anche i poteri riconosciuti al difensore sono limitati nel fine, oltre che nel modo, e, per questo, riconducibili ad una situazione di potere-dovere, quello di esercitare i poteri processuali che il codice di rito gli conferisce allo scopo di soddisfare le aspettative e tutelare gli interessi dell'assistito, rispetto ai quali non deve porsi in collisione, pena la sua estinzione. V. MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale*, vol. II, VI ed., (a cura di), G. CONSO, Torino, 1968, 543.

<sup>87</sup> Così, C. IASEVOLI, *La nullità nel sistema processuale penale*, cit., 31.

<sup>88</sup> In generale, v. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 764; L. MARAFIOTI, *Scelte autodifensive*, loc. ult. cit.

<sup>89</sup> L'inadempimento legislativo non è sfuggita alla scienza processual-penalista che, anzi, si è occupata di far emergere i «punti di frizione, nonché le continue tensioni tra esigenze del *procedere* e diritti dell'uomo»

seguito di una simile innovazione, risulta chiaro, oggi, che dietro alla catena procedimentale si agitano i diritti dell'accusato, quali valori fondanti che reclamano una puntuale disciplina legale dei poteri del giudice e del pubblico ministero, con l'obiettivo di evitare che vengano sopraffatti. La rigidità degli atti, costruiti come fattispecie a forma vincolata, discende, allora, dalla necessità di incorporare i diritti processuali dell'accusato nel sistema, per vederli concretamente realizzati nel processo penale.

#### *4. La validità come giudizio di valore degli atti vincolati: meritevolezza degli interessi e ottemperanza all'onere di conformità*

Premesso che le categorie processuali vengono – o quantomeno dovrebbero essere – plasmate in base all'esigenza di attuare al loro interno i valori costituzionali attraverso il principio di stretta legalità, servente rispetto al *due process*, la tipicità degli atti processuali-penali assume specifica rilevanza come tecnica legislativa di costruzione della fattispecie.

Nella struttura tipica dell'atto processuale, infatti, confluisce la valutazione di meritevolezza degli interessi giuridicamente rilevanti che giustifica l'attribuzione del potere di compiere l'atto. L'affermazione va ulteriormente precisata sotto il duplice profilo causale ed effettuale.

Dalla prima angolazione, la proiezione causale dell'atto è assorbita dal principio di legalità: la tipicità esprime la funzionalizzazione del potere rispetto agli interessi giuridici assunti dall'ordinamento come meritevoli di essere attuati in seno al processo<sup>90</sup>. Essi attengono – lo si è appena visto – all'aspettativa generale di giustizia e all'interesse individuale, pretensivo e conservativo, connaturato al diritto di difesa. In questa direzione, il tipo rappresenta lo strumento per attuare, con il maggior grado di certezza possibile, l'assetto di interessi su cui il legislatore ha già espresso, in astratto, il giudizio di meritevole protezione, prefigurando l'atto – che assurge a modello giuridico – idoneo a raggiungere l'obiettivo.

---

(Cfr. C. IASEVOLI, *La nullità nel sistema processuale penale*, cit., 37); né va esente da critiche di costituzionalità, nell'auspicio che gli operatori che vivono il processo quotidianamente possano valersi di tale meccanismo di controllo per avvicinare la realtà processuale al suo omologo costituzionale.

<sup>90</sup> V. F. PALAZZO, *L'abuso del processo e i suoi rimedi tra legalità processuale e legalità sostanziale*, in *Cass. pen.*, 2012, 3609. In linea generale, sul rapporto tra meritevolezza, tipicità causale e archetipi cfr. F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, XVII ed., Napoli, 2015, 823 ss.

Rimirata dal punto di vista effettuale, poi, la funzione assolta da questo modo di procedere per schemi legali e astratti di atto è quella di offrire ai soggetti processuali «la via per dar vita in concreto ad un effetto di quel tipo»<sup>91</sup>, ricollegato dalla legge a quella fattispecie e rispondente alla volontà del legittimato. Quando il potere di compiere l'atto processuale è esercitato in maniera conforme al modello, infatti, il titolare riesce a soddisfare il proprio interesse – dal momento che gli effetti provocati presentano aspetti di utilità per chi realizza l'atto – e, al contempo, beneficia dell'autorizzazione dell'ordinamento a determinare quella modificazione giuridica, con la «garanzia di riconoscimento e di tutela per i[l] comportament[o] che si adegu[a] a[llo] schem[a]»<sup>92</sup>. La predisposizione legislativa di tipi di atto sottende, quindi, una valutazione positiva della condotta processuale che li ricalca e, in definitiva, del modo con cui è stato esercitato il potere, capace, così, di soddisfare l'interesse che lo giustifica<sup>93</sup>.

Tali osservazioni asseverano quell'operazione interpretativa che, a partire dalla sovrapposizione tra perfezione e validità, individua in quest'ultimo termine una sfumatura di significato ulteriore rispetto al primo. Con la locuzione “perfezione” ci si riferisce, infatti, solamente alla realizzazione della fattispecie, riprodotta con il compimento dell'atto. Mentre l'impiego della qualifica di validità serve a sottolineare, con la sua etimologia, la portata teleologico-valutativa favorevole del comportamento processualmente rilevante che si è adeguato al tipo<sup>94</sup>. Così, l'atto conforme “ha valore” per l'ordinamento ed è, in virtù di ciò, autorizzato a produrre effetti, congruenti con la volontà del titolare del potere e rispondenti a interessi meritevoli. Di più: i significati prescritti dall'atto come propri effetti possono essere accettati come conseguenze legittime che modificano la sfera giuridica dell'imputato, solo a condizione che provengano da un atto valido<sup>95</sup>.

Tipicità, perfezione e qualificazione positiva costituiscono, dunque, il nucleo della validità degli atti processuali penali, di cui si coglie, per l'effetto, l'intimo legame con il principio di stretta legalità processuale.

---

<sup>91</sup> In questi termini, G. CONSO, *Il concetto e le speice d'invalidità*, cit., 62.

<sup>92</sup> Cfr. G. CONSO, *Il concetto e le speice d'invalidità*, loc. ult. cit.

<sup>93</sup> G. CONSO, *Il concetto e le speice d'invalidità*, cit., 7 – 60 ss.; A. CAPONE, *Le invalidità nel processo penale*, cit., 64 ss.; O.T. SCOZZAFAVA, *Onere (nozione)*, in *Enc. dir.*, vol. XXX, Milano, 1980, 99-113.

<sup>94</sup> V. G. CONSO, *Il concetto e le speice d'invalidità*, cit., 62.

<sup>95</sup> Esprime efficacemente il concetto L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., 546-549, 930-931.

Ma se validità e legalità sono, nello specifico ambito processual-penalistico, così strettamente sincronizzate, allora, non può sottacersi che compiere un atto valido equivale a esercitare correttamente il potere, nel rispetto dei limiti imposti dall'ordinamento per la salvaguardia della posizione dell'imputato<sup>96</sup>.

Il principio di stretta legalità, proseguendo in questa direzione, ha come corollario, oltre alla tipicità, la natura vincolata degli atti processuali penali, la quale «si traduce [...] in un'alternativa insuperabile, una alternativa che si sintetizza nei seguenti termini: per giungere a questo o a quell'effetto occorre passare per questa o per quella via»<sup>97</sup>. In definitiva, il potere viene ad essere vincolato, quanto al *modus*, dal dovere del titolare di conformarsi al modello legale di riferimento e dall'implicito divieto di allontanarsi dallo schema<sup>98</sup>.

Coglieva nel segno la brillante intuizione di chi esprimeva il meccanismo ricorrendo alla figura *iuris* dell'onere<sup>99</sup>, per indicare il vincolo giuridico a cui è astretto il soggetto che intenda provocare determinati effetti, conformi ad un determinato interesse, rilevante e meritevole, di cui egli è portatore.

Non a caso, nel contesto civilistico ove la situazione giuridica di onere è nata e si è sviluppata con maggiore approfondimento, la figura viene denominata anche *modus*<sup>100</sup>, proprio a rimarcare l'aspetto di imposizione insito nella prescrizione di un comportamento doveroso sotto il profilo delle modalità di esplicazione e attratto nell'orbita delle obbligazioni, con ogni relativa conseguenza, ma con la peculiarità che l'assolvimento dell'onere è requisito di efficacia del negozio in vista della rilevanza del

---

<sup>96</sup> Sulla compatibilità tra potere e dovere, cfr. A.E. CAMMARATA, *Limiti*, cit., 417: «se è vero che la nozione del possibile è inclusa in quella del necessario (dal punto di vista formale), è ugualmente indubitabile che la qualificazione di obbligatorietà è assorbente rispetto a quella di possibilità»; v. anche L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., 113. Critico sul punto, A. CAPONE, *L'invalidità nel processo penale*, cit., 82 ss.

<sup>97</sup> Chiarissime le espressioni di G. CONSO, *Il concetto e le specie di invalidità*, loc. ult. cit.

<sup>98</sup> L'apposizione di obblighi di conformità volti ad imbrigliare l'esercizio delle prerogative processuali non comporta, però, che la situazione di potere trasmuti in dovere solo perché la sua legittimità passa attraverso moduli legali predefiniti e vincolanti. L'oggetto del dovere di conformità è circoscritto, per quel che interessa la disciplina processuale, solo al modo di costruzione dell'atto e vale a obbligare il titolare anche quando l'esercizio delle prerogative processuali sia declinato in termini facoltativi e appaia, pertanto, scevro da un contenuto imperativo. Un conto, infatti, è attribuire alla parte un potere facoltativo ad esercizio libero nell'*an*; altro è predeterminarne il *modus* nell'ipotesi in cui la parte decida liberamente di avvalersene. Anche in questa ipotesi l'esercizio del potere sarà soggetto a requisiti di forma, quali predicati costanti di legittimità delle situazioni prodotte.

<sup>99</sup> Cfr. G. CONSO, *Il concetto e le specie d'invalidità*, loc. ult. cit.

<sup>100</sup> *Modus*, i, m. significa, infatti, tra l'altro, limite, termine, fine; modalità, modo, maniera, regola, legge, norma, prescrizione. Cfr. F. CALONGHI – P. RIVOIRE, *Dizionario Italiano-Latino*, Torino, 1914, 1725-1726.



motivo/interesse che induce all'apposizione di tale elemento e non solo parametro di adempimento/inadempimento<sup>101</sup>.

Si è notato, quindi, ad un livello di astrazione più generale, che la statuizione dell'onere è implicata da «ogni schema di un atto giuridico lecito [...]. Ad ogni integrale, perfetta, riproduzione dello schema si avrà assolvimento dell'onere e, quindi, ricollegamento degli effetti: e dell'atto che tale onere ha assolto si dirà che è valido [...]»<sup>102</sup>.

L'impiego della situazione giuridica dell'onere per spiegare il fenomeno della validità ha sollevato non pochi dissidi nel dibattito scientifico processual-penalistico. Autorevole dottrina è giunta finanche a negare l'autonoma valenza dell'onere, notando come il ricorso a tale schema sia frutto di uno «sterile bizantinismo»<sup>103</sup>, che complica inutilmente le figure del dovere e del potere in cui, in definitiva, si risolverebbe. Nel dettaglio, l'onere, rispetto al dovere, verrebbe in rilievo come qualificazione negativa in caso di mancato assolvimento; rispetto al potere, invece, non indicherebbe nulla di più, sfociando «in questa semplice constatazione, che un dato effetto giuridico non può prodursi se non in conseguenza di un comportamento previsto da un certo schema: ma questa situazione è né più né meno, il potere, o, se si vuole sottilizzare, un dato tipo di potere preordinato alla produzione di un effetto giuridico che non è conseguibile per altra via»<sup>104</sup>.

Malgrado la tesi finisca per riconoscere l'inconsistenza della situazione giuridica di onere, evidenzia un elemento meritevole di essere rimarcato, ovvero sia che le tre situazioni – onere, potere e dovere – non sono autoescludenti<sup>105</sup>. Il terreno processuale,

---

<sup>101</sup> Cfr. F. GAZZONI, *op. cit.*, 64-65; A. RAVÀ, *Il diritto come norma tecnica*, in ID, *Diritto e stato nella morale idealistica*, Padova, 1950, 3-120; G. BRUNETTI, *Norme e regole finali nel diritto*, Torino, 1913; F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951, 61 ss.; G. GAVAZZI, *L'onere*, in *Studi di teoria del diritto*, Torino, 1993, parte III; O.T. SCOZZAFAVA, *Onere (nozione)*, in *Enc. dir.*, vol. XXX, Milano, 1980, 99-113

<sup>102</sup> Cfr. G. CONSO, *Il concetto e le specie d'invalidità*, loc. ult. cit.

<sup>103</sup> Così, F. CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, cit., 264. Così anche A. CAPONE, *L'invalidità nel processo penale*, cit., 113 ss, secondo il quale: «dovremmo qualificare una medesima condotta di un medesimo soggetto, alla luce di una medesima norma, contemporaneamente come libera e necessitata, il che si risolve in una contraddizione logica».

<sup>104</sup> Così, F. CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, loc. ult. cit.

<sup>105</sup> Per la ricostruzione della figura dell'onere cfr. L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., 587-592, secondo il quale l'«onere è l'obbligo di un atto strumentale [...] Gli atti strumentali sono sempre ottemperanze a oneri, i quali consistono sempre in dover. Inversamente gli atti strumentali che ottemperano ad un onere sono sempre atti strumentali di un atto precettivo, di cui condizionano la validità [...] Ciò non toglie che molti oneri [...] siano anche poteri. Si può anzi affermare che l'esercizio della maggior parte dei poteri richiede il concorso di molteplici decisioni strumentali in attuazione di altrettanti oneri-poteri [...] Oneri e poteri,

anzi, è fertile per portare alla luce la natura anfibia dell'onere come sintesi della relazione che unisce poteri e doveri<sup>106</sup>. Ciascun atto processuale è, invero, l'effetto di un potere assegnato alla parte o all'organo giurisdizionale. A sua volta, il principio di stretta legalità ha subordinato l'esercizio di ogni singola prerogativa processuale ad atti formali, vincolati da doveri di conformità, cioè da oneri. Questi ultimi sono dettati sia dalla previsione di autonomi requisiti di fattispecie sia da quelli fissati per la validità degli atti presupposti, secondo lo schema noto della fattispecie a formazione progressiva.

L'indagine mostra che la figura giuridica di onere, in seno al processo, si atteggia senza dubbio alla stregua di un dovere, il cui argomento è rappresentato dall'ottemperanza ad un obbligo di forma, strumentale all'esercizio del potere. In esso si esprime, ciononostante, anche il richiamato potere, che si esercita legittimamente solo passando per il tramite della realizzazione concreta dell'atto formalmente vincolato<sup>107</sup>. Tutto ciò come condizione per poter realizzare legittimamente gli interessi sottesi e impattare, alla fine, nella sfera giuridica dell'imputato.

Innegabile, quindi, il fatto che la situazione di onere sia, ridotta all'osso, una sintesi di altre situazioni giuridiche non altrimenti scomponibili, il potere e il dovere appunto. Eppure tale figura non si risolve banalmente in esse. Non è, cioè, frutto della mera somma di una situazione di potere e di una di dovere; piuttosto ne è il prodotto, e vale ad esprimere in termini univoci l'esistenza del vincolo nel *quomodo* a cui è avvinto il potere nel processo penale e il sostrato valutativo che involge il comportamento a seconda che si adegui o meno allo schema di riferimento, in vista dell'attuazione degli interessi sottesi e teso a condizionare la produzione di effetti. Il che conferisce alla situazione di onere un valore aggiunto che lo colloca al centro della definizione della validità degli atti e della legittimità dei poteri ai primi connessi.

##### **5. *L'inosservanza delle forme e l'esercizio "viziato" delle situazioni giuridiche: la qualifica di invalidità***

---

insomma, sono sempre tra loro connessi, i primi come modalità degli atti strumentali richiesti, quali requisiti di forma, all'esercizio dei secondi».

<sup>106</sup> Ciascun atto processuale è effetto di una decisione e, dunque, rappresenta l'incarnazione di un potere processuale assegnato alla parte o all'organo giurisdizionale. A sua volta, il principio di stretta legalità ha subordinato l'esercizio di ogni singola prerogativa processuale ad atti formali, vincolati da doveri di conformità, cioè da oneri, i quali, in certa misura, sono dettati dalla previsione di autonomi requisiti di fattispecie e, per il resto, sono mutuati da quelli fissati per la validità degli atti presupposti secondo lo schema della fattispecie a formazione progressiva.

<sup>107</sup> Cfr. L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, loc. ult. cit.

A questo punto, potrebbe ritenersi che la figura giuridica dell'onere possa essere impiegata, inversamente, anche per spiegare il fenomeno dell'invalidità. Ribaltando le considerazioni svolte in precedenza, dovrebbe inferirsi che si è in presenza di un atto invalido quando il soggetto processuale titolare del potere non ha assolto all'onere di conformità al tipo legale. Si tratterebbe, però, di una conclusione troppo affrettata. Impostare lo studio dell'invalidità come accadimento fenomenico esattamente inverso alla categoria della validità costituisce operazione condivisibile solo in parte. A ben vedere, i due fenomeni non sono perfettamente speculari l'uno all'altro.

Lo scarto si evince non appena si mettano a confronto gli effetti che derivano dall'ottemperanza all'onere di conformità con quelli che discendono, all'opposto, dalla sua inottemperanza: un integrale mancato assolvimento non consentirebbe all'atto neppure di entrare nel modo del reale<sup>108</sup>, poiché nessun potere verrebbe esercitato. Qualora, cioè, l'onere di conformità non fosse neppure intrapreso, ci si muoverebbe sul terreno dell'inqualificazione giuridica, ovverosia dell'inesistenza, ben diverso da quello dell'invalidità che rappresenta, invece, una qualificazione negativa.

Di qui un concetto di invalidità che si articola quantomeno su due segmenti. Uno di tipo qualitativo, deputato a sottolineare che l'inottemperanza all'onere implica una valutazione negativa del comportamento processuale discostatosi dallo schema, in quanto indice dell'esercizio di un potere male esercitato, lesivo di situazioni altrui. L'altro, di natura quantitativa, sulla base di una questione di grado, l'atto invalido presuppone sempre un adempimento parziale all'onere di conformità e il rispetto dei requisiti minimi di forma per riconoscere la sua venuta ad esistenza<sup>109</sup>.

Chiarito tale dato, occorre chiedersi in cosa consista la valutazione negativa racchiusa nel concetto di invalidità.

Posto che il vincolo di conformità dell'atto sottende la tutela di interessi generali sovraordinati o individuali ma pur sempre di carattere fondamentale e, in ogni caso, di rilevanza costituzionale, il suo mancato rispetto si traduce in un giudizio di radicale disvalore da parte dell'ordinamento che impone di agire sul piano dell'efficacia in senso demolitorio.

---

<sup>108</sup> In proposito, G. CONSO, *Il concetto e le specie di invalidità*, cit., 63.

<sup>109</sup> Cfr. L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., 539 ss.; G. CONSO, *Il concetto e le specie di invalidità*, loc. ult. cit.

Sul piano delle conseguenze giuridiche, risalta che la considerazione sfavorevole da parte dell'ordinamento processuale circa l'atto invalido coinvolge anche e necessariamente gli effetti prodotti da un comportamento così qualificato<sup>110</sup>. Da quest'ultimo, infatti, in ragione del mancato adeguamento allo schema normativamente istituito, discendono effetti necessariamente non voluti dall'ordinamento e che si verificano, quindi, illegittimamente<sup>111</sup>. Qualora, poi, il potere sia prodromico rispetto ad un altro diritto-potere altrui, per mancato o erroneo esercizio all'interno della sequenza costitutiva pur innescata, esso si rivela *tout court* inidoneo ad assolvere il proprio scopo e, vale a dire, consentire l'esercizio della situazione altrui a cui l'atto era strumentale.

Ne deriva che «ogni vizio impedisce che l'atto corrisponda al potere che si considera e sotto questo profilo non c'è vizio che non si traduca in mancanza di potere del soggetto [...]»<sup>112</sup>.

L'esistenza dell'obbligo di conformità e del correlativo divieto di difformità alimentano, ovviamente, l'aspettativa che la parte, detentrica del potere di compiere l'atto, non si discosti dal relativo schema, mirando ad evitare *tout court* la produzione di effetti indesiderati. Tuttavia, quando l'aspettativa non viene soddisfatta e l'atto invalido viene compiuto nonostante il suo divieto, il pensiero corre ai possibili rimedi. Ci si aspetterebbe, allora, che la conseguenza di un atto invalido, reputato inidoneo alla produzione degli effetti, sia l'inefficacia *tout court* del medesimo<sup>113</sup>.

Ma così non è; o almeno: l'inefficacia non è immediatamente conseguibile, ottenendosi solo per via mediata; si è costretti a passare attraverso l'esercizio di taluni diritti processuali che, ove acclarati, possono condurre all'annullamento<sup>114</sup>. Manca,

---

<sup>110</sup> Cfr. C. IASEVOLI, *La nullità nel sistema processuale penale*, cit., 201 ss.; F. CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, cit., 29 ss.

<sup>111</sup> Cfr. G. CONSO, *Il concetto e le specie di invalidità*, cit., 39 ss.; F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., 1190; A. GALATI, *Gli atti*, in D. SIRACUSANO-A. GALATI-G. TRANCHINA-E. ZAPPALÀ, *Diritto processuale penale*, I, Milano, 2011, 305; M. PANZAVOLTA, *Nullità degli atti processuali. II) Diritto processuale penale*, in *Enc. giur.*, XXI, Roma, agg., 2005, 2 ss.; A. DE MARSICO, *Lezioni di diritto processuale penale*, Napoli, 1955, 132; G.P. VOENA, *Atti*, in G. CONSO-V. GREVI (a cura di), *Compendio di procedura penale*, Padova, 2010, 270.

<sup>112</sup> Cfr. C. GRASSETTI, *Conservazione (principio di)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, 174.

<sup>113</sup> GUARINO, *Il potere giuridico*, 36 in nota.

<sup>114</sup> V. A. CAPONE, *L'invalidità nel processo penale*, cit., 87.

<sup>114</sup> Cfr. M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, I, Milano, 1950, 381: «L'atto giuridico, anche invalido, esiste come atto: non si deve credere che esso sia un atto il quale, per essere difettoso, se ne sta da parte, inutilizzabile, in attesa di essere rimosso. Un atto non è una macchina, che, se difettosa, non funziona. Anzi in diritto amministrativo spessissimo sono proprio gli atti invalidi che si fanno funzionare di più. Ciò perché l'atto invalido può sempre dispiegare i suoi effetti giuridici (cioè può divenire egualmente efficace, come un atto valido), e infatti sovente li dispiega. Donde l'opportunità, in sede di politica legislativa, per

insomma, sul terreno processuale, un nesso di implicazione necessaria tra invalidità dell'atto e sua inefficacia<sup>115</sup>.

Vale la pena domandarsi perché l'atto invalido produca in ogni caso i suoi effetti, benchè colpito da un giudizio negativo che ne limita le potenzialità e tenuto conto dei valori in gioco. L'immane efficacia di un atto imperfetto viene spiegata dalla dottrina come un omaggio al principio di conservazione<sup>116</sup>, imposto dal temperamento tra la tutela della legalità ed istanze economiche e di certezza giuridica<sup>117</sup>. Cionondimeno, l'impossibilità di riconnettere all'atto invalido la medesima rilevanza che la legge riconosce all'atto valido, conduce a rendere instabili gli effetti interinalmente prodotti, giacché essi nascono unitamente alla *chance* di rimozione e, dunque, sono indefettibilmente precari<sup>118</sup>.

In realtà, la ragione è più articolata. L'ineludibile verifica di effetti si spiega e, anzi, si impone per ragioni di tipo ontologico, nel senso che non esiste *in rerum natura* una tecnica in grado di impedire la nascita di conseguenze e la modifica del reale una volta compiuto l'atto che ne è causa, allorché esso sia dotato dei requisiti minimi per la sua esistenza. Tali osservazioni valgono non solo per le "specie" che ricalcano lo schema dell'annullabilità – tra cui la nullità processuale<sup>119</sup> –, ma persino per la nullità intesa in

---

poter avere più strumenti onde rimuovere o superare nelle maniere più acconce, gli effetti prodotti o producibili dell'atto, effetti, che per la loro varietà possono essere molto differenti».

<sup>115</sup> Nella dottrina processual-penalistica, simile assunto trova consenso unanime. *Ex multis*, G. CONSO, *Il concetto e le specie di invalidità*, cit., 39 ss.; F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., 1190; A. GALATI, *Gli atti*, loc. ult. cit.; M. PANZAVOLTA, *Nullità degli atti processuali*, cit. 4 ss.; A. DE MARSICO, *Lezioni di diritto processuale penale*, cit., 132; G.P. VOENA, *Atti*, cit., 273.

<sup>116</sup> Cfr. C. GRASSETTI, *Conservazione (principio di)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, 174.

<sup>117</sup> Cfr. E. CIABATTI, *Art. 183*, in M. CHIAVARIO (a cura di) *Commento al nuovo codice di procedura penale*, II, Torino, 1990, 351; A.A. DALIA- R. NORMANDO, *Nullità degli atti processuali. II) Diritto processuale penale*, *Enc. giur.*, XXI, Roma, 1990, 12-13; N. GALANTINI, *Vizi degli atti processuali penali*, cit., 358; A. GALATI, *Gli atti*, in D. SIRACUSANO-A. GALATI- G. TRANCHINA- E. ZAPPALÀ, *Diritto processuale penale*, cit., 288; C. PEYRON, *Invalidità*, cit., 612; T. RAFARACI, *Nullità (Diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, agg. II, Milano, 1998, 597; A. CAPONE, *L'invalidità nel processo penale*, 87 ss.

<sup>118</sup> Emblematico, G. CONSO, *Il concetto e le specie di invalidità*, cit., 32 ss. Nello stesso senso cfr. O. CAMPO, *Inammissibilità e improcedibilità*, cit. 1; A.A. DALIA- R. NORMANDO, *Nullità*, 1-2; G. DI CHIARA, *Le nullità*, in *Atti del procedimento penale. Forma e struttura*, in M. CHIAVARIO-E. MARZADURI (diretto da), *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale*, Torino, 1996, 192; C. PEYRON, *Invalidità*, cit. 613; T. RAFARACI, *op. cit.*, 598. *Contra* F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., 1191, secon dcui, in mancanza di sanatoria e prima che venga pronunciata la sentenza, l'atto imperfetto è inefficace.

<sup>119</sup> Così, R. MANCINELLI, *Nullità degli atti processuali penali*, in *Novissimo Digesto italiano*, XI, Milano, 1962, 487; C. PEYRON, *L'invalidità*, cit., 613; F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., 1193; A.A. DALIA – R. NORMANDO, *Nullità*, cit., 2; G.P. VOENA, *Gli atti*, cit., 276; P. MOSCARINI, *Esigenze antiformalistiche e conseguimento dello scopo nel processo penale italiano*, cit., 40. *Contra* A. CAPONE, *L'invalidità nel processo penale*, cit., 103 ss.; C. FURNO, *Nullità e rinnovazione degli atti processuali*, in *Studi in onore di Enrico Redenti*, I, Milano, 413-414.

senso civilistico<sup>120</sup>, che collocata a metà strada tra la qualificazione negativa e l'inqualificazione del negozio<sup>121</sup>, è strutturata in maniera tale da determinare una originaria irrilevanza giuridica degli effetti<sup>122</sup>.

Semmai, le differenze relative al meccanismo di funzionamento con cui si addiène all'inefficacia dipendono dall'ontologica differenza delle situazioni giuridiche che nascono nell'uno o nell'altro caso: in ipotesi di nullità (intesa in senso civilistico), si costituisce direttamente un'aspettativa di rilevazione – poiché l'effetto negativo è ricollegato direttamente all'atto difforme – circa l'irrilevanza giuridica e alla quale corrisponde un dovere di accertamento in capo al giudice; per questo motivo, la sentenza terminativa ha natura dichiarativa<sup>123</sup>. In ipotesi di annullabilità, lo schema con cui si addiène all'annullamento è più complesso, poiché è contemplato da una norma strumentale che non collega in maniera diretta causa ed effetto, ma costringe a passare per mezzo della costituzione di una aspettativa di rimozione, accompagnata dal relativo

---

<sup>120</sup> In dottrina, favorevole alla tesi della nullità come inqualificazione del negozio cfr. F. GAZZONI, *op. cit.*, 995 ss.; B. DE GIOVANNI, *La nullità nella logica del diritto*, Napoli, 1964, 44; M. FRANZONI, *Della nullità del contratto*, in A. SCIALOJA – G. BRANCA (a cura di), *Comm. cod. civ.*, Bologna-Roma, 1998, 182 ss. *Contra* C. BIANCA, *Manuale di diritto civile*, vol. III, *Il contratto*, Milano, 2015, 613; R. TOMMASINI, *Nullità (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 873; ID., *La patologia dei contratti*, in AA. VV., *Lezioni di diritto civile*, Napoli, 1990, 185. Le differenze intercorrenti tra la nullità e l'altra patologia del negozio giuridico, l'annullabilità, anziché essere ricercate nel fatto che solo nel secondo caso si produrrebbero effetti precari, ma in virtù della diversità di regime, in relazione al fatto che in questo secondo caso vi è la possibilità di ratifica, un più ristretto ambito dei soggetti legittimati, un termine prescrizione, nonché la limitazione degli effetti temporali della rimozione che non retroagisce. Sul punto, v. R. TOMMASINI, *Annulabilità e annullamento (dir. priv.)*, in *Enc. giur.*, I, Roma, 1988, 11.

<sup>121</sup> Sul punto, *funditus*, Cass., Sez. Un. civ., 12 dicembre 2014, n. 26242, con nota di M. BOVE, *Rilievo d'ufficio della questione di nullità e oggetto del processo nelle impugnative negoziali*, in *Giur.it.*, 2015, 1387; A. GUISSANI, *Appunti dalla lezione sul giudicato delle Sezioni Unite*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 1560; N. RIZZO, *Il rilievo d'ufficio della nullità preso sul serio*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2015, 299; M. ADORNO, *Sulla rilevanza d'ufficio della nullità contrattuale: il nuovo intervento delle sezioni unite*, in *Foro it.*, 2015, 862; A. PALMIERI-R. PARDOLESI, *Nullità negoziale e rilevazione officiosa a tutto campo (o quasi)*, *ivi*, 916 ss.; F. DI CIOMMO, *La rilevanza d'ufficio ex art. 1421 c.c. secondo le sezioni unite: la nullità presa (quasi) sul serio*, *ivi*, 922 ss.; S. PAGLIANTINI, *Nullità di protezione e facoltà di non avvalersi della dichiarabilità: "quid iuris"?*, *ivi*, 928 ss.; S. MENCHINI, *Le Sezioni Unite fanno chiarezza sull'oggetto dei giudizi di impugnativa negoziale: esso è rappresentato dal rapporto giuridico scaturito dal contratto*, *ivi*, 931 ss.; A. PROTO PISANI, *Rilevanza d'ufficio della nullità contrattuale: una decisione storica delle Sezioni Unite*, *ivi*, 944; R. FORNASARI, *Il rilievo officioso della nullità: un presidio a tutela dell'interesse generale dell'ordinamento*, in *Danno e responsabilità*, 2015, 592; P. LAGHEZZA, *Declaratoria officiosa della nullità del contratto e Sezioni Unite 2.0: il giudicato implicito*, in *Giusto proc. civ.*, 2015, 137 ss.

<sup>122</sup> Poiché «non è neanche vero, come dice Lucrezio, *ex nihilo nihil fit* in quanto l'atto nullo produce determinati effetti pratici (determina non effetti giuridici ma fatti, che a loro volta determinano effetti giuridici, secondo la connessione fatto-effetto), costituenti meri fatti materiali, ma che a loro volta possono produrre effetti giuridici». Cfr. T.A.R. Puglia Bari, Sez. III, 26 ottobre 2005, n. 4581 in *Foro amm. TAR* 2005, N. 10, 3280.

<sup>123</sup> V. F. GAZZONI, *op. loc. ult. cit.*; B. DE GIOVANNI, *op. loc. ult. cit.*; M. FRANZONI, *op. loc. ult. cit.*

potere d'invalidazione, il cui esercizio soltanto produce l'effetto negativo; ed è per questa ragione che la sentenza conclusiva ha una portata costitutiva<sup>124</sup>.

Utilizzando le categorie tradizionali, si direbbe che è la portata dei presidi successivi, quanto a possibilità di sanatoria, platea dei legittimati a far valere il vizio, regime decadenziale, estensione temporale della rimozione degli effetti e tipo di accertamento giudiziale che impongono una differenza nel regime e nel trattamento del vizio<sup>125</sup>.

Ad ogni modo, esclusa la via dell'automatica inefficacia come conseguenza possibile dell'invalidità, ciò che, invece, l'ordinamento ricollega al fenomeno è il disconoscimento della legittimità degli effetti. Così come l'atto invalido viene sottoposto ad una qualificazione negativa di divieto, allo stesso modo vengono considerati i suoi effetti, vale a dire, altrettanto vietati. Dunque, il tratto caratterizzante dell'invalidità risiede in ciò: tale fenomeno comporta, quale sua indefettibile conseguenza, o la lesione di situazioni giuridiche, in caso di poteri strumentali a diritti altrui, ovvero l'illegittima creazione, modificazione o estinzione di situazioni giuridiche, qualora il potere impatti in modo definitivo sulla posizione altrui. In siffatta compromissione si identifica e si riduce il vizio connesso all'atto invalido<sup>126</sup>.

Peraltro, è in ragione di questo legame tra causa ed effetto, ossia tra atto invalido e situazione illegittima, che il vizio è suscettibile di propagazione agli atti successivi nella sequenza<sup>127</sup>. Quest'ultima diviene una catena "degenerata", in cui si alternano progressivamente: il compimento di un atto invalido; la produzione di situazioni illegittime; il loro successivo esercizio; che si traduce in un ulteriore atto invalido, fattore di nuove situazioni illegittime e così via.

---

<sup>124</sup> Cfr. A. FEDELE, *La invalidità del negozio giuridico di diritto privato*, Torino, 1943, 279 ss.; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in F. VASSALLI (diretto da) *Trattato di diritto civile italiano*, XV, 2, Torino, 1950, 464; F. MESSINEO, *Annulabilità e annullamento*, a) *Diritto privato*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, 659; G. MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, cit., 170; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali di diritto civile*, Napoli, 1957, 232 ss. M. PROSPERETTI, *Contributo alla teoria dell'annulabilità*, Milano, 1972, 127 ss.

<sup>125</sup> V. G. CONSO, *Il concetto e le specie di invalidità*, cit., 69.

<sup>126</sup> L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., *passim*.

<sup>127</sup> Sull'invalidità derivata cfr. E. BASSO, *Art. 185 c.p.p.*, in M. CHIAVARIO (a cura di), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, II, Torino, 1990, 369; O. DOMINIONI, *Titolo VII – Nullità*, in E. AMODIO, - O. DOMINIONI (a cura di), *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, Milano, 1989, 381 ss.; C. IASEVOLI, *La nullità nel sistema processuale penale*, cit., 270 ss.; S. LORUSSO, *185 – Effetti della dichiarazione di nullità*, in A. GAITO (a cura di), *Codice di procedura penale ipertestuale*, I, Torino-Milano, 2006, 785 ss.; T. RAFARACI, *op. cit.*, 622; G.P. VOENA, *Gli atti*, cit., 290; <sup>127</sup> Cfr. G. MARABOTTO, *Nullità nel processo penale*, in *Dig. pen.*, vol. VIII, Torino, 1994, 277 ss.

Questa relazione biunivoca che intercorre tra invalidità dell'atto e illegittimità delle situazioni non subisce deroghe e ricorre a prescindere dall'esistenza di rimedi successivi che, essendo rivolti alla rimozione di tali vizi, ove previsti, rafforzano la portata cogente del dovere di conformità. Nel settore processuale, il legislatore ha inteso rimarcare simile qualificazione negativa che involge tanto l'atto, quanto i relativi effetti, sottolineando l'imperatività connessa all'*obbligo di osservanza delle norme processuali* di cui all'art. 124 c.p.p.<sup>128</sup>, operante anche quando la sua violazione «non importa nullità o altra sanzione processuale». Se ne può inferire che le qualifiche di invalidità e di illegittimità ineriscono rispettivamente agli atti e agli effetti, a prescindere da vicende demolitorie posteriori, la cui mancata previsione non è d'ostacolo a simili valutazioni giuridiche, lasciando aperto il problema relativo alle conseguenze giuridiche di stampo rimediale, che il legislatore può eventualmente predisporre<sup>129</sup>.

#### 6. *La nullità a presidio delle situazioni giuridiche compromesse a tutela della loro effettività*

Già si intuisce dall'art. 124 c.p.p. che la nullità rappresenta un presidio successivo e, per giunta, eventuale, che opera solo a seguito dell'inosservanza delle norme codicistiche nell'espletamento del potere di compiere un atto processuale.

Il dato trova conferma nell'art. 177 c.p.p., da cui si ricava un elemento significativo sulla natura della nullità e sulla relazione esistente tra invalidità e nullità. Il rapporto, così come viene descritto nella disposizione in esame, non è di genere a specie. La nullità non viene, cioè, sancita come sottocategoria dell'invalidità, bensì alla stregua di una sua possibile conseguenza giuridica. Vale a dire, come effetto che la legge ricollega al compimento di un atto invalido<sup>130</sup>.

In entrambe le disposizioni richiamate, invero, si fa uso di predicati verbali che definiscono la relazione in termini di causalità. Se l'art. 124 c.p.p. è più "timido", perché

---

<sup>128</sup> A mente del quale «i magistrati, i cancellieri e gli altri ausiliari del giudice, gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria sono tenuti a osservare le norme di questo codice anche quando l'inosservanza non importa nullità o altra sanzione processuale».

<sup>129</sup> A. CAPONE, *L'invalidità nel processo penale*, cit. 59-60: «proprio perché il tratto distintivo dell'enorme che conferiscono poteri, o delle norme costitutive, starebbe nel condizionamento tra un certo schema e l'istituzione di certi effetti, l'invalidità non potrebbe essere concepita come "conseguenza" di una violazione che il legislatore potrebbe decidere di stabilire o di non stabilire»

<sup>130</sup> In termini generali, per tale ricostruzione, cfr. L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, 552, 676.



definisce il rapporto nel momento in cui esso non è normativamente istituito, occupandosi dell'ipotesi in cui «l'inosservanza non importa» – ovverosia non cagiona – «nullità»; l'art. 177 c.p.p. non poteva essere più esplicito nel prevedere che «l'inosservanza delle disposizioni stabilite per gli atti del procedimento è *causa* di nullità soltanto nei casi previsti dalla legge».

Ancor prima di proclamare, nell'ultima parte della disposizione, il principio di tassatività quale perno attorno al quale ruota l'intera disciplina delle nullità, l'art. 177 c.p.p. istituisce un nesso causale tra l'invalidità, definita come «inosservanza delle disposizioni stabilite per gli atti del procedimento», ed il suo effetto tipico – la nullità appunto – che viene generata dal medesimo atto che, contestualmente, è causa degli effetti illegittimi.

In breve, si tratta «di un fenomeno che si produce *ab extra*, per l'intervento successivo di un fattore estraneo alla struttura dell'atto annullabile; [...] si ha a che fare con l'esercizio di un potere di invalidazione la cui fattispecie costitutiva è data dall'atto produttivo di effetti, più quella certa situazione che è prevista come motivo di annullamento»<sup>131</sup>.

Se si delinea il rapporto tra l'atto invalido e la nullità in termini di causa ed effetto, si è costretti, a rigor di logica, a negare l'impostazione tradizionale che classifica la nullità come tipologia d'invalidità. Non fosse altro che causa ed effetto non possono riassumersi in un medesimo concetto, ma appaiono, per definizione, logicamente e cronologicamente distinti. Più precisamente, la sequenza si dipana in una linea diacronica “a tre tempi”: l'invalidità, come parziale inottemperanza ad un'onere di conformità, determina, quale suo effetto, la nullità, ove contemplata, che, a sua volta, qualora ne venga attivata la dinamica, può condurre all'inefficacia, con demolizione degli effetti interinali.

La mutata prospettiva in cui ci si sta muovendo impone di spiegare diversamente l'instabilità degli effetti prodotti dall'atto invalido su cui si innesta la nullità. La precarietà degli effetti non rappresenta un attributo intrinseco, dovuto alla minor rilevanza della fattispecie imperfetta rispetto a quella validamente formata<sup>132</sup>. Piuttosto, si risolve nell'eventualità che la legge riconnetta all'atto invalido una situazione di potere

---

<sup>131</sup> Cfr. F. CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, cit., 47.

<sup>132</sup> In proposito, G. CONSO, *Il concetto e le specie d'invalidità*, cit., 73.

«ipotizzata come fattispecie ad efficacia eliminativa della vicenda a cui ha dato luogo l'atto»<sup>133</sup> non conforme.

La ragione che ne giustifica la nascita risiede nel legame tra la nullità e le situazioni giuridiche che la precedono nella sequenza procedimentale, lese dal compimento dell'atto invalido. Quest'ultimo, venendo meno a quei requisiti formali che ne indirizzano la funzione rispetto alle prerogative altrui, implica non solo l'inottemperanza (parziale) all'onere di conformità, ma anche la violazione di quella situazione giuridica a cui il potere di compiere l'atto risulta connesso<sup>134</sup>. La violazione della situazione primaria è, infatti, uno degli immancabili effetti cagionati dall'atto invalido: l'invalidità dell'atto implica, cioè, l'inattuazione del diritto-potere correlato e la mancata realizzazione delle aspettative connesse.

Per reazione, l'ordinamento ricollega all'atto non conforme un ulteriore conseguenza *iuris*, conferendo al titolare dell'interesse leso la possibilità, in casi tassativi, di porre rimedio al suo compimento. A quest'ultimo viene, così, assegnata una aspettativa di rimozione assistita da un nuovo potere, proiezione della situazione vulnerata, che gli consente di chiedere ed ottenere la riparazione della violazione tramite la rimozione della sua causa, l'atto invalido, o meglio l'eliminazione delle modificazioni giuridiche da esso illegittimamente prodotte.

Essendo il meccanismo costruito sull'implicita e immanente relazione tra il difetto di conformità dell'atto e la lesione della situazione giuridica primaria, ne deriva una sorta di "automatismo" in fase di accertamento, che impone di addivenire all'annullamento sul solo presupposto della verifica circa la mancata corrispondenza all'archetipo legale. Ma, la semplificazione che caratterizza l'accertamento della nullità processuale non è priva di una valida giustificazione. Grazie al principio di stretta legalità, nei due corollari della tipicità e vincolatività dell'atto processuale-penale, le situazioni giuridiche soggettive tendono a confluire nella disciplina formale, nel senso che esse vengono tradotte in categorie, istituti e strutture del modello del giusto processo legale, per cui solo in caso di conformità si può presumere che tali posizioni giuridiche siano state congruamente

---

<sup>133</sup> V. F. CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, loc. ult. cit.

<sup>134</sup> Rileva la «proiezione finalistica alla tutela delle situazioni soggettive protette», C. IASEVOLI, *La nullità nel sistema processuale penale*, cit., 107.

rispettate<sup>135</sup>. *A contrario*, è implicito nel sistema che la deviazione dall'archetipo sia ritenuta sintomatica della lesione della situazione soggettiva.

Scendendo in un grado di maggior dettaglio, quindi, si vede chiaramente che la nullità trova la sua giustificazione proprio in quella lesione che la difformità dallo schema astratto sottende. È ciò che conduce a valutare in maniera negativa il comportamento che integra l'atto invalido e che conduce a disconoscere la modifica giuridica che con esso si produce.

La nullità, insomma, risolve un problema fondamentale: quello relativo al come riparare, all'interno del processo, l'insoddisfazione di una determinata prerogativa/aspettativa processuale, vulnerata dal compimento di un atto invalido<sup>136</sup>.

La predisposizione della nullità assolve, in altri termini, una funzione di garanzia, visto che garantire un diritto significa, anzitutto, individuare i rimedi in caso di infrazione, stabilendo la possibilità di rivendicarne l'attuazione coattiva a fronte del pregiudizio subito<sup>137</sup>. L'espedito funge, dunque, da tecnica endoprocessuale per la salvaguardia delle situazioni giuridiche che vengono in gioco nel processo penale.

Questo legame risulta poco evidente quando la nullità è prevista in via speciale, poiché l'automatismo a cui si è fatto cenno consente di limitare il giudizio alla mera ricognizione della differenza tra l'atto tipizzato in astratto e quello concretamente realizzato<sup>138</sup>. Ma questa semplificazione non nega il nesso tra la situazione soggettiva primaria e la nullità; al contrario, lo presuppone.

Il rapporto tra la nullità e le situazioni soggettive rimaste irrealizzate è, invece, più immediato allorché muti la tecnica di predisposizione del rimedio. Nel momento in cui la previsione avviene in termini generali, il legislatore, non potendo tipizzare in maniera specifica il *vulnus*, è costretto ad aggangiare direttamente la nullità alla situazione giuridica che con essa si intende presidiare, innescando il potere di invalidazione per tutti gli atti che risultino lesivi delle situazioni prese in considerazione<sup>139</sup>. Qui, la fattispecie viziata è costruita in modo causalmente orientato e la lesione assume, pertanto, un valore costitutivo del tipo di atto invalido. L'art. 178 c.p.p., in altre parole, dà risalto direttamente al pregiudizio che l'atto invalido arreca alle situazioni giuridiche che, nel *climax*

---

<sup>135</sup> In proposito *infra* cap. IV.

<sup>136</sup> Cfr. R. ORIANI, voce *Nullità degli atti processuali (dir. proc. civ)*, in *Enc. giur.*, XXI, Roma, 1990, 3.

<sup>137</sup> V. L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., 675.

<sup>138</sup> *Infra* cap. IV, par. 6.

<sup>139</sup> *Infra* cap. IV, par. 6.

contenuto nelle tre lettere della disposizione, vengono declinate. Non conta il tipo di difformità o il grado di allontanamento dalla fattispecie astratta; non importa l'assenza di un requisito o di una condizione; ciò che veramente pesa nel giudizio relativo all'accertamento delle nullità di ordine generale è soltanto la portata lesiva dell'atto realizzato, in quanto non osservante delle disposizioni concernenti determinate prerogative processuali relative ai poteri di giudice, pubblico ministero e parti private.

Ovviamente, una simile strategia legislativa impone di riservare la previsione generale della nullità solo a talune situazioni considerate vitali in un'ottica di giustizia processuale. Vengono, così, selezionate le violazioni che generano sempre la nullità all'interno delle tre situazioni fondanti di matrice costituzionale su cui viene costruito il processo penale.

La prima, nell'ordine seguito dall'art. 178 c.p.p., attiene allo *status* di giudice, preservando la funzione giurisdizionale nel suo presupposto e, vale a dire con riferimento «[al]le condizioni di capacità [...] e [a]l numero necessario per costituire i collegi». La seconda riguarda l'esercizio del potere di azione, nonché il diritto del pubblico ministero a partecipare al procedimento. La terza concerne i «vizi degli atti strumentali all'esercizio»<sup>140</sup> del diritto di difesa, con lo scopo di rafforzarne il nucleo centrale. Nel dettaglio, la nullità salvaguarda «l'intervento, l'assistenza e la rappresentanza dell'imputato e delle altre parti private», nonché il diritto di partecipazione della persona offesa e del querelante.

La funzione di tutela ricoperta dalla nullità segue due linee direttrici. Da un lato, fornisce una tutela sussidiaria alla situazione vulnerata, imponendo il ripristino dello *status quo ante* nel momento in cui la situazione è inattuata; dall'altro lato, funziona da deterrente, poiché attraverso la minaccia della vanificazione degli effetti dell'atto invalido finisce per rafforzare il grado di coerenza del dovere di conformità e, quindi, in ultima analisi, l'effettività della prerogativa o dell'aspettativa processuale a cui viene orientato il potere di compiere l'atto<sup>141</sup>.

Trattasi, nondimeno, di una garanzia imperfetta.

Un primo aspetto problematico è dovuto al fatto che, nonostante la vocazione deterrente, la nullità può agire solo *ex post*, a violazione già consumata, presupponendo

---

<sup>140</sup> Così, C. IASEVOLI, *La nullità nel sistema processuale penale*, cit., 509 ss.

<sup>141</sup> L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, loc. ult. cit.

la sicura violazione della situazione giuridica. Vale a dire che quando si innesca il meccanismo della nullità il soggetto che ha compiuto l'atto ha mostrato una certa indifferenza rispetto all'onere di conformarsi al paradigma legale, nonché verso quella situazione giuridica soggettiva compenetrata nella disciplina dell'atto processuale. La nullità scaturisce sempre dall'ineffettività della situazione quale effetto naturale dei comportamenti processuali assunti dalle parti o dal giudice. In ciò risiede il carattere sussidiario<sup>142</sup> della garanzia, la quale può intervenire soltanto quando viene disattesa l'imperatività dell'onere che presidia l'effettività della situazione.

Ancora, essendo legata ad un vincolo di tassatività, la nullità necessita di una previsione normativa, sicché non sempre la violazione del diritto processuale viene assistita da un congruo rimedio. Non è detto, peraltro, che una simile mancanza sia frutto di una scelta legislativa realmente consapevole; talvolta la lacuna risale ad una inaccurata politica processuale, con effetti irreparabili sul piano interpretativo.

Vi sono, poi, alcuni difetti strutturali. La nullità, benchè logicamente implicata dall'atto invalido e pur essendo prevista come sua conseguenza, non opera automaticamente; il potere di invalidazione deve essere sempre esercitato da parte del soggetto a cui viene conferita la titolarità, da attuarsi sulla base dei previsti presupposti e secondo canoni procedimentali ben definiti e formalmente vincolanti<sup>143</sup>, con un significativo temperamento rappresentato dalle nullità rilevabili d'ufficio, onde il giudice è diretto titolare del potere di rilevazione e non solo organo di accertamento.

Inoltre, la nullità è, in certa misura, disponibile alle parti che possono abdicare all'esercizio del diritto di rimozione, pervenendo alla sanatoria dell'atto<sup>144</sup>.

Da ultimo, l'attuazione della nullità passa sempre attraverso una pronuncia che presuppone l'accertamento dei suoi presupposti alla luce dell'interpretazione delle norme che la disciplinano<sup>145</sup>, con ciò esponendosi ai consueti margini di incertezza che comporta l'attività cognitiva<sup>146</sup>.

---

<sup>142</sup> L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, loc. ult. cit.

<sup>143</sup> Ciò si spiega in quanto, ricalcando anch'essa la figura del potere, ricade in vincoli formali che ne disciplinano l'esercizio.

<sup>144</sup> *Infra* cap. IV, par.1.

<sup>145</sup> In termini generali, cfr. L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., 678.

<sup>146</sup> Basti ricordare, a titolo esemplificativo, il fallito tentativo di assegnare un valore nominale univoco al concetto di «capacità del giudice», rilevante ai sensi dell'art. 178, lett. a) e 179, comma 1, c.p.p., in grado di dare concretezza alla nozione, al di là dell'astratto riferimento ai requisiti che legittimano l'espletamento della funzione giurisdizionale. In dottrina cfr. C. IASEVOLI, *La nullità nel sistema processuale penale*, cit., 291 ss.; A. GAITO, *La neutralità del giudice tra cadute di legalità e ipotesi di tentata giustizia*, in G.

Come se non bastasse, l'assunto indiscutibile secondo cui al difetto di conformità corrisponde sempre un pregiudizio vale solo in linea teorica. La crisi di legalità che, oggi, vive il processo penale, ha condotto a privilegiare un approccio antiformalistico che, se per certi aspetti, valorizza il legame tra nullità e situazioni giuridiche oggetto di tutela, per altri versi, rischia di "mandare in pezzi" il meccanismo di funzionamento della nullità, imponendo all'odierno giurista di stabilire fino a che punto la "tenuta" del rimedio sia effettiva e in che misura lo siano quelle situazioni giuridiche che con la nullità si vorrebbero preservare<sup>147</sup>.

A fronte di simili imperfezioni, si è costretti a riconoscere che la previsione di nullità fornisce una garanzia certa solo della possibile rimozione delle conseguenze dell'atto invalido e non della sicura vanificazione. Con il che l'ordinamento processuale si arrende all'esistenza di un certo grado di ineffettività dei diritti e delle prerogative processuali. Nondimeno, il tasso di ineffettività delle situazioni giuridiche in seno al processo può ancora trovare dei correttivi, nel tentativo di individuare una nuova dimensione della legalità che sia in grado di reggere il passo alle nuove e multiformi esigenze che, oggi, il processo penale si trova a dover fronteggiare. Prima di tutto, occorre, però, interrogarsi sulla natura e sulla struttura della nullità intesa come situazione giuridica soggettiva.

---

CERQUETTI – C. FIORIO (a cura di), *Sanzioni e protagonisti del processo penale*, Padova, 2004, 109 ss.; G. CONSO, *Capacità processuale penale*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, 137. In ambito giurisprudenziale si rinviene l'orientamento consolidato a limitare il rimedio della nullità assoluta al solo vizio di difetto di capacità generica. *Ex multis* Cass., Sez. VI, 15 gennaio 1992, Unzaicco, in *Cass. pen.*, 1993, 2056 ed in *Riv. pen.*, 1993, 125; Cass., Sez. VI, 23 maggio 2001, n. 27862, in *Cass. pen.*, 2003, 3092; Cass., Sez. II, 21 febbraio 2008, n. 23299, *ivi* 241104; Cass., Sez. Un., 24 novembre 1999, in *Giust. pen.*, 2000, II, 398.

Ad onor del vero, va detto che la questione non risente solamente dei restrittivi apporti ermeneutici che relegano il difetto al vizio di capacità generica del giudice; si alimenta, altresì, del fumoso rinvio alle norme sull'ordinamento giudiziario operato all'art. 33, comma 1, c.p.p. ed alle esclusioni contenute nei commi successivi. In proposito, nella *Relazione al Progetto preliminare del codice di procedura penale*, in *Spec. doc. giust.*, Milano, 1988, II, 116 si legge: «Con tale esclusione ci si è uniformati ai rilievi espressi dalla Commissione per l'adeguamento dell'ordinamento giudiziario al nuovo processo penale e al processo minorile, per la quale una previsione di nullità (non importa di quale specie) per la violazione delle norme riguardanti le disposizioni da ultimo accennate si sarebbe negativamente riflettuta su delicate questioni di ordinamento giudiziario. Fra l'altro, considerata l'attuale situazione normativa sarebbe stato necessario disciplinare l'assegnazione dei magistrati agli uffici, alle loro interne articolazioni e ai collegi, nonché definire i criteri per l'assegnazione dei processi alle sezioni, ai collegi e ai giudici, in modo da consentire appunto il giudizio sulla violazione delle relative norme da parte del giudice delle nullità. Senza parlare, poi, delle interrelazioni che si potrebbero determinare tra procedure amministrative, eventuale contenzioso e questioni di nullità del processo penale».

<sup>147</sup> *Infra* cap. IV.

## Capitolo II

### ASPETTATIVA DI RIMOZIONE E POTERE D'INVALIDAZIONE

**Sommario:** **1.** *Il meccanismo di accertamento dell'aspettativa di rimozione nella dialettica tra rilevazione e declaratoria.* – **2.** *Nullità assoluta e diritti indisponibili.* – **3.** *Le situazioni giuridiche fondamentali che impongono la negazione di efficacia.* – **4.** *L'articolazione dell'onere di deduzione nelle nullità disponibili in tutto o in parte.* – **5.** *Autonomia e responsabilità delle strategie processuali nella gestione delle nullità.*

**1.** *Il meccanismo di accertamento dell'aspettativa di rimozione nella dialettica tra rilevazione e declaratoria*

Se è corretto affermare l'esistenza di un immanente nesso di implicazione tra il compimento di un atto invalido e la compromissione di una prerogativa processuale risulta del tutto naturale immaginare che il titolare della situazione giuridica vulnerata si aspetti che la lesione possa essere riparata tramite la rimozione del pregiudizio subito.

Una simile aspettativa acquista consistenza giuridica, in ossequio al principio di tassatività, proprio allorché la legge ne stabilisca la rilevanza, prescrivendo come ulteriore e specifica conseguenza dell'inosservanza all'onere di conformità, rispetto alla produzione del vizio, la nullità<sup>148</sup>.

In quest'ottica, il principio di tassatività in materia sta ad indicare, anzitutto, il carattere positivo della situazione soggettiva in cui la nullità si identifica. Quando si afferma, in forza dell'art. 124 c.p.p., che l'atto processuale-penale affetto da una disfunzione è vietato a prescindere dalla comminatoria di nullità, la quale è subordinata ad una puntuale previsione legislativa<sup>149</sup> (art. 177 c.p.p.), si vuole esprimere proprio questo concetto: che l'aspettativa di rimozione assume rilevanza giuridica solo se riconosciuta dalla legge processuale penale.

---

<sup>148</sup> Cfr. L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., 553.

<sup>149</sup> Sul punto si veda G. UBERTIS, *Art. 124 c.p.p.*, in E. AMODIO – O. DOMINIONI (diretto da), *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, Milano, 1989, 71; C. IASEVOLI, *La nullità nel sistema processuale penale*, cit., 212.

Ne deriva, a corollario di tale impostazione, che la tutela dell'aspettativa risulta agganciata a specifici presupposti individuati dalla legge, al ricorrere dei quali soltanto se ne può pretendere la tutela innanzi all'organo giurisdizionale. Così facendo, il legislatore seleziona tra le imperfezioni degli atti e i correlativi pregiudizi alle prerogative processuali quelli che meritano, secondo i canoni del «giusto processo regolato dalla legge»<sup>150</sup>, di essere garantiti con la statuizione di nullità<sup>151</sup>.

La previsione legale di nullità consente, così, di valorizzare l'interesse della parte che ha subito un pregiudizio a che sia accertato e rimosso il vizio, elevando un'aspettativa di fatto ad aspettativa legittima meritevole di tutela, imputata al soggetto titolare della prerogativa infranta.

Si tratta, nello specifico, di una situazione giuridica passiva dalla spiccata vocazione processuale<sup>152</sup>, la cui considerazione di meritevolezza si spinge a tal punto da richiedere l'ideazione di un meccanismo incidentale con funzione riparatoria; diretto, quindi, a soddisfare, ancorchè in seconda battuta, quella situazione primaria che è rimasta disattesa e a cui la nullità è indissolubilmente connessa.

In definitiva, la nullità esprime la virtuale possibilità di demolizione dell'efficacia<sup>153</sup> di un atto vietato – in quanto lesivo di prerogative altrui e per questo considerato invalido – deputata a qualificare la nascita di questa posizione soggettiva in capo al soggetto interessato.

Il punto merita di essere approfondito. L'aspettativa di rimozione non equivale a caducazione certa del vizio processuale ma offre solo l'esistenza di una *chance* di neutralizzazione che l'interessato può far valere esercitando il potere – che assiste l'aspettativa – di chiederne l'invalidazione. Essa viene soddisfatta solo quando interviene una pronuncia dell'organo giurisdizionale che riconosca la fondatezza della pretesa processuale e, per conseguenza, rimuova gli effetti interinalmente prodotti dall'atto invalido<sup>154</sup>.

---

<sup>150</sup> Art. 111 Cost.

<sup>151</sup> «Non deve essere comminata nullità veruna, se da la irregolarità de l'atto non risulti un effettivo pregiudizio ai fini del processo. La valutazione di tale pregiudizio deve essere effettuata esclusivamente, in maniera preventiva dal legislatore, e non mai rimessa al giudice». Così, R. PANNAIN, *Le sanzioni processuali penali*, cit., 296.

<sup>152</sup> Sulla natura eminentemente processuale della nullità v. R. PANNAIN, *Le sanzioni processuali penali*, cit., 169 ss.

<sup>153</sup> Cfr. R. PANNAIN, *Le sanzioni processuali penali*, cit., 170, il quale definisce la nullità «nel linguaggio empirico [come] sanzione d'inefficacia».

<sup>154</sup> Sul punto v. L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., 551 ss.



La situazione esprime, cioè, un contenuto che si apprezza solamente in termini di potenzialità. Vale a dire, quando le norme processuali predispongono una nullità, gli effetti prodotti dall'atto vietato sono sempre potenzialmente destinati ad essere azzerati; ma non è detto che lo siano realmente, poiché l'intervento riparatore è meramente eventuale e, in ogni caso, subordinato ad un accertamento incidentale volto a verificarne i presupposti, il cui impulso è legato all'esercizio di un potere, conferito a taluni soggetti processuali secondo una precisa disciplina.

Com'è agevole intuire, è da questa possibilità di caducazione che origina la natura precaria unanimemente riconosciuta agli effetti interinali prodotti dall'atto invalido<sup>155</sup>.

Chiarito tale aspetto, occorre approfondire il funzionamento del congegno processuale che conduce alla vanificazione dell'atto invalido e dei suoi effetti. Esso non è estraneo alla concatenazione di atti e situazioni che si alternano nella sequenza procedimentale; all'opposto si inserisce in tale *iter*. Perché vengano meno gli effetti dell'atto invalido, infatti, è necessario il compimento di un altro atto giuridico dotato di efficacia eliminativa: la decisione del giudice.

Spostando l'angolo visuale dalla prospettiva degli atti a quella delle situazioni giuridiche, si scorge che il marchingegno si fonda sulla dialettica tra l'aspettativa di caducazione dell'interessato e il dovere del giudice di rimuovere gli effetti dell'atto invalido una volta accertata la sussistenza del vizio. Viene assegnato, dunque, all'organo giurisdizionale, quale garante della legalità e delle situazioni giuridiche che si agitano nel processo, l'obbligo di intervenire a garanzia dell'aspettativa di rimozione, con una pronuncia costitutiva deputata ad elidere l'efficacia dell'atto invalido<sup>156</sup>.

Il provvedimento del giudice è, pertanto, condizione necessaria per l'invalidazione dell'atto e per la produzione degli effetti tipici della dichiarazione di

---

<sup>155</sup> Cfr. G. CONSO, *Il concetto e le specie di invalidità*, cit., 32 ss.; O. CAMPO, *Inammissibilità e improcedibilità*, cit. 1; A.A. DALIA- R. NORMANDO, *Nullità*, 1-2; G. DI CHIARA, *Le nullità*, in *Atti del procedimento penale. Forma e struttura*, in M. CHIAVARIO-E. MARZADURI (diretto da), *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale*, cit., 192; C. PEYRON, *Invalidità*, cit. 613; T. RAFARACI, *op. cit.*, 598. *Contra* F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., 1191, secon dcui, in mancanza di sanatoria e prima che venga pronunciata la sentenza, l'atto imperfetto è inefficace.

<sup>156</sup> Cfr. L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., 554, il quale precisa che: «L'espressione "annullamento dell'atto" è una formula ellittica, dato che annullamento e annullabilità sono non già dell'atto ma dei suoi effetti. Non c'è, infatti, a seguito dell'annullamento, nessuna magica scomparsa dell'atto, che è un fatto empirico insopprimibile, secondo la classica massima "*quod factum infectum fieri nequit*". [...] Naturalmente il venir meno degli effetti comporta il venir meno dell'efficacia degli atti invalidi e quindi del loro vigore, che come sappiamo equivale alla loro esistenza giuridica. Solo in questo senso si può parlare di annullamento dell'atto invalido. Una volta prodottasi la nullità degli effetti, non avremo più un atto ma un mero comportamento [...]».

nullità. Il che si rinviene in quanto sancito dall'art. 185 c.p.p. Nel dettaglio, la statuizione giudiziale accerta la fondatezza dell'aspettativa e rimuove gli effetti spiegati nelle more in virtù della temporanea vigenza dell'atto invalido. La declaratoria travolge, altresì, tutti gli atti successivi – al pari di quello genetico invalidi – e tutti gli effetti – ugualmente illegittimi – dipendenti da quello affetto dal vizio.

Il ripristino dello *status quo ante*, sul piano processuale, si realizza con la regressione dell'*iter* al momento antecedente al compimento dell'atto vietato.

Un'eccezione espressa è prevista in materia di prove<sup>157</sup> e trova giustificazione nel fatto che l'annullamento dell'atto probatorio che soddisfa l'aspettativa di nullità impedisce alla prova la «produzione di conoscenze giuridicamente utilizzabili»<sup>158</sup>. La rimozione dell'efficacia della prova si traduce, cioè, nell'inidoneità della prova ad assolvere la funzione che gli è propria, determinando una sorta di esclusione dal materiale informativo a cui il giudice può attingere che è «del tutto atipica ed estranea dal regime della sanzione vera e propria»<sup>159</sup>. Con il che le relative conseguenze sono destinate a ripercuotersi sull'esito decisorio finale, tenuto conto dell'impossibilità di fare uso della prova inefficace. In proposito, si è parlato di rimedio variabile a seconda che l'invalidità sia «intransitiva<sup>160</sup> (perché attiene alla funzione istruttoria) o diffusa (radicata negli elementi *sine quibus non* del procedimento); in un caso basta ripetere l'atto, se contribuisce all'equazione decisoria; nell'altro, essendo invalide serie più o meno lunghe, occorrono movimenti regressivi»<sup>161</sup>.

Ad ogni modo, l'atto eliminato, giacché strumentale all'esercizio di diritti altrui, se possibile e necessario, dovrà essere rinnovato, ovvero sia reiterato *ex novo*; questa volta, però, in ossequio a quell'onere di conformità che consente di presumere soddisfatta la prerogativa processuale a cui l'atto è preordinato.

---

<sup>157</sup> Art. 185, comma 4, c.p.p.

<sup>158</sup> Cfr. M. NOBILI, *Divieti probatori e sanzioni*, cit., 650.

<sup>159</sup> V. N. GALANTINI, *Inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Padova, 1992, 697.

<sup>160</sup> Una simile caratteristica, sancita in punto di regressione, è stata utilizzata in senso distorto dalla giurisprudenza per ricavare l'inconfigurabilità del fenomeno dell'invalidità derivata in materia di prove (a titolo esemplificativo cfr. Cass., Sez. IV, 15 maggio 2013, n. 38122, in *CED cass.*, rv. 256829). Il che contrasta, non solo con l'insuperabile dato letterale, che limita l'eccezione alla regressione del procedimento, finisce, altresì, per sovrapporre problematiche e fenomeni che andrebbero tenuti distinti ai fini di un loro corretto inquadramento.

<sup>161</sup> Così, F. CORDERO, *Procedura penale*, VIII ed., Milano, 2006, 1193.

L'esistenza di un meccanismo deputato all'accertamento della nullità implica che le parti non possono farsi "giustizia da sé" rimuovendo immediatamente le iniquità processuali che si verificano a loro danno.

La scelta legislativa di non lasciare al soggetto direttamente danneggiato dal vizio l'intervento riparatore si giustifica in un'ottica di certezza giuridica, essendone demandata la verifica all'organo giurisdizionale. Ma il prezzo che si paga per questa certezza è la rinuncia a rimuovere immediatamente le ingiustizie processuali che si consumano nel corso del procedimento, messe in attesa di una formale procedura di accertamento.

Come accennato, nondimeno, le parti interessate non sono estranee al meccanismo, dal momento che hanno al riguardo un potere di iniziativa<sup>162</sup>. Il dovere di annullamento del giudice, infatti, non è automatico, bensì condizionato all'esercizio del potere di rilevazione del vizio.

A tale riguardo, occorre precisare che mentre alcune aspettative di nullità sono associate a diritti indisponibili, altre ineriscono a situazioni giuridiche di cui il titolare può disporre liberamente, spingendosi finanche ad abdicarne l'esercizio. In tale ultima ipotesi, la libera disposizione delle prerogative e delle facoltà processuali si ripercuote sulla disponibilità dei poteri che ineriscono all'aspettativa di nullità. Viene, in gioco, sotto tale profilo, il potere di sanatoria del vizio, che ne rimette la gestione in capo al danneggiato.

L'osservazione, del resto, ha radici remote. Già nel 1920 si affermava che «a seconda che la legge nega o riconosce alla volontà degli interessati un potere di disposizione in ordine all'applicabilità della sanzione di nullità nel caso concreto, le nullità si distinguono in assolute o relative»<sup>163</sup>.

Di più. Se una delle caratteristiche tipiche del potere nello Stato di diritto è che tale situazione giuridica è suscettibile di disciplina e, vale a dire, passibile di essere vincolata da limiti eteroimposti, allora, spetta al legislatore processuale imputarla in capo a determinati soggetti, stabilirne il contenuto e individuarne i confini temporali, formali e sostanziali.

---

<sup>162</sup> Qualsiasi domanda relativa ad un provvedimento giurisdizionale, invero, deve essere sorretta da un interesse, come richiede, d'altronde, l'art. 100 c.p.c. Esso esprime un «principio generale del processo [...] integrando un presupposto dell'atto introduttivo» e di qualsiasi altra domanda di parte, a pena di inammissibilità. Così, A. ATTARDI, *Interesse ad agire*, in *Digesto*, IV ed., *Discipline privatistiche. Sezione civile.*, vol. IX, Torino, 1993, 515.

<sup>163</sup> Così si esprimeva chiaramente V. MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, cit., 53.

Ciò premesso, l'articolata ed eterogenea disciplina dei poteri in materia di nullità consente di approntare gradi di tutela differenziata alla situazione giuridica in oggetto. Da questo punto di vista, l'elaborazione scientifica<sup>164</sup> non ha mancato di sottolineare che l'incidenza sul sistema processuale viene a dipendere proprio dalle opzioni prescelte in punto di rilevabilità e sanatoria, attraverso cui è possibile costruire differenti regimi, ovverosia diversificate modalità di trattamento dell'invalidità. Segnatamente, a seconda del modo di profilarsi del rapporto tra vizio e sanatoria e tra vizio e rilevabilità, la nullità viene frazionata in *species*, all'interno delle note categorie della nullità assoluta e relativa, nonché, da ultimo, intermedia.

La tesi classica merita di essere accolta, anche se deve necessariamente essere riletta alla luce dell'impostazione metodologica del presente lavoro.

A ben vedere, infatti, nella prospettiva seguita, in virtù delle premesse postulate, non è la struttura né la natura della nullità a subire un mutamento e ad essere frantumata in categorie. In quanto aspettativa legittima di rimozione, proiettata all'eliminazione del pregiudizio subito, essa rimane una costante intangibile della posizione soggettiva del singolo.

Sono, invece, i poteri ad essa correlati che vengono modulati secondo precise scelte legislative. In questo limitato significato, può continuare a parlarsi di *species* di nullità. Ma, in realtà, la locuzione è impropria, giacché le tipologie non rappresentano sottocategorie ontologiche di nullità, bensì corrispondono, più semplicemente, ad una diversificata configurazione normativa dei relativi poteri.

E – non è scontato ricordarlo – nel dettare questa disciplina, il legislatore tiene a mente, da un lato, il peso delle situazioni giuridiche primarie ai fini dell'equità processuale e, dall'altro lato, l'esigenza di economia e celerità; troppi formalismi e troppo severi «insidierebbero lo spedito dipanarsi del processo lungo i sentieri di una ragionevole durata»<sup>165</sup>. Ecco che si fa strada, già su un piano normativo, un bilanciamento di interessi, deputato a comporre quella tendenza alla demolizione, implicata dalla nullità, con il principio di conservazione degli atti e degli effetti che spinge il processo in avanti, in direzione antitetica all'aspettativa<sup>166</sup>.

---

<sup>164</sup> In proposito, C. CONSO, *Il concetto e le specie d'invalidità*, cit., 73.

<sup>165</sup> Così, efficacemente, T. PADOVANI, *A.D.R. sul c.d. abuso del processo*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 3610.

<sup>166</sup> Cfr., C. CONSO, *Il concetto e le specie d'invalidità*, cit., 27 ss.

Sorgono, a questo punto, alcuni quesiti. Occorre, infatti, chiedersi, in primo luogo, se il bilanciamento legislativo è frutto di un'arbitraria scelta politica o esiste un criterio che ne indirizza gli esiti; in secondo luogo, in base a quale parametro si decide, cioè, se applicare un regime più severo di un altro; infine, se economia e giustizia processuale possono essere contemperate secondo il capriccio del titolare del potere normativo oppure se lo stesso legislatore incontra un limite alla propria discrezionalità.

Per rispondere a simili interrogativi, occorre separare la trattazione in due macro-segmenti: l'uno relativo alle nullità definite assolute; l'altro concernente le nullità disponibili. Termine, quest'ultimo, con cui si fa riferimento sia alle nullità relative sia a quelle di *tertium genus*.

## 2. Nullità assoluta e diritti indisponibili

Il campo della ricerca va subito sgombrato dal dubbio. La distinzione tra nullità in base al parametro della disponibilità non è un'arbitraria creazione legislativa, ma «riposa su criteri scientifici d'indubbia esattezza e risponde a sentite esigenze del processo penale moderno»<sup>167</sup>.

Oggi, invero, quei profili di indisponibilità a vocazione pubblicistica, sottratti alla logica della “libera negoziazione”, coesistono con l'impronta del sistema accusatorio che colora il processo di parti<sup>168</sup>. Convivono, così, aspettative di rimozione la cui soddisfazione è lasciata all'autodeterminazione delle strategie processuali dei contendenti, strutturate sull'interesse singolare e rimesse al corretto esercizio del potere di eccezione – inevitabilmente da intendersi in senso tecnico<sup>169</sup> –, con aspettative di rimozione indefettibili, ove il legislatore si rifiuta di lasciarne la gestione alle mutevoli linee strategiche delle parti.

L'indisponibilità, qui, detta gli aspetti e struttura i connotati dei poteri associati alla nullità. *In primis*, la tutela dell'aspettativa non è condizionata ad una formale e

---

<sup>167</sup> In questi termini, R. PANNAIN, *Le sanzioni processuali penali*, cit., 318.

<sup>168</sup> Cfr. G. RICCIO, *La volontà delle parti nel processo penale*, Napoli, 1967, *passim*; C. MASSA, *Il principio dispositivo nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1961, 373; A. GALATI, *Il comportamento delle parti nel regime delle nullità processuali*, Milano, 1970, *passim*; C. IASEVOLI, *La nullità nel sistema processuale penale*, cit., 217 ss.

<sup>169</sup> V. C. IASEVOLI, *La nullità nel sistema processuale penale*, cit., 218.

tempestiva domanda di parte, essendo conferito anche al giudice il potere-dovere di rilevazione.

In secondo luogo, il decorso del tempo, nei limiti dell'arco procedimentale<sup>170</sup>, non ha alcuna efficacia estintiva, dovendo tali aspettative essere soddisfatte con la rimozione dell'invalidità che ben può intervenire in ogni stato e grado del procedimento.

Di più. Le nullità *de qua*, non a caso definite assolute, sono libere da qualsivoglia onere di deduzione: il legislatore è indifferente al principio dell'interesse; prescinde dalla rilevanza del fattore comportamentale che ha dato causa alla violazione processuale; non si cura del fatto che l'interessato abbia assistito al compimento dell'atto invalidamente formato<sup>171</sup>.

Infine, siffatte situazioni sono insuscettibili di sanatoria e, pertanto, neppure rinunciabili per effetto della volontà della parte lesa dal compimento dell'atto vietato, il quale, peraltro, è, secondo una presunzione *iuris et de iure*, considerato lesivo della situazione primaria con pretermissione di qualsivoglia valutazione in concreto<sup>172</sup>.

Con il che la nullità assoluta risulta radicalmente esclusa sia dalla sfera della disponibilità privata sia dalla sfera della disponibilità pubblica<sup>173</sup>, nel senso che, da un lato, al titolare è vietato privarsi della pretesa processuale, rinunciandovi e, dall'altro lato, egli non può neppure esserne privato da chi svolge una pubblica funzione, nemmeno nell'ipotesi in cui ciò comporti un freno all'istanza di ricerca della verità o determini la regressione dal giudizio di cassazione alle indagini preliminari.

Colti i profili di indisponibilità che connotano i poteri di iniziativa posti a presidio della nullità assoluta, occorre, ora, verificare se la scelta operata nella selezione dei difetti di conformità che generano una garanzia così pregnante sia fondata sul mero dato formale, lasciato, quindi, alla libera decisione del legislatore, oppure se esista un vincolo di sorta che imponga il trattamento tipico riservato alle nullità indisponibili.

---

<sup>170</sup> Per le preclusioni relative al giudizio di rinvio di cui all'art. 627, comma 4, c.p.p., che impediscono di rilevare le nullità, anche assolute, verificatesi nel corso delle fasi precedenti, in applicazione del principio di inoppugnabilità delle sentenze della Corte di cassazione, da cui discende la formazione del giudicato progressivo sulle questioni non dedotte, v. Cass., Sez. V, 12 febbraio 2009, n. 10624, in *CED cass.* 2009, rv. 242980; Cass., Sez. V, 7 novembre 2006, n. 36769, in *Arch. Nuova proc. pen.*, 2007, 5, 638 e Cass., Sez. I, 24 giugno 1998, in *Cass. pen.*, 1999, 3176.

Si rinvia per un maggior approfondimento al par. 6.

<sup>171</sup> Tanto si inferisce dall'art. 182 c.p.p., *deducibilità delle nullità*, che richiama solamente le nullità previste dall'art. 180 e 181 c.p.p., con esclusione, dunque, delle nullità assolute.

<sup>172</sup> Il punto sarà approfondito nel par. 4, con riferimento alla sanatoria per esercizio della facoltà a cui l'atto omesso o nullo è preordinato, a norma dell'art. 183, comma 1, lett. b).

<sup>173</sup> Con riferimento ai diritti fondamentali, L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., 762.

Al riguardo, il dibattito in dottrina ed in giurisprudenza non si è mai veramente sopito.

Una prima impostazione, formalistico-positiva, ritiene «inutile l'indagine dei criteri che diressero la scelta stessa ed [...] oziosa ed inammissibile ogni discussione in proposito», giacché fondata su un'opzione «fatta previamente dalla legge, [che] risulta da indicazioni tassative»<sup>174</sup>.

La tesi non può essere accolta, se è vero che il legislatore si è impegnato ad un obbligo di risultato: quello di assicurare che la legge performi un giusto processo. Vale la pena, allora, volgere l'indagine alle teorie sostanzialistiche.

Secondo una prima e risalente ricostruzione, la distinzione tra nullità assolute e relative riflette quella tra forme essenziali o sostanziali e forme accidentali o secondarie<sup>175</sup>. Nel solco di tale filone dottrinario, alla domanda relativa a quali dovrebbero essere le nullità assolute, si rispondeva: «quelle pochissime le quali riflettono la costituzionalità, a così dire, del procedimento e del giudizio; che si esprimono con un ufficio veramente costituzionale, che hanno tale un carattere per cui la legge, che lo crea, ritenga che senza determinati elementi il procedimento e il giudizio non possono conseguire il loro scopo [...]. Queste disposizioni sono così fondamentali che senza di esse può senz'altro ritenersi non esistere un regolare processo. Le altre forme, sia pure previste a pena di nullità [...] si intendono costituite non tanto per fini essenziali del procedere ma come cautele, più o meno solenni nell'interesse delle parti, e ad esse se ne può affidare la custodia e l'esecuzione»<sup>176</sup>.

Benché pregevole, la tesi pecca di incertezza e relatività, essendo il parametro comunque rimesso «a la convenienza rilevata dal legislatore»<sup>177</sup>.

---

<sup>174</sup> Così, V. MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, loc. ult. cit.

<sup>175</sup> La distinzione veniva richiamata in A. STOPPATO, *Relazione definitiva del Codice. I. Relazione al Re del Ministro Guardasigilli (Finocchiaro-Aprile)*, in L. MORTARA – A. STOPPATO (a cura di), *Commento al Codice di procedura penale*, Torino, 1914, n. 53, 244: «Già non è nuova, ed anzi comune la distinzione tra forme essenziali o sostanziali (assolute) e forme accidentali o secondarie (relative). Insegnava il nostro Romagnosi, nel suo progetto di codice di procedura penale, che la nullità assoluta è quella che anche non opposta invalida l'atto per ministero di legge; la relativa non invalida l'atto, se non sia opposta dalla parte a cui favore la forma fu introdotta; che la nullità assoluta può essere sanata soltanto colla rinnovazione dell'atto nullo giusta le forme prescritte».

<sup>176</sup> Cfr. A. STOPPATO, *Relazione definitiva del Codice.*, cit., n. 54, 246.

<sup>177</sup> V. R. PANNAIN, *Le sanzioni processuali penali*, cit., 320.

Per superare l'*impasse* e rintracciare la *ratio* della nullità assoluta si è, allora, fatto ricorso al criterio di gerarchia<sup>178</sup>. Nel dettaglio, si è posto l'accento sulla circostanza per cui se è possibile una graduatoria tra requisiti necessari per l'esistenza giuridica ed elementi stabiliti per la validità, sarebbe lecito differenziare anche le nullità di eccezionale gravità dalle inosservanze minori. Premesso che tutte le nullità risultano connesse all'interesse dello Stato all'osservanza della legge, alcune di esse toccano un interesse di una parte e vanno lasciate alla gestione di tale soggetto, mentre altre investono «un interesse pubblico, generale, di tutti i cittadini»<sup>179</sup>.

La tesi ha avuto il merito di sottolineare, per prima, il rapporto che sempre connette la nullità alla situazione giuridica primaria a garanzia della quale quest'ultima nasce, come situazione giuridica processuale di secondo grado volta alla realizzazione coattiva della prima.

Seguendo il solco tracciato, anche in sede ermeneutica si è sottolineato che «i diversi livelli di incidenza del vizio dell'atto sul procedimento in corso, esprim[ono] la rilevanza dell'interesse che la comminatoria di nullità tende a salvaguardare. Esiste, quindi, un preciso nesso tra scelte legislative in tema di sanzioni derivanti dall'inosservanza dei precetti che regolano le modalità di esercizio delle prerogative processuali e principi costituenti il cardine dell'ordinamento processuale»<sup>180</sup>.

Nondimeno, è stato posto in luce che una lettura del fenomeno in termini di maggiore o minore spessore attribuito alla patologia sarebbe riduttivo<sup>181</sup>. Così come sarebbe conclusione troppo affrettata quella che vede le nullità assolute gravitare in una dimensione esclusivamente pubblicistica e confinare le nullità disponibili al dominio degli interessi privati.

In senso critico, quindi, si è propugnata la tesi secondo cui la scelta tra i differenti regimi della nullità sarebbe legata, oltre che alla rilevanza dell'interesse, alla necessità di

---

<sup>178</sup> In proposito E. FLORIAN, *Appunti sulle nullità degli atti giuridici processuali penali*, in *Studi di diritto processuale in onore di Giuseppe Chiovenda nel venticinquesimo anno del suo insegnamento*, 1927, Padova, 439 ss.; ID, *Pensieri sul progetto di codice di procedura penale*, in *Scuola positiva*, 1929, n. 1, 341.

<sup>179</sup> Così, R. PANNAIN, *Le sanzioni processuali penali*, cit., 322.

<sup>180</sup> Cfr. Cass., Sez. Un., 26 marzo 2015, n. 24630, con nota di I. SCORDAMAGLIA, *È generale ed assoluta la nullità derivante dal mancato intervento al procedimento partecipato in camera di consiglio del difensore di fiducia erroneamente pretermesso. Le Sezioni Unite impartiscono una lezione di garantismo penale!*, in *Giust. pen.*, III, 2015, 476; M. JELOVCICH, *È assoluto il regime della nullità conseguente all'omesso avviso dell'udienza camerale al difensore di fiducia tempestivamente nominato*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 30 giugno 2015.

<sup>181</sup> C. IASEVOLI, *La nullità nel sistema processuale penale*, cit., 217.



responsabilizzazione delle parti nell'eliminazione dei vizi<sup>182</sup>. Una volta riconosciuto alle parti processuali un ruolo di prim'ordine nella progressione del procedimento, se il rimedio risulta nell'esclusivo interesse di una di esse, sarà quest'ultima che dovrà attivarsi immediatamente per reclamare la riparazione. In caso contrario, la nullità andrebbe sottratta all'interessato.

Questa condivisibile prospettiva deve, però, essere implementata. La chiave di volta, premesso lo stretto legame tra nullità e interesse processuale salvaguardato, va ricercata precipuamente nella natura della situazione giuridica soggettiva che la nullità punta a preservare. È il significato giuridico della situazione garantita che, riverberandosi sul precetto secondario, lo condiziona, sottraendolo, ove del caso, ad arbitrarie determinazioni del legislatore. Il carattere disponibile o indisponibile dei poteri che assistono l'aspettativa di rimozione del vizio devono, perciò, trovare perfetta corrispondenza nel parallelismo tra diritti processuali disponibili e indisponibili. È, in definitiva, dai connotati della situazione giuridica tutelata che la nullità deve mutuare i suoi tratti.

Se, infatti, un diritto processuale fosse dotato delle caratteristiche dell'indisponibilità, intesa come sottrazione alle vicende modificative in forza dell'autonomia privata, e dell'inviolabilità sarebbe del tutto insufficiente, oltre che incoerente con le coordinate del sistema, rimetterne la tutela ad una forma di garanzia lasciata alla disponibilità del titolare. Invero, un rimedio disponibile avrebbe per effetto quello di negare la stessa inviolabilità e indisponibilità del diritto, ove prevista. La scelta del legislatore a favore delle nullità indisponibili non è, allora, frutto di un'istanza paternalistica, né si configura come un'opzione impostata esclusivamente ai fini di tutela dell'interesse generale. Si tratta, piuttosto, di tradurre nel processo quella promessa di inviolabilità e indisponibilità dei diritti fondamentali che vengono in gioco nel procedimento penale. In conclusione, il giudizio di radicale disvalore dell'atto invalido lesivo di un interesse così pregnante impone di negare efficacia all'atto senza esitazioni e senza che il titolare ne possa divenire arbitro.

Viceversa, salvaguardare un diritto di cui la parte può disporre con una nullità indisponibile equivarrebbe ad imporne la tutela, nonostante la volontà contraria del

---

<sup>182</sup> Cfr. C. IASEVOLI, *La nullità nel sistema processuale penale*, cit., 218.

titolare, vanificando, così, l'autodeterminazione che la legge riconosce con riferimento a simili situazioni giuridiche e finendo, di conseguenza, per trasfigurarne la natura.

Non è un caso se, nel delineare la sanatoria delle nullità disponibili di cui all'art. 183, comma 1, lett. b) c.p.p., la disposizione richiama solo un tipo specifico di situazione giuridica: la facoltà a cui l'atto omesso o nullo è preordinato. La disposizione opera, inoltre, come si approfondirà, non per tutte le facoltà, ma soltanto per quelle disponibili al titolare. Tanto vale ad indicare che le nullità sanabili per raggiungimento dello scopo sono solo quelle poste a presidio di situazioni giuridiche che il titolare è libero di esercitare o meno. Giammai quando, invece, ci si trova di fronte ad obblighi e divieti posti a garanzia di diritti indisponibili, rispettivamente, strumentali all'ottenimento di una certa prestazione o a contenuto negativo di protezione.

Un'importante conseguenza che se ne inferisce è che la distinzione tra le due classi di nullità non necessariamente ricalca la dicotomia tra interesse privato e pubblico. Anzi, se così è, la maggior parte delle nullità indisponibili dovrebbe essere legata ad interessi singolari e, in specie, ai diritti fondamentali dell'individuo. Certamente, in tale ipotesi, una connotazione in termini pubblicistici può essere rinvenuta, ma solo sotto forma di interesse pubblico al rispetto di simili situazioni giuridiche, in quanto alla base dei valori fondanti del sistema processuale e democratico, una volta che la persona (e la sua dignità) è stata collocata al centro della Carta costituzionale.

### **3. *Le situazioni giuridiche fondamentali che impongono la negazione di efficacia.***

La tesi ora delineata richiede una base positiva, in quanto la ricostruzione scientifica non può essere avulsa dall'analisi delle fattispecie contemplate come generatrici di nullità assoluta.

La conferma più intuitiva deriva dalla fattispecie produttiva di nullità per violazione del diritto di difesa, nel suo contenuto minimo, *sub specie* di «omessa citazione dell'imputato» e di «assenza del suo difensore nei casi in cui ne è obbligatoria la presenza»<sup>183</sup>.

---

<sup>183</sup> Art. 179, comma 1, c.p.p.

Il diritto di intervento, colto nell'«interdipendenza dinamica dei due aspetti»<sup>184</sup> della difesa materiale e tecnica, raffigura la base per il pieno esercizio del diritto dell'imputato a partecipare in maniera cosciente al suo processo.

Quanto al lato sostanziale, posto che il processo serve, prima di tutto, all'imputato, quello stesso Stato che ha prescritto l'invulnerabilità della difesa è, logicamente, costretto a ritenere inderogabile la garanzia<sup>185</sup> della possibilità di una piena e reale partecipazione<sup>186</sup>.

Il che non equivale alla conclusione paradossale per cui all'imputato sarebbe impedita la libera scelta di non assistere al processo. Ciò che gli viene precluso è, piuttosto, la rinuncia a che lo Stato gli riconosca questa facoltà invulnerabile, che egli può o meno esercitare in base alla propria incoercibile volontà. Ma, per un verso, l'esistenza di tale facoltà, in termini di situazione giuridica indisponibile nell'*an*, non può essere oggetto di negoziazione da parte dell'imputato che intendesse liberarsene; per altro verso, l'imputato non potrà neppure esserne espropriato dagli organi a cui è affidata la giurisdizione penale. Di qui, un'aspetto veramente inderogabile, intangibile ed indisponibile del diritto di difesa.

Con riferimento all'assistenza tecnica, posta in simbiosi con l'opportunità di assicurare la presenza personale, essa va letta come garanzia di parità delle armi, deputata ad offrire un contributo qualificato al contraddittorio e diretta a riequilibrare l'unilaterale e asimmetrica invasione dei poteri pubblici nella sfera individuale.

Anche in questo caso, la legge processuale fa una selezione delle situazioni giuridiche imputate al difensore: riserva la nullità assoluta alle attività da compiersi

---

<sup>184</sup> V. C. IASEVOLI, *La nullità nel sistema processuale penale*, cit., 510.

<sup>185</sup> In questi termini, P. FERRUA, voce *Difesa (diritto di)*, loc. ult. cit.; G. RICCIO, *Autodifesa dell'imputato e Costituzione*, cit., 268; L. FERRAJOLI, *Il paradigma garantista*, loc. ult. cit.

<sup>186</sup> La nullità assoluta per omessa citazione dell'imputato, letta in senso funzionale come presidio a tutela dell'*an* del contraddittorio, rifugge interpretazioni formalistiche, tendenti a polarizzarsi sul mero nomen iuris di citazione, intesa come chiamata dell'imputato in fase dibattimentale. Al contrario, ciò che conta è la finalità ultima della *vocatio in iudicium*, a prescindere dall'etichetta e dalla fase. In questo senso, va posto in risalto il recente sforzo della giurisprudenza di legittimità a oltrepassare i confini letterali, ricomprendendo nell'art. 179, comma 1, lett. a), prima parte, atti assimilabili, quanto alla funzione ed allo scopo, alla citazione, quale, da ultimo, l'avviso di fissazione dell'udienza preliminare. Sul punto, cfr. Cass., Sez. Un., 24 novembre 2016, n. 7697, con nota di I. GUERINI, *Repetita iuvant: le Sezioni Unite si pronunciano (di nuovo) sull'omessa notifica dell'avviso di fissazione dell'udienza preliminare*, in *penalecontemporaneo.it* (3 aprile 2017), secondo cui «l'omessa notifica all'imputato dell'avviso di fissazione dell'udienza preliminare configura un'ipotesi di nullità assoluta ed insanabile, rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento equiparabile all'omessa citazione dell'imputato. (In motivazione, la Corte ha precisato che la sanzione processuale di cui all'art. 179 cod. proc. pen. deve essere riferita non già alla sola citazione in giudizio in senso stretto, ma anche a quell'insieme di adempimenti che consente all'imputato, all'indagato o al condannato di partecipare ad una fase processuale che si conclude con una decisione)».

necessariamente in forma assistita, assicurando il contraddittorio laddove indispensabile. Qui, neppure il difensore può scegliere; egli ha l'obbligo di intervenire e nessun margine di apprezzamento gli è concesso. Coerentemente, a fronte di una situazione giuridica di tal fatta, in cui la facoltà di fare assenza non è contemplata, anche la tecnica di tutela dell'obbligo viene tolta alle valutazioni di convenienza del titolare.

Negli altri casi, la facoltà del difensore di essere presente o rinunciare a farlo è rimessa alla sua discrezionalità, sicché il potere di rilevazione non può che essere calibrato sull'autoresponsabilità e sull'interesse della parte.

Si noterà che il presidio della nullità assoluta riguarda solo una microscopica parte del diritto dichiarato inviolabile dall'art. 24, comma 2, Cost.

Ma è pur vero che il contenuto molecolare del diritto di difesa, specialmente inteso come diritto di libertà, si compone, oltre che di un nocciolo intangibile, anche di una serie di prerogative e poteri processuali, la cui attuazione, per essere effettiva, non può che essere lasciata alla totale disponibilità della parte privata in base alla strategia processuale prescelta. Di qui, l'opzione di rimettere la tutela dei difetti di conformità pregiudizievoli del diritto di difesa diversi da quelli contemplati all'art. 179 c.p.p. ad un regime parzialmente disponibile, quale quello connesso alla nullità intermedia di cui all'art. 178, comma 1, lett. c) c.p.p. In quest'ultimo caso, a seconda della posizione processuale, l'interessato può ritenere più conveniente non eccepire la nullità, rinunciando ad avvalersi della facoltà concessa<sup>187</sup>.

Senza contare che la nullità non è di certo il solo rimedio per la difesa. Basti pensare all'inutilizzabilità, quale sanzione radicale per la tutela del contraddittorio nella formazione della prova<sup>188</sup> e, più in generale, di tutti i divieti di lesione della sfera

---

187 Cfr. G. MARABOTTO, *Nullità nel processo penale*, in *Dig. pen.*, vol. VIII, Torino, 1994, 268; E. GIRONI, *Rilievi in tema di nullità relative nel nuovo processo penale, con particolare riguardo alle ordinanze impositive di misure cautelari personali*, in *For. It.*, 1992, II, 142; C. IASEVOLI, *La nullità nel sistema processuale penale*, cit., 219.

<sup>188</sup> In proposito, M. NOBILI, *Il nuovo "diritto delle prove" e un rinnovato concetto di prova*, in *Leg. pen.*, 1989, 397 secondo cui il codice di rito ha introdotto «un regime estremamente variegato e complesso circa l'utilizzabilità di conoscenze giudiziali pur conformi al modello legale (ossia non viziate): se ne prevede l'efficacia in certi processi e non in altri; in certe fasi di uno stesso procedimento e non in altre; o per un solo tipo di "uso gnoseologico". Addirittura si registrano ipotesi di utilizzabilità *ad personam*»; ID, *La nuova procedura, Lesione agli studenti*, Bologna, 1989, 101 ss.; ID, *Concetto di prova e regime di utilizzazione degli atti nel nuovo codice di procedura penale*, in *Foro it.*, 1989, 275; M. DANIELE, *Regole di esclusione e regole di valutazione*, Torino, 2009, 8 e 147 ss.; F.M. GRIFANTINI, sub art. 191, in G. CONSO – V. GREVI (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura penale*, Padova, 2005, 341; P. FERRUA, *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, in P. FERRUA – F.M. GRIFANTINI – G. ILLUMINATI – R. ORLANDI, *La prova nel dibattimento penale*, IV ed., Torino, 2010, 370; ID, *La regola d'oro del processo accusatorio*:

individuale che vengono in rilievo nel momento dell'acquisizione e della valutazione della prova<sup>189</sup>.

Semmai, meritano disapprovazione quegli orientamenti giurisprudenziali che, pur di preservare il risultato processuale, finiscono per svilire la portata e l'ampiezza del significato dell'art. 179 c.p.p.<sup>190</sup>.

Venendo alle altre ipotesi di nullità assolute, è considerata tale quella che deriva dall'inosservanza delle disposizioni concernenti «le condizioni di capacità del giudice e il numero dei giudici necessario per costituire i collegi stabilito dalle leggi di ordinamento giudiziario»<sup>191</sup>.

Apparentemente si tratta di un connotato oggettivo. Tuttavia, non si fa fatica a scorgerne l'intimo legame con i diritti processuali costituzionali inseriti tra i principi

---

*l'irrelevanza probatoria delle contestazioni*, in R.E. KOSTORIS, *Il giusto processo, tra contraddittorio e diritto al silenzio*, 2002, 8; G. UBERTIS, *Prova e contraddittorio*, in *Cass. pen.*, 2002, 1182; C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, Padova, 2007, 39.

<sup>189</sup> V. sul punto, M. NOBILI, *Divieti probatori e sanzioni*, loc. ult. cit.; A. SCCELLA, *L'inutilizzabilità della prova nel sistema del processo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 214; F.M. GRIFANTINI, *Inutilizzabilità*, in *Dig. pen.*, vol. VII, Torino, 1993, 243; F.R. DINACCI, *L'inutilizzabilità*, in A. GAITO (a cura di), *La prova penale*, vol. III, *La valutazione della prova*, Torino, 2008, 184; G. PIERRO, *Una nuova specie d'invalidità: l'inutilizzabilità degli atti processuali penali*, Napoli, 1992, 151; N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova*, cit., 47; 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., 355. Volendo, anche S. PAREZZAN, *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*, in L. MARAFIOTI – G. PAOLOZZI, *"Incontri ravvicinati" con la prova penale*, Torino, 2014, 211 ss.

<sup>190</sup> Circolava l'opinione secondo cui la comminatoria della nullità assoluta andasse confinata solo al caso della radicale, oggettiva e materiale assenza del ministero difensivo dovuto. Da questo punto di vista, l'irrituale nomina officiosa e la presenza fisica di un qualsivoglia professionista in udienza avrebbero consentito di degradare l'assenza del titolare della difesa ad un mero difetto di assistenza tecnica, integrante una nullità a regime intermedio. Espressive di tale orientamento, Cass., Sez. I, 17 dicembre 2014, De Palmas, *inedita*; Cass., Sez. V, 13 dicembre 2013, n. 50581, in *CED Cass.* 2013, rv. 257820; Cass., Sez. II, 4 settembre 2009, Pellegrino, in *CED Cass.*, 2009, rv. 245242; Cass., Sez. II, 3 gennaio 2005, Medile, in *Guida dir.*, 2005, 6, 90; nonché, con riferimento all'omesso avviso al difensore di fiducia nominato tempestivamente dell'interrogatorio di garanzia dell'indagato Cass., Sez. Un., 20 settembre 1997, Procopio, in *Dir. pen. e proc.*, 1997, 11, 1323; in *Giur. it.*, 1998, 11 con nota di M. NOFRI, *Efficacia immediata della nomina del difensore da parte dell'imputato detenuto*; in *Cass. pen.*, 1998, 45; in *Arch. Nuova proc. pen.*, 1997, 429; in *Foro.it*, 1998, II, 183. Solo di recente, sono intervenute le Sezioni Unite (Cass., Sez. Un., 26 marzo 2015, n. 24630, cit.) a fare chiarezza sul punto, accedendo all'opposta tesi della nullità assoluta, sostenuta da In argomento, Cass., Sez. I, 13 febbraio 2015, Di Palma, *inedita*; Cass., Sez. I, 16 maggio 2014, Zambon, in *CED Cass.* 2014, rv. 259614; Cass., Sez. IV, 19 febbraio 2014, Di Mattia, in *CED Cass.* 2014, rv. 258615; Cass., Sez. III, 3 dicembre 2012, Ermonsele, in *CED Cass.* 2012, rv. 253873; Cass., Sez. III, 13 febbraio 2009, Plaka, in *CED Cass.* 2009, rv. 242530; Cass., Sez. I, 22 novembre 2011, Mastrone, in *CED Cass.* 2011, rv. 250997.

<sup>191</sup> Art. 178, comma 1, lett. a) c.p.p. In proposito G. CONSO, voce *Capacità processuale penale*, in *Enc. dir.*, vol. VI, Milano, 1960, 137; S. PATANÉ, *Nuovi orientamenti sulla capacità del giudice*, in *Giust. pen.*, 1997, 452; O. DOMINIONI, sub *art. 33 c.p.p.*, in E. AMODIO – O. DOMINIONI (diretto da), *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, cit., 216; E. ZAPPALÀ, sub *art. 33 c.p.p.* in M. CHIAVARIO (diretto da), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, vol. I, Torino, 1989, 207; A. GAITO, *La legalità del giudice tra cadute di legalità e ipotesi di tentata giustizia*, in G. CERQUETTI – C. FIORIO, *Sanzioni e protagonisti del processo penale*, Padova, 2004, 109; C. IASEVOLI, *La nullità nel sistema processuale*, cit., 291 ss.

supremi dell'ordinamento giuridico in tema di giurisdizione. Il riferimento è al diritto riconosciuto all'art. 25, comma 1, della Cost., secondo cui «nessuno può essere distolto dal giudice naturale precostituito per legge», letto in sinergia con l'art. 102 Cost., in forza del quale «la funzione giurisdizionale è esercitata da magistrati ordinari istituiti e regolati dalle norme sull'ordinamento giudiziario»; disposizione di cui l'art. 178, comma 1, lett. a) sembra essere la riproduzione processuale. Il richiamo va fatto anche all'art. 111 Cost., il quale nell'individuare le caratteristiche della terzietà e dell'imparzialità del giudice come tratti essenziali senza cui non si può avere esercizio di giurisdizione, altro non fa se non riconoscere il diritto ad essere giudicato da un soggetto che offra simili garanzie<sup>192</sup>.

Stabilire detti requisiti come «abito intellettuale e morale»<sup>193</sup> del giudice, indefettibili e necessari per l'esercizio della giurisdizione, infatti, significa attribuire a colui che viene sottoposto al giudizio una pretesa indisponibile in relazione ai canoni del soggetto a cui viene affidata la sua sorte<sup>194</sup>.

Nel medesimo statuto gnoseologico si iscrive l'unica nullità assoluta speciale prevista dal codice di rito. A dire il vero, in dottrina, si dubita che tale nullità possa essere qualificata come speciale, dovendo essere letta, piuttosto, come specificazione della capacità del giudice e, quindi, inserita nel novero degli artt. 178, comma 1, lett. a) e 179, comma 1, c.p.p.<sup>195</sup>.

La notazione coglie nel segno. L'art. 525, comma 2, c.p.p. è volto ad assicurare l'immutabilità delle persone fisiche che svolgono il ruolo di giudice dall'inizio del

---

<sup>192</sup> Cfr. M. NOBILI, sub *art. 25 Cost.*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, I ed., Bologna, 1981, 151 ss.

<sup>193</sup> V. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 592.

<sup>194</sup> Per le ragioni indicate, l'interpretazione della disposizione richiederebbe il massimo rigore interpretativo. Anche in questo caso, però, non sono mancate opinioni lassistiche volte ad escludere la nullità assoluta, facendo perno sul frazionamento del concetto di capacità in generica e specifica. Talvolta sul frazionamento del concetto di capacità in generica e specifica. Così: Cass., Sez. VI, 15 gennaio 1992, Unzaicco, in *Cass. pen.*, 1993, 2056 e in *Riv. pen.*, 1993, 125; Cass., Sez. V, 8 febbraio 1993, in *CED cass.*, rv. 193196; Cass., Sez. Un., 17 aprile 1996, in *Giust. pen.*, 1997, III, 93; Cass. pen., Sez. V, 3 marzo 1997, in *CED cass.*, rv. 208181; Cass., Sez. VI, 2 aprile 1998, in *Mass. Uff.*, n. 210211; Cass., Sez. VI, 29 gennaio 1998, in *Mass. Uff.* 210471; Cass. Sez. II, 19 giugno 1998, Terlati, in *CED cass.*, rv. 21436; Cass., Sez. Un., 24 novembre 1999, in *Giust. pen.*, 2000, II, 398; Cass., Sez. V, 13 marzo 2003, n. 552, in *CED cass.*, rv. 227016; Cass., Sez. IV, 19 febbraio 2004, n. 20187, in *CED cass.* 228363; Cass., Sez. III, 3 dicembre 2004, n. 3355, in *CED cass.*, rv. 230648; Cass., Sez. II, 21 febbraio 2008, n. 23299, in *CED cass.*, rv. 241104. Talvolta, invece, si è fatto leva sull'esistenza di specifici rimedi processuali, quali il dovere di astensione o la ricasazione. In questi termini, Cass., Sez. I, 28 aprile 1993, Spampinato, in *Cass. pen.*, 1994, 2467; Cass., Sez. IV, 10 ottobre 2001, n. 1589, in *CED cass.*, 220385; Cass., Sez. VI, 2 dicembre 2004, n. 49988, in *CED cass.*, rv. 230227; Cass., Sez. II, 17 marzo 2004, n. 17510, in *CED cass.*, rv. 229702; Cass., Sez. Un., 27 gennaio 2011, Tarzi, in *Cass. pen.*, 2011, 4210.

<sup>195</sup> Così, F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., 1206; O. DOMINIONI, sub *art. 179 c.p.p.*, in E. AMODIO – O. DOMINIONI (diretto da), *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, cit., II, 183.

processo sino alla decisione, stabilendo che «alla deliberazione concorrono, a pena di nullità assoluta, gli stessi giudici che hanno partecipato al dibattimento». L'intero processo, dall'*incipit* all'epilogo, deve svolgersi «davanti ad un giudice terzo ed imparziale» e l'imputato vanta una pretesa indisponibile in tal senso.

Eppure la norma, nella prassi, è frutto di un equivoco interpretativo, che ha finito per svilire l'indisponibilità della situazione giuridica, sia di quella primaria sia di quella secondaria in cui la nullità consiste: è convincimento granitico che, a fronte di un mutamento successivo del giudice dibattimentale, dopo la fase istruttoria, gli atti probatori conservino piena efficacia se l'imputato non ne richiede tempestivamente la rinnovazione<sup>196</sup>.

È paradossale che l'opinione in commento si fondi sull'intimo legame tra immutabilità del giudice e diritto al contraddittorio.

Nessun dubbio si nutre sul fatto che la nullità assoluta che origina in caso di inosservanza del precetto sia legata a tale componente del diritto di difesa. L'interesse e la pretesa dell'imputato circa il metodo dialettico, invero, non si esauriscono nel momento di attuazione, ma hanno un senso in tanto in quanto siano strumentali alla decisione finale. Al contrario, inutile sarebbe la previsione di simile diritto se il giudice potesse mutare nel momento *clou* del giudizio.

Maggiori perplessità sorgono sull'operazione inferenziale che ricava dalla postulata disponibilità del diritto al contraddittorio la regola secondo cui il mancato

---

<sup>196</sup> Cfr., Cass., Sez. Un., 15 gennaio, 1999, Iannasso, in *CED cass.*, rv. 212395; Cass., Sez. I, 14 gennaio 2011, Bellarosa, in *CED cass.*, rv. 250220; Cass., Sez. V, 30 settembre 2013 n., 5581, in *CED. cass.*, rv. 259518; Cass., Sez. V, 7 gennaio 2015, Fontana, in *CED cass.*, rv. 263424; Cass., Sez. II, 7 settembre 2015, n. 36012, in *Quot. Giur.*, 2015, n.1/1, con nota di F. BALDI, *Se muta il giudice, la lettura delle deposizioni già assunte necessita del consenso delle parti*; Corte cost., ord. 10 giugno 2010, n. 205, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 929, ha dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 525, comma 2, c.p.p. in relazione agli artt. 3, 101 e 111 Cost. in merito alla rinnovazione dell'istruzione dibattimentale a seguito della modifica dell'organo giudicante al momento della deliberazione. La decisione presenta profili criticabili laddove sminuisce la portata di quella che a stessa detta della Corte è la «massima sanzione processuale, vale a dire la nullità assoluta», posta come presidio dell'identità del giudice. La Consulta, infatti, esclude l'automaticità della rinnovazione istruttoria una volta rilevata la causa di nullità, addossando all'imputato l'onere di richiederla, affermando che il principio di ragionevole durata «deve essere temperato, alla luce dello stesso richiamo alla ragionevolezza [...], con il complesso delle altre garanzie costituzionali, rilevanti nel procedimento penale». L'identità del giudice che assiste all'istruzione dibattimentale, nell'ottica della Corte, è diretta attuazione del principio accusatorio di immediatezza e fonda il diritto dell'imputato di chiedere la rinnovazione. Ma, in mancanza della domanda di parte, le prove assunte dal diverso giudice conservano efficacia. Sul punto v. M. ANTINUCCI, *Procedimento probatorio e oralità del processo: mutamento del giudice e diritto alla rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale*, in *Arch pen.*, 2012, n. 1. Volendo v. anche S. PAREZZAN – M. PITTIRUTI, *Vizi e sanzioni in materia di prova*, in L. MARAFIOTI – G. PAOLOZZI, *"Incontri ravvicinati" con la prova penale*, cit., 243.

dissenso dell'imputato alla conservazione delle prove acquisite abbia per effetto quello di sanare la nullità assoluta<sup>197</sup>.

A prescindere dalla contraddizione che si verifica allorchè una nullità definita dalla legge insanabile e, così sottratta alla gestione di qualsivoglia soggetto processuale, viene considerata, di fatto, sanabile, l'errore interpretativo risiede nella premessa della disponibilità *tout court* del diritto al contraddittorio per l'imputato.

A leggere l'art. 111, comma 5, Cost., infatti, il diritto al contraddittorio è sì disponibile – tanto che l'imputato può rinunciarvi prestando il proprio consenso –, ma simile disponibilità è subordinata ad una espressa previsione di legge, senza la quale il diritto al contraddittorio resta sottratto alla gestione del suo titolare<sup>198</sup>.

Nessun altro significato può essere riconosciuto alla formula: «la legge regola i casi in cui la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio per consenso dell'imputato». Meno che mai si è autorizzati ad amputare l'*incipit* della norma costituzionale nella parte in cui sancisce una riserva di legge rinforzata<sup>199</sup>.

Dunque, non è solo una questione di metodo<sup>200</sup>, legata al contraddittorio come forma logica del procedimento conoscitivo a garanzia dell'affidabilità dei suoi esiti, utile a chi deve adottare la decisione, ma anche dell'indisponibilità del diritto ad opera dell'imputato e salva deroga espressa<sup>201</sup>.

---

<sup>197</sup> Corte cost., ord. 10 giugno 2010, n. 205, cit.

<sup>198</sup> In proposito v. P. FERRUA, *Il giusto processo*, cit., 79 ss; ID, *Il processo penale dopo la riforma dell'art. 111 della Costituzione*, in *Quest. giust.*, 2000, 49 ss.; C. CONTI, *Le due "anime" del contraddittorio nel nuovo art. 111 Cost.*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, 198; M. R. DAMASKA, *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo*, Bologna, 1991, 42 ss.

<sup>199</sup> Sulla valenza della riserva di legge rinforzata v. M. CHIAVARIO, *Dichiarazioni a carico e contraddittorio tra l'intervento della Consulta e i progetti di riforma costituzionale*, in *Legisl. pen.*, 1998, 4, 949; C. CONTI, *Le due "anime" del contraddittorio*, cit., 200.

<sup>200</sup> Come noto, in base a tale ricostruzione, il contraddittorio adempie a due funzioni essenziali: tutela i diritti di ciascuna parte e costituisce una tecnica di accertamento dei fatti. In proposito, senza pretese di esaustività, P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, XV ed., Milano, 2014, 8 ss; C. CONTI, *Le due "anime" del contraddittorio*, cit., *passim*; G. UBERTIS, *Prova e contraddittorio*, loc. ult. cit.; R. ORLANDI, *L'attività argomentativa delle parti nel dibattimento penale*, in P. FERRUA – F.M. GRIFANTINI – G. ILLUMINATI – R. ORLANDI, in *La prova nel dibattimento penale*, cit., 397.

<sup>201</sup> In tal senso, peraltro, milita la novella legislativa *in itinere* (d.d.l. n. 2067), nella misura in cui collega alla richiesta di giudizio abbreviato una implicita rinuncia al contraddittorio in grado di sanare le nullità disponibili, senza travolgere, però, quelle assolute, che restano immuni all'atto dispositivo. La novella, nel dettaglio, aggiunge all'art. 438 c.p.p., un nuovo comma 6-bis secondo cui «la richiesta di giudizio abbreviato proposta nell'udienza preliminare determina la sanatoria delle nullità, sempre che non siano assolute [...]». Sul punto, per i primi commenti cfr. G. SPANGHER, *DDL n. 2067: sulle proposte di modifica al codice di procedura penale*, in *Giur. pen. web*, 2017, 3; nonché D. PULITANÒ, *DDL n. 2067: sulle proposte di modifica al codice di procedura penale*, in *Giur. pen. web*, 2017, 3. La riforma, con riferimento alla nullità, peraltro, si pone in linea con l'approdo giurisprudenziale raggiunto con Cass., Sez. Un., 21 giugno, 2000, Tammaro (su cui, con particolare riferimento alla nullità cfr. A. VITALE, *Nullità assoluta e*



Si potrebbe parlare di diritto assoluto dell'imputato ad un certo metodo conoscitivo, funzionale alla concezione dialettica della verità, in quanto egli è il primo soggetto interessato ad elevare lo *standard* epistemologico di conoscenza e a sottoporre a critica gli elementi conoscitivi. Con le eccezioni *ex lege* in cui l'imputato viene legittimato a chiedere un sistema alternativo di accertamento, il cui statuto epistemico è più basso di quello massimo fornito dal contraddittorio<sup>202</sup>.

Se ne deduce che, senza la previsione legale, non è ammessa alcuna abdicazione del contraddittorio da parte dell'imputato e la situazione giuridica è e rimane indisponibile e altrettanto indisponibili, pertanto, devono essere le tecniche di tutela. E nel sancire la nullità assoluta, l'art. 525, comma 2, c.p.p. intendeva togliere a chiunque la possibilità di accettare gli effetti della violazione, eliminando il potere di sanatoria e l'onere di deduzione.

La distorsione interpretativa della nullità assoluta di cui all'art. 525, comma 2, c.p.p. è la spia di un travisamento relativo alla natura della situazione giuridica primaria che si riverbera anche sul precetto secondario; questo equivoco spezza il parallelismo tra interesse leso e nullità in punto di disponibilità/indisponibilità e rischia di mandare in pezzi l'intero sistema.

Ultima nullità assoluta generale da prendere in considerazione è quella relativa all'«iniziativa del pubblico ministero nell'esercizio dell'azione penale»<sup>203</sup>, come noto, obbligatoria e necessaria per effetto dell'art. 112 Cost.

---

*inutilizzabilità delle prove nel "nuovo" giudizio abbreviato*, in *Cass. pen.*, 2001, 2033; L. IAFISCO, *Il regime delle invalidità degli atti nel giudizio abbreviato: questioni vecchie e nuove prospettive dopo la legge n. 479 del 1999*, in *Giur.it.*, 2001, 116), in base al quale «il giudizio abbreviato costituisce un procedimento "a prova contratta", alla cui base è identificabile un patteggiamento negoziale sul rito, a mezzo del quale le parti accettano che la regiudicanda sia definita all'udienza preliminare alla stregua degli atti di indagine già acquisiti e rinunciano a chiedere ulteriori mezzi di prova, così consentendo di attribuire agli elementi raccolti nel corso delle indagini preliminari quel valore probatorio di cui essi sono normalmente sprovvisti nel giudizio che si svolge invece nelle forme ordinarie del "dibattimento". Tuttavia tale negozio processuale di tipo abdicativo può avere ad oggetto esclusivamente i poteri che rientrano nella sfera di disponibilità degli interessati, ma resta privo di negativa incidenza sul potere-dovere del giudice di essere, anche in quel giudizio speciale, garante della legalità del procedimento probatorio». Con l'effetto di salvare dall'effetto conservativo della sanatoria la nullità assoluta e l'inutilizzabilità patologica.

<sup>202</sup> Sulla valenza del consenso dell'imputato come modalità surrogatoria di acquisizione, priva di efficacia confessoria e comunque inidonea a rendere pacifico il fatto per mancata contestazione ed incapace di comportare una rinuncia alla rappresentazione della propria versione dei fatti, cfr. L. MARAFIOTI, "Prova negoziata" e contraddittorio, in *Cass. pen.*, 2002, 2937; ID, *Scelte autodifensive e alternative al silenzio*, cit., 329.

<sup>203</sup> Art. 178, comma 1, lett. b) e 179, comma 1, c.p.p.

La situazione giuridica *de qua*, per definizione indisponibile, è a titolarità riservata ed è connessa all'infungibilità del giudizio quale sede garantita deputata all'accertamento della responsabilità penale. L'obbligo in cui si sostanzia, inoltre, è garanzia di quei diritti, quali situazioni indisponibili – almeno nei casi di procedibilità d'ufficio – che si assumono compromessi dal reato che si ipotizza commesso<sup>204</sup>.

Ma l'indisponibilità della situazione giuridica, in questa ipotesi, non attiene solamente all'*an*; l'inizio del processo senza esercizio dell'azione è caso patologico oramai quasi di scuola, che violerebbe il principio del *ne procedat iudex ex officio*, compromettendo l'imparzialità operativa del giudice e la separazione dei ruoli. Sarebbe, in effetti, «caso monstre che un processo nascesse senza domanda: meno improbabili accidenti quali l'imputazione a tema storico indeterminato o condanne su reati concorrenti mai contestati (artt. 517 ss.) dove accusa e condanna descrivano diversamente lo stesso avvenimento»<sup>205</sup> e, secondo una certa impostazione, i vizi dell'atto imputativo relativi alla domanda di accesso ai riti alternativi<sup>206</sup>.

Relativamente al *quomodo*, del resto, il codice di rito è stato attento nel costruire un modello legale di imputazione, articolandolo su una piattaforma accusatoria particolareggiata, le cui deviazioni, se sono tali da inficiare il corretto esercizio del poterdovere di iniziativa del pubblico ministero, devono essere ricondotte nell'alveo degli artt. 178, comma 1, lett. b) e 179, comma 1, c.p.p.<sup>207</sup>.

Occorre domandarsi, allora, quale sia la ragione fondante della previsione. Quale, cioè, sia il pregiudizio che si verifica in caso di mancata osservanza delle disposizioni che presidiano l'iniziativa del pubblico ministero nell'esercizio dell'azione penale.

---

<sup>204</sup> In proposito cfr. cap. I.

<sup>205</sup> Emblematicamente, F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., 1202; C. IASEVOLI, *La nullità nel sistema processuale penale*, cit., 419 ss.; O. DOMINIONI, sub art. 179 c.p.p., in *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, cit., p. 275; T. RAFARACI, *Nullità (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Agg., II, Milano, 1998, 605 ss.

<sup>206</sup> Cass., Sez. V, 18 aprile 1995, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1995, 1145. In dottrina v. C. PEYRON, *Sulla necessità assoluta dei procedimenti instaurati con rito diverso da quello consentito*, in *Scuola positiva*, 1966, 98. V. MAFFEO, *I vizi dell'azione tra nullità e inammissibilità*, in *Cass. pen.*, 1997, 239. Secondo una diversa ricostruzione, il vizio andrebbe ricondotto nella categoria dell'inammissibilità. In questo senso, G. FOSCHINI, *Il procedimento direttissimo inammissibile*, in *Arch. pen.*, 1947, II, 463; A. GAITO, *Il giudizio direttissimo*, in A. GAITO (a cura di), *Giudizi semplificati*, Padova, 1989, 345; C. IASEVOLI, *La nullità nel sistema processuale penale*, cit., 480 ss. Le posizioni sono riassunte da T. BENE, voce *Giudizio immediato*, in *Enc. giur. Treccani*, Agg., Roma, 2002, 5, che sposa la tesi della nullità relativa.

<sup>207</sup> In questo senso, O. DOMINIONI, sub art. 179, in *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, cit., 279; T. RAFARACI, *op. cit.*, 597 ss.; L. LOMBARDO, *Il controllo del giudice sull'imputazione e i poteri del pubblico ministero*, in *Giur. merito*, 2009, 10, 2618 ss. In proposito v. anche C. IASEVOLI, *Le patologie processuali nei riti alternativi*, A. MARANDOLA (a cura di), *Le invalidità processuali*, cit. 493 ss.

In proposito, la diagnosi dei vizi in rassegna fa emergere un dato: non esiste vizio dell'imputazione, tra quelli menzionati, che non comprometta la possibilità dell'imputato di conoscere l'addebito e approntare la propria linea difensiva<sup>208</sup>. Se la difesa è possibilità di contraddire l'accusa, confutandola e mettendola in dubbio, i vizi dell'atto imputativo si traducono nella compromissione di tale diritto. La mancata e corretta ricostruzione degli elementi essenziali dell'episodio criminoso, laddove sia talmente fumosa da non fornire alcun parametro al *thema decidendum*, non è in grado di rispondere a quelle «condizioni necessari[e] per preparare la [...] difesa» dell'imputato, promesse dall'art. 111, comma 3, Cost.

Confinare la violazione del diritto di difesa a quanto previsto dall'art. 178, comma 1, lett. c)<sup>209</sup>, del resto, è operazione arbitraria, che non tiene conto del fatto che la difesa, quale termine di relazione della dialettica processuale, subisce un *vulnus* nel suo nucleo essenziale, non solo quando manca il contraddittore privato, altresì quando manca o è radicalmente incerto l'oggetto principale del contraddittorio. Non c'è bisogno, dunque, di invocare l'art. 178, comma 1, lett. c) c.p.p. il cui argomento – l'intervento, l'assistenza e la rappresentanza dell'imputato – non si rivolge al lato pubblico della contrapposizione dialettica. Né ha molto senso ipotizzare un concorso di norme, stante l'incompatibilità di regime tra nullità assoluta e *tertium genus*, che comunque imporrebbe una scelta di necessità.

La prima parte dell'art. 178, comma 1, lett. b), allora, va letta alla luce di un'interpretazione sistematica, che tenga conto direttamente delle situazioni giuridiche indisponibili riconducibili al nucleo centrale del diritto inviolabile di cui all'art. 24, comma 2, Cost., nonché all'art. 112 Cost., nell'ottica del giusto processo descritto dall'art. 111 Cost.

Al termine della diagnosi delle fattispecie positive, può trarsi la conferma dell'ipotesi di partenza. I dati normativi confortano l'idea che, nella dinamica processuale, a diritti indisponibili corrispondono nullità che ne riproducono il carattere, che nascono per effetto della inosservanza di regole normative inderogabili, in quanto funzionali alla tutela reclamata da situazioni giuridiche soggettive di tale spessore.

---

<sup>208</sup> Cfr. G. FIORELLI, *La prova nel regime delle nuove contestazioni*, in in L. MARAFIOTI – G. PAOLOZZI, *"Incontri ravvicinati" con la prova penale*, cit., 181.

<sup>209</sup> Per simile impostazione, la giurisprudenza maggioritaria. *Ex plurimis*, Cass., Sez. III, 3 febbraio 2010, Cucuzzaro, in *CED cass.*, rv. 246975.

#### 4. *L'articolazione dell'onere di deduzione nelle nullità disponibili in tutto o in parte*

Caratteristiche esattamente opposte presentano le nullità disponibili: esse «non possono essere eccepite da chi vi ha dato o ha concorso a darvi causa ovvero non ha interesse all'osservanza della disposizione violata»<sup>210</sup>; sono sottoposte a termini ed a decadenze e, infine, sono suscettibili di sanatoria.

L'aspettativa di rimozione, pur considerata meritevole di tutela e, dunque, legittima, viene lasciata ad un meccanismo di protezione rimesso, in tutto o in parte, alla volontà dell'interessato<sup>211</sup>. Il titolare della situazione giuridica lesa, infatti, diventa il centro di imputazione di specifici poteri il cui esercizio condiziona la soddisfazione dell'aspettativa, subordinando la pronuncia giudiziale e potendo finanche escludere la doverosità dell'intervento riparatore per consenso, espresso o tacito.

Congegnata per dare spazio all'autonomia della parti nella libera determinazione delle scelte processuali più consone ai propri interessi singolari, l'autogestione del rimedio si pone «come riflesso dell'autonomia del diritto leso»<sup>212</sup>, di cui il titolare può pretendere ma anche rifiutare la tutela.

Dunque, il primato del consenso, sul terreno processuale, conforma lo strumento giuridico previsto a difesa della situazione, caratterizzando i poteri di parte, di deduzione e sanatoria, in senso potestativo. Siffatta autonomia rende il titolare *dominus* dei propri diritti processuali, rifiutandosi ogni forma di tutela forzata. La deduzione della nullità diviene questione facoltativa; la singola parte legittimata è arbitra della efficacia o inefficacia dell'atto, della progressione o della regressione del processo, secondo la propria strategia e convenienza.

Così facendo, la nullità, pur sempre predisposta dall'ordinamento positivo come effetto dell'invalidità, gira intorno all'interesse del soggetto a favore del quale viene costituita.

Come è stato osservato, l'interesse implica un «raffronto fra due situazioni: raffronto volto a rilevarne il divario e la differenza. Questa corre tra la situazione [...]

---

<sup>210</sup> Art. 182, comma 1, c.p.p.

<sup>211</sup> Così già R. PANNAIN, *Le sanzioni processuali penali*, cit., 313; E. FLORIAN, *Principii di diritto processuale penale*, Torino, 1932, 127.

<sup>212</sup> C. IASEVOLI, *La nullità nel sistema processuale penale*, cit., 216.

insoddisfatta dall'un lato, e la situazione prospettata come idonea a soddisfare l'aspettativa, con la quale l'interesse è appagato»<sup>213</sup>.

Specialmente sul piano processuale, il principio dell'interesse<sup>214</sup> fa sentire la sua forza, espressa già nel codice di rito civile all'art. 100, secondo cui «per proporre una domanda e per contraddire alla stessa è necessario avervi interesse».

Nel processo penale, poi, esiste una finalità pratica «d'insuperabile valore, [la quale] non toller[a] d'essere sopraffatt[a] da le ambiziose competizioni o da tentativi cavillosi e procrastinatori. Ond'è che il principio dominante di ogni attività processuale, da quella di promuovere a quella di eseguire, è che chi agisce sia mosso da un vero e proprio concreto interesse, miri cioè a conseguire un'utilità pratica e non soltanto ipotetica»<sup>215</sup>.

L'interessato viene a coincidere, cioè, con chi trae un vantaggio<sup>216</sup> dalla rimozione del vizio, ovvero sia, dalla reintegrazione della situazione giuridica soggettiva violata o rimasta disattesa. Soltanto il titolare di una prerogativa compromessa può pretendere, infatti, che si torni indietro, sacrificando l'istanza di celerità, affinché un suo diritto processuale possa essere rispettato con un comportamento che, questa volta, osservante le disposizioni legali, sia idoneo a soddisfarlo. E sin qui nessuna incertezza.

Questione controversa, invece, attiene alla natura ed ai connotati di tale interesse. In base ad una impostazione formalistica, si ritiene che per valutare la sussistenza dell'interesse si debba avere riguardo alla titolarità astratta e non alle circostanze concrete: premesso che la legge consente ad un soggetto «che si delinei una determinata situazione processuale, è per ciò solo che questi ha diritto a chiederne l'osservanza, se pur

---

<sup>213</sup> In termini generali, E. BETTI, voce *Interesse (teoria generale)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, VIII, Torino, 1962, 839.

<sup>214</sup> «L'interesse ad agire, secondo l'insegnamento chiovendiano, “consiste in questo, che senza l'intervento degli organi giurisdizionali, l'attore soffrirebbe un danno”, il quale postula una tutela del diritto rispetto a cui viene approntata una tutela giurisdizionale [...] e [più in generale] consiste nell'esigenza di ottenere un risultato utile, giuridicamente apprezzabile e non conseguibile senza l'intervento del giudice [...] la tutela giurisdizionale è tutela di diritti e i fatti possono essere accertati dal giudice solo come fondamento del diritto fatto valere in giudizio e non di per sé, per gli effetti possibili e futuri. Solo in casi eccezionali, predeterminati per legge, i fatti possono essere accertati separatamente dal diritto che l'interessato pretende di fondare su di essi» (C. PUNZI, *Il processo civile. Sistema e problematiche*, vol. I, ed. II, Torino, 2010, 390). E ancora: «l'interesse [...] è ravvisabile in una situazione di obiettiva incertezza, non superabile se non con l'intervento del giudice, conseguente alla contestazione del diritto o al vanto che altri ne fanno».

<sup>215</sup> R. PANNAIN, *Le sanzioni processuali penali*, cit., 409.

<sup>216</sup> Sulla definizione di interesse come concetto pregiuridico, cfr. L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., 204 ss. Cfr. anche R. PANNAIN, *Le sanzioni processuali penali*, cit., 410, che definisce l'interesse come «utilità finale soggettiva dell'eccezione».

si dimostri che praticamente dalla inosservanza non gli è derivato alcun pregiudizio effettivo»<sup>217</sup>. Tale impostazione ha perso progressivamente quota, con l'emergere di una visione di stampo sostanzialistico, onde la necessità di collegare l'aggressione al «nucleo della garanzia oggetto di tutela» e «il richiesto interesse – concreto e attuale – a fare valere la nullità e gli effetti diffusivi o no di questa»<sup>218</sup>.

La presa di posizione tra le due diverse visuali non può essere netta. Nella convinzione che la sussistenza dell'interesse debba essere ragguagliata al *vulnus* subito dalla situazione giuridica protetta dalla nullità, la soluzione assume tinte variabili a seconda del grado di aderenza della seconda alla prima per come viene delineata e strutturata nel sistema.

Anticipando in parte gli esiti dell'indagine può osservarsi che, nel caso delle nullità relative, la fattispecie invalidante non poggia su un legame diretto tra lesione della situazione giuridica e nullità, poiché l'aspettativa di rimozione è predisposta in astratto e presuntivamente, in base al solo difetto di conformità dell'atto dal modello. Per cui, tale tasso di astrattezza *ex ante* ben può essere compensato dalla ricerca di un interesse concreto *ex post* quale presupposto per chiedere ed ottenere la soddisfazione dell'aspettativa. Nel caso delle nullità intermedie, invece, la stretta aderenza tra aspettativa di rimozione e lesione della situazione giuridica protetta, determina la coincidenza tra interesse astratto e concreto, perdendo consistenza e colore l'acceso dibattito sul punto. In ipotesi di nullità assolute, poi, l'interesse del titolare non rileva affatto, stante l'estraneità alla sua sfera di disponibilità; tanto è vero che neppure è richiesto dall'art. 182 c.p.p., il quale argina la latitudine del principio dell'interesse, limitandolo alle sole nullità relative e di terzo genere.

Riallacciandosi al carattere disponibile delle nullità oggetto di analisi, vale la pena rimarcare che il potere di rilevazione conferito alla parte a presidio dell'interesse si frappone tra l'aspettativa di nullità e il dovere di dichiarazione, che non è “assoluto” per rilevabilità temporale e soggettiva, bensì condizionato dall'iniziativa dell'interessato, ancorché secondo modalità differenziate per le nullità relative e quelle intermedie.

Invero, l'articolazione del potere di deduzione si esprime con la forma dell'eccezione in senso stretto per le nullità relative, sì da giustificare la formula

---

<sup>217</sup> R. PANNAIN, *Le sanzioni processuali penali*, loc. ult. cit.; V. MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale*, vol. III, cit., 89.

<sup>218</sup> Cfr. Cass., Sez. Un., 17 ottobre 2006, Michaeler, in *CED cass.*, rv. 235697.

perentoria usata in apertura dall'art. 181 c.p.p., secondo cui esse «sono dichiarate su eccezione di parte». Il significato tecnico di eccezione eleva l'esercizio di tale potere a «*conditio sine qua non* per la declaratoria giudiziale e, sotto questo profilo, diviene manifestazione pregnante del principio dispositivo»<sup>219</sup> in una prospettiva che coniuga autonomia e responsabilità e, in altri termini, facoltà e onere. Sul primo versante, la facoltà si esprime nella scelta strategica relativa all'*an*, essendo rimessa alla parte la possibilità di decidere se avvalersi o meno del rimedio che l'ordinamento gli offre per ripare il pregiudizio patito; l'onere colora di doverosità il *come* ed il *quando*, obbligando la parte che abbia optato per avvalersi della nullità al rispetto delle forme e delle scadenze processuali prescritte.

Per le nullità intermedie il discorso è più complesso<sup>220</sup>. Basti pensare che la disponibilità trova due ordini di temperamenti. *In primis*, il termine di rilevabilità è più esteso di quello stabilito per le nullità relative. Ciò, nell'ottica di assicurare una più attenta ponderazione degli interessi in gioco, non a caso evidenziati dal legislatore secondo la tecnica semiaperta della «clausola generale inclusiva»<sup>221</sup> di cui all'art. 178 c.p.p.

In secondo luogo, la possibilità di rilevazione è conferita anche al giudice, a sintomatica riprova dello spessore delle situazioni giuridiche a cui la nullità è raggugliata, le quali, pur non assurgendo a valori indisponibili, hanno un certo peso ai fini del giusto procedimento, traducendosi in situazioni soggettive che lambiscono diritti fondamentali, sottratti all'inderogabilità soltanto perché ne deve essere assicurata la piena libertà.

Ed infatti, tali correttivi non sottraggono la nullità ibrida al potere dispositivo della parte. Prima di tutto, vengono in rilievo le regole di deducibilità imposte dall'art. 182 c.p.p. Vero è che la norma è tarata sulla deducibilità ad opera della parte processuale e che, di conseguenza, non vincola il giudice, il quale, se esercitasse il suo potere di

---

<sup>219</sup> C. IASEVOLI, *La nullità nel sistema processuale penale*, cit., 217.

<sup>220</sup> Sull'origine delle nullità a regime intermedio cfr. G. CONSO, *Rimeditare le nullità*, in *Giust. pen.*, 1976, fasc. spec. *In memoria di Giuseppe Sabatini*, 153; nonché A. GALATI, voce *Nullità*, in *Enc. Dir.* XXVIII, Milano, 1978, 915. Sull'operatività del principio dispositivo nel meccanismo di rilevazione delle nullità cfr. A. GALATI, *Il comportamento delle parti nel regime delle nullità processuali penali*, cit., *passim*; C. MASSA, *op. loc. ult. cit.*

<sup>221</sup> Cfr. R. APRATI, *Nullità*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, Agg. VII, Torino, 2013, 387; ID, *Il principio di tassatività delle nullità*, in A. MARANDOLA (a cura di), *Le invalidità processuali*, cit., 71 ss.; ID, *Le nullità*, in G. SPANGHER- A. MARANDOLA-G. GARUTI- L. KALB (diretto da), *Trattato di procedura penale*, vol. I, Torino, 2015, 642 ss.

rilevazione ben riuscirebbe a superare le eventuali preclusioni maturate<sup>222</sup>. È altrettanto vero, però, che, anche il giudice incontra un limite temporale e, soprattutto, egli è privo di rimedi se la parte esercita il potere di sanatoria, abdicando definitivamente all'aspettativa di rimozione. Di qui, la necessità di avere ben chiara la distinzione tra mancata attivazione della parte nella deduzione del vizio, fattispecie che sterilizza l'onere di deduzione ma non il potere di rilevazione officiosa; e sanatoria per acquiescenza, che rende il «vizio innocuo»<sup>223</sup> per volontà inequivocabile dell'interessato, ostativa anche del rilievo giudiziale. Riducendo la mera inerzia ad ipotesi tacita di accettazione, invece, i fenomeni si sovrappongono con indebite degradazioni dell'aspettativa di nullità e deresponsabilizzazione dell'organo giurisdizionale in ordine al suo accertamento<sup>224</sup>. Anche perché l'arco temporale di esercizio del potere di rilievo officioso, più esteso rispetto al termine di decadenza incombente sulla parte, potrebbe colmare i vuoti di tutela nel caso in cui la parte, vuoi per scarsa diligenza vuoi per la maggiore debolezza della posizione processuale, potrebbe non essere in grado di cogliere l'opportunità del rimedio, in un ambito in cui la tutela della situazione lesa non è questione meramente privata.

La convergenza nel regime delle nullità intermedie di poteri dispositivi e oneri di deduzione a carico della parte, da un lato, e potere di rilievo officio, dall'altro, non stupiscono. L'inconciliabilità è più apparente che reale. Lungi dal rappresentare una forma di degradazione dell'interesse tutelato solo perché se ne restringe il campo di legittimazione e l'arco temporale, il fenomeno è sintomatico di una evidenza già nota all'ordinamento, in cui sovente accade che la dimensione individuale di un diritto non è di per sé esaustiva, contando anche in prospettiva generale, in quanto la sua protezione non è indifferente per la collettività e, nel caso di specie, per le postulate esigenze di giustizia processuale su cui le garanzie individuali inevitabilmente impattano.

---

<sup>222</sup> V. G. DI PAOLO, *Nullità processuali e sanatoria, tra tassatività e tendenze antiformalistiche*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2014, I, 246 ss. In giurisprudenza cfr. Cass., Sez. II, 21 ottobre 1998, Cantini, in *Cass. pen.*, 1999, 1857.

<sup>223</sup> La suggestiva espressione è di F. CORDERO, *Nullità, sanatorie, vizi innocui*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1961, 704 ss.

<sup>224</sup> In questi termini si è espressa recentemente Cass., Sez. I, ord. 16 dicembre 2014, n. 1624, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), con nota di M. JELOVICICH, *Alle Sezioni Unite una questione in tema di invalidità conseguente all'omesso avviso dell'udienza di trattazione del procedimento camerale al difensore di fiducia dell'imputato*, ove l'intenzione "conservativa" traspare persino nella formulazione del quesito di diritto, ove si chiede al Consesso allargato di stabilire la tipologia di nullità, assoluta o intermedia, soprattutto perché l'applicazione di quest'ultimo regime avrebbe comportato la «sanat[oria] ai sensi dell'art. 182, commi 2 e 3, c.p.p., per effetto dell'acquiescenza del difensore d'ufficio e della decadenza della parte dal diritto di far valere l'invalidità». La tesi è stata subito smentita da Cass., Sez. Un., 26 marzo 2015, n. 24630, cit.



## 5. *Autonomia e responsabilità delle strategie processuali nella gestione delle nullità disponibili*

Al di là delle sperequazioni che ne manipolano il significato, emerge nitidamente che la disponibilità su cui vengono costruiti i due trattamenti delle nullità, relative e intermedie, serve a valorizzare il ruolo delle parti nella prospettiva, tutta accusatoria, dell'autonoma e libera elaborazione delle strategie processuali. Se ne ricava che l'effettiva incidenza dell'invalidità e, in ultima analisi, la piena realizzazione del giusto processo dipendono anche dalle opzioni dei contraddittori.

Tale dato offre lo spunto per sottolineare un ulteriore aspetto del fenomeno.

Il primo mezzo giuridico impiegato per realizzare un margine di autonomia consiste, come accennato, nell'attribuzione in capo alla parte del potere di azionare la pretesa processuale relativa alla nullità. Ma, si è visto anche che il sistema processuale disconosce poteri assoluti. Tale affermazione non si indebolisce neppure se riferita ai poteri delle parti. Ecco che le nullità disponibili – o, più correttamente, i poteri ad esse correlati – sono passibili di vincoli formali.

Il potere di deduzione, pur essendo libero nell'*an*, come necessariamente richiesto dall'autonomia riconosciuta alla parte, è regolato nel *modus*. Sicché, esso si risolve nuovamente in un onere, il quale, se non correttamente adempiuto, si percuote in senso negativo sulla posizione giuridica del singolo, precludendogli l'accesso alla tutela promessa.

In questo modo, le parti processuali, oltre ad avere la signoria del vizio, ne sono responsabili<sup>225</sup>, dovendo attivarsi secondo i tempi e in base ai criteri imposti dalla legge, quali condizioni di ricevibilità della domanda o, ancora, a pena dell'estinzione del potere stesso.

Ciò, in aderenza alla valutazione legata al concetto di invalidità, la quale è frutto della qualificazione negativa in ordine al comportamento tenuto dai soggetti processuali<sup>226</sup>, allorché esercitino le loro prerogative secondo modalità non consentite, e, cioè, compiendo gli atti del procedimento in modo difforme dal loro statuto legale.

---

<sup>225</sup> Cfr. C. IASEVOLI, *La nullità nel sistema processuale penale*, cit., 218.

<sup>226</sup> Ampiamente, G. CONSO, *Il concetto e le speice d'invalidità*, cit., 61 ss.

Riassumendo i termini della questione, interesse e responsabilità, corollari, in reciproca implicazione tra loro, del carattere disponibile e vincolato del potere di deduzione, rappresentano il fulcro su cui fa perno il regime delineato dal codice di rito per le nullità diverse da quelle definte assolute.

Tanto emerge già dal primo comma dell'art. 182 c.p.p. La norma *de qua* prescrive le condizioni di nascita del potere di deduzione<sup>227</sup>, consentendo di individuare il soggetto legittimato<sup>228</sup> a far valere la pretesa: per l'appunto, colui che ha «interesse all'osservanza della disposizione violata» e che risulta estraneo alla causazione del vizio in termini condizionalistici o meramente agevolatori<sup>229</sup>. I criteri di imputazione devono essere letti congiuntamente, nella dialettica che lega le posizioni giuridiche dei soggetti processuali nella catena che muove in avanti. Così, «se il vizio si radica nel comportamento di una parte, l'ordinamento responsabilizza l'altra lasciando nel suo esclusivo dominio la gestione della violazione»<sup>230</sup>, a condizione che egli si identifichi con il soggetto interessato, poiché titolare della prerogativa a cui era strumentale l'atto che, invalidamente realizzato, ha finito per vulnerata.

L'art. 182, comma 2, c.p.p. è fonte di altri limiti al potere di deduzione: impone a chi assiste all'atto l'onere di eccepire la nullità «prima del suo compimento ovvero, se ciò non è possibile, immediatamente dopo» e di rispettare i termini di cui agli artt. 180 e 181 c.p.p. Tutto ciò, a pena di decadenza.

Indiscussa la funzione preclusiva<sup>231</sup> dell'onere di tempestività dell'eccezione, la natura della fattispecie è questione controversa.

La giurisprudenza<sup>232</sup> da per scontato, senza addurre particolari argomentazioni a sostegno, che si tratti di una causa di sanatoria, da ricondurre all'accettazione dell'atto di

---

<sup>227</sup> Secondo R. PANNAIN, *Le sanzioni processuali penali*, cit., 408, si tratta «d'impedimento a la nascita della facoltà di denuncia [...] la nullità esiste ma non può essere eccepita da la parte, che vi ha dato causa o che non ha interesse».

<sup>228</sup> Così F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., 1208.

<sup>229</sup> Il contributo della parte si apprezza su un piano materiale, mentre, da un punto di vista psicologico non viene richiesto un coefficiente soggettivo in termini di dolo o di colpa. In questo caso, pur nell'elasticità del parametro, «interverrà il savio criterio, il quale apprezzerà se e fino a che punto sia addebitabile alla parte la produzione della nullità, e, per contro, se vi sia un importante o lieve interesse di pericolo». Così, R. PANNAIN, *Le sanzioni processuali penali*, cit., 409.

<sup>230</sup> V. C. IASEVOLI, *La nullità nel sistema processuale penale*, loc. ult. cit.

<sup>231</sup> Emblematicamente, F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., 1209.

<sup>232</sup> Cass., Sez. II, 9 gennaio 2007, n. 2503, in *CED* cass., rv. 235627, secondo cui «sono affetti da nullità relativa i verbali di udienza privi della sottoscrizione del pubblico ufficiale redigente. Tale nullità, ove verificatasi nell'ambito di un dibattimento che si articola in più udienze, è da ritenere sanata per accettazione degli effetti dell'atto, ex art. 183, lett. a) c.p.p., ove la relativa eccezione non venga formulata, all'udienza

cui al successivo art. 183, comma 1, lett. a) c.p.p., finendo, così, per interpretare l'art. 182, comma 2, c.p.p. come doppiamente negativo della prima disposizione.

Alle medesime conclusioni, ma con un approfondimento critico di spessore, giunge quell'indirizzo dottrinario<sup>233</sup> che, pur evitando di ascrivere nel campo dell'acquiescenza il mancato adempimento dell'onere di tempestiva deduzione, ritiene che il decorso del tempo abbia una capacità stabilizzante degli effetti precari scaturenti dall'atto imperfetto. Ed in tale cristallizzazione risiederebbe l'efficacia sanante. Una sorta di precipitato processuale del detto secondo cui il tempo cura ogni ferita.

Seguendo tale *iter*, sembrerebbe, in effetti, che la distinzione tra limite di deduzione e sanatoria non abbia ragione d'essere, poiché i due istituti, ispirati entrambi a logiche conservative, produrrebbero comunque il medesimo effetto pratico<sup>234</sup>, ovverossia, quello di porre rimedio all'instabilità dell'atto invalido, rendendone certe le conseguenze.

In realtà, già soltanto la collocazione sistematica dei due istituti in disposizioni diverse e in successione logica mette in discussione l'assunto.

Il profilo di sistema trova conforto nell'analisi positiva, che conferma la diversità dei fenomeni sotto molteplici aspetti.

Scendendo in un grado di maggior dettaglio, infatti, si nota che, a differenza della sanatoria, la regola della tempestività non opera direttamente sugli effetti interinali dell'atto. Piuttosto, l'onere colpisce il potere e la conservazione per inerzia dell'atto invalido e dei suoi vizi è conseguenza solo eventuale e riflessa.

Ciò si riverbera sulle conseguenze che discendono dall'una e dall'altra figura giuridica. Ed invero, mentre, sanato l'atto invalido, non c'è più spazio per discutere della nullità, grazie all'intervenuta stabilizzazione; premesso che l'onere attiene al potere di azionare la nullità, qualche *chance* di demolizione residua in caso di mancato adempimento, a conferma del fatto che è la pretesa che si paralizza, senza cristallizzare gli effetti viziati e senza estinguere l'aspettativa di rimozione.

Occorre, però, sondare l'ipotesi, prendendo in considerazione i fenomeni contemplati dalla disposizione.

---

successiva»; Cass., Sez. V, 21 settembre 2010, n. 43757, in *CED* cass., rv. 248777, in base alla quale: «l'omessa notificazione del decreto penale all'imputato integra una nullità di ordine generale, la quale è sanata dall'opposizione presentata dal difensore di fiducia che non denunci l'omissione, sì da ritenere che la parte abbia accettato gli effetti dell'atto»; Cass., Sez. I, ord. 16 dicembre 2014, n. 1624, cit.

<sup>233</sup> Cfr. G. CONSO, *Il concetto e le specie d'invalidità*, cit., 52 ss.

<sup>234</sup> V. P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., 205.

Nella dinamica della fattispecie di cui all'art. 182, comma 2, c.p.p., prima parte, ad assumere rilievo, oltre allo spirare del tempo, è l'assistenza della parte al compimento dell'atto. Circostanza, questa, che, in un'ottica di autoresponsabilità e lealtà processuale<sup>235</sup>, gli impone, un'immediata reazione a tutela del torto subito.

Il che, se basta a precludere le nullità relative, radicate sul potere di parte, come visto, non incide sulla rilevabilità e sulla declaratoria di quelle intermedie. L'inerzia immediata della parte, infatti, non preclude la rilevabilità d'ufficio entro i termini di cui all'art. 180 c.p.p., a sintomatica riprova che il peso degli interessi in gioco sposta in avanti il momento preclusivo finale e, con esso, il punto di equilibrio tra valori sottesì ed economia processuale.

Il dato vale ad evidenziare che nessuna oggettiva radicalizzazione degli effetti si è ancora maturata e che l'aspettativa può ancora essere soddisfatta.

I termini del discorso non mutano, ai fini postulati, neppure se si prendono come metro di riferimento i limiti temporali di cui agli artt. 180 e 181 c.p.p., richiamati dallo stesso art. 182, comma 2, c.p.p., seconda parte, i quali prescindono dalla presenza della parte e appaiono legati esclusivamente al requisito temporale.

Il decorso del tempo è legato certamente all'esigenza di evitare che la situazione di instabilità ed incertezza si protragga al di là di un arco circoscritto. Ma anche il tempo investe, nuovamente, solo il potere, senza estendersi agli effetti viziati dell'atto né, come si vedrà, all'aspettativa di rimozione, che continua a vivere virtualmente nel processo.

È regola generale dell'ordinamento, del resto, che il decorso del tempo abbia un'efficacia, non già sanante, ma estintiva delle situazioni soggettive, e, più precisamente, del potere di azionarne la pretesa giuridica, a condizione che esse siano disponibili al titolare. Il fenomeno è assimilabile, per certi versi, alla prescrizione<sup>236</sup>, che estingue il diritto di azione, lasciando sopravvivere, in modo latente, il diritto sostanziale che si cela dietro.

Sotto altro angolo visuale, va osservato che, se la parte incorre in decadenza, ha ancora una tecnica di tutela a disposizione. Ben potrebbe, infatti, chiedere la restituzione

---

<sup>235</sup> L'ispirazione al principio di buona fede e probità processuale viene sottolineato da R. PANNAIN, *Le sanzioni processuali penali*, loc. ult. cit.

<sup>236</sup> *Ex plurimis* F. GAZZONI, *op. cit.*, 110.

nel termine per eccepire il vizio, qualora riesca a provare «di non averlo potuto osservare per caso fortuito o forza maggiore»<sup>237</sup>.

Proprio la possibilità di ricorrere a tale rimedio, rafforza l'idea. Ciò in quanto, l'istituto si configura come strumento, a carattere eccezionale, destinato a riassegnare alla parte un potere che ha perso, che si è, in definitiva, estinto per l'inutile decorso del termine processuale perentorio.

Se ne ricava che l'art. 182, comma 2, c.p.p., prima e seconda parte, genera delle condizioni di ammissibilità della domanda, le quali, se non osservate, determinano l'estinzione, non certo dell'aspettativa di rimozione, ma del solo potere di deduzione.

---

<sup>237</sup> Art. 175 c.p.p.

### Capitolo III

## LA CONSERVAZIONE DEGLI EFFETTI TRA POTERI DISPOSITIVI E SOPRAVVIVENZA DELL'ATTO PROCESSUALE

**Sommario:** **1.** *La sanatoria come atto dispositivo dell'aspettativa di rimozione.* – **2.** *Mancato esercizio del potere e "nullità latente".* – **3.** *Giudicato ed estinzione del potere di rilevazione della nullità.* – **4.** *Processo penale iniquo e reviviscenza delle nullità*

### **1. La sanatoria come atto dispositivo dell'aspettativa di rimozione**

Il verbo "sanare", da cui il sostantivo "sanatoria" trae la propria radice, evoca immediatamente l'attività di cura di una patologia. Nell'accezione linguistica invalsa nell'uso comune, la locuzione è impiegata anche per indicare «l'atto con cui si decide di soprassedere nei confronti di mancanze più o meno gravi [...] o comunque si omette di prendere i provvedimenti o di infliggere le pene previste»<sup>238</sup>.

Entrambi i significati, di rimedio a disfunzioni e di conservazione di effetti negativi, si rintracciano nel dominio giuridico<sup>239</sup>. La sanatoria è istituto "ubiquo", trasversale ai vari settori del diritto, conosciuto come strumento dotato di funzione rimediabile dei vizi di un atto giuridico imperfetto, il cui concetto è utilizzato per spiegare il fenomeno della sua conservazione.

Anche nel diritto processuale-penale, l'istituto della sanatoria indica un mezzo a vocazione conservativa, a contenuto tipico, con cui «si pone riparo ad una condotta processuale non conforme allo scopo del processo»<sup>240</sup>.

Ma, al di là dell'intuitiva ricostruzione, meno chiara è l'individuazione dell'oggetto e, conseguentemente, del modo di funzionamento del congegno riparatore. Su entrambi i fronti e con ripercussioni non trascurabili in ordine alla funzione assolta dall'istituto, la messa a fuoco è risultata poco agevole, onde la necessità di risalire alle origini del problema.

---

<sup>238</sup> *Dizionario della lingua italiana* in [www.treccani.it](http://www.treccani.it).

<sup>239</sup> Nel diritto privato, il termine è usato specie con riferimento alla convalida del negozio annullabile, per indicare la stabilizzazione degli effetti prodotti da un atto negoziale affetto da un vizio del consenso, a seguito della manifestazione di volontà del soggetto a cui sarebbe spettata l'azione di annullamento. Sul punto, F. GAZZONI, *op. cit.*, 995 ss.; C. BIANCA, *op. loc. ult. cit.*; R. TOMMASINI, *La patologia dei contratti*, in AA. VV., *Lezioni di diritto civile*, cit., 1990, 185; ID, *Annullabilità e annullamento (dir. priv.)*, loc. ult. cit.

<sup>240</sup> Così, F. GRISPIGNI, *Diritto processuale penale*, I, Roma, 1945, 150; G. CONSO, *Il concetto e le specie di invalidità*, cit., 29 ss.

Ebbene, le perplessità sorte intorno all'inquadramento della sanatoria sono frutto di un equivoco di fondo e, vale a dire, dell'inversione causale con cui, a lungo, si è letto il rapporto tra nullità e invalidità. Segnatamente, si è visto che la nullità è stata raffigurata come causa interna, e non già effetto ulteriore e successivo, dell'invalidità. Così, la prima ha finito per identificarsi, nel lessico della dogmatica, con la seconda, divenendone una *specie*, avente, quindi, il medesimo argomento, ovverosia l'atto.

Proprio questa apparente coincidenza tra invalidità e nullità, come due predicati nominali, in rapporto di genere a specie, dell'atto, ha ingenerato l'equivoca idea della sanatoria come fattispecie volta alla riparazione dell'atto in sé considerato<sup>241</sup>.

Il diritto positivo, di ieri come di oggi, del resto, non ha aiutato a dissipare l'ambiguità. Ancora nel codice vigente è possibile udire l'eco dell'incertezza: mentre, infatti, la legge processuale descrive il legame tra invalidità e nullità con chiarezza in termini di causa ed effetto agli artt. 124 e 177 c.p.p., ove la distinzione logica e concettuale è netta; torna a sfumarne i confini nelle successive disposizioni; sino ad annullarli completamente negli art. 183, comma 1, lett. b) e 185 c.p.p., in cui la nullità, già a livello sintattico, è configurata quale attributo dell'atto.

Di qui, la radicale oscurità in cui, di primo acchitto, brancola l'interprete davanti all'*incipit* dell'art. 183 c.p.p., il quale, noncurante del malinteso, afferma perentoriamente che, in via generale, «salvo che sia diversamente stabilito, le nullità sono sanate [...]».

Il discorso ha assunto contorni più definiti solo quando la speculazione scientifica ha colto l'evidenza del dato empirico, mettendo da parte la ricostruzione dogmatica fino ad allora imperante. Si è, così, fatto notare che le sanatorie non fanno e non possono far «venir meno l'imperfezione dell'atto [rendendo] questo perfetto, [...] perché, una volta compiuto, l'atto o è perfetto o non lo è, in modo definitivo: esse possono soltanto porre rimedio alle conseguenze negative dell'imperfezione»<sup>242</sup>.

L'affermazione, tutt'altro che banale, illumina l'interprete: è chiaro, infatti, che a seguito della sanatoria, non c'è alcuna magica riparazione dell'atto, che oramai costituisce un fatto passato irrimediabile, essendosi completamente esaurita la fase costitutiva<sup>243</sup>. Ciò su cui si può ancora agire, invece, sono i suoi effetti.

---

<sup>241</sup> In proposito cfr. R. PANNAIN, *Le sanzioni processuali penali*, cit., 436, nota 1, secondo cui la sanatoria si atterrebbe come «condizione risolutiva; da cui discende che l'atto imperfetto è invalido [...] e la condizione (sanatoria) risolve l'invalidità in validità, e fa cessare la facoltà di denunzia»

<sup>242</sup> V. G. CONSO, *Il concetto e le specie di invalidità*, cit., 34 ss.

<sup>243</sup> C. IASEVOLI, *La nullità nel sistema processuale penale*, 238.

Resterebbe da chiarire come mai il codice di rito si ostini a riferire la sanatoria alla nullità. Seguendo l'indirizzo suddetto, invero, gli effetti su cui agirebbe la sanatoria – sempre sulla scorta dell'assunto, da cui si prendono le mosse, della nullità come forma di invalidità – sarebbero necessariamente qualcosa di diverso rispetto alla nullità in sé considerata, identificandosi con gli effetti nel frattempo interinalmente prodottisi. Più nel dettaglio, si è affermato che conseguenza tipica della sanatoria sarebbe non già la produzione di effetti nuovi e diversi ma la stabilizzazione di quelli corrispondenti a quelli dell'atto perfetto, originati, seppur in modo precario, dall'atto imperfetto sanabile<sup>244</sup>.

Il congegno sanante, in questi termini, viene a collocarsi nella teoria dell'atto, dando luogo ad una fattispecie alternativa sussidiaria. Il legislatore, in altre parole, avrebbe costruito non una ma due diverse fattispecie: la prima ordinaria, non integrata dall'atto in concreto realizzato, rispetto ad essa imperfetto e, quindi, invalido; la seconda, ideata come alternativa sussidiaria e più complessa della prima, in quanto destinata ad operare sul presupposto dell'imperfezione e comprensiva di almeno un elemento in più, quello riparatore. L'atto processuale invalido così implementato diverrebbe perfetto con riferimento alla fattispecie integrata dalla sanatoria. Il che legittimerebbe un'operazione di surrogazione, tale per cui «alla minor rilevanza dell'atto imperfetto si sostituisc[e] la stessa rilevanza dell'atto perfetto»<sup>245</sup>. In ultima analisi, fallita la fattispecie perfetta principale, ci sarebbe un'altra *chance* per raggiungere il medesimo effetto tipico programmato, conseguito, però, «anziché nel modo considerato normale dal legislatore, in quell'altro modo di ripiego, in quanto individuato [...] per conservare un atto imperfetto»<sup>246</sup>.

Il ragionamento seguito fornisce una spiegazione del fenomeno sanante molto vicina alla realtà. Tuttavia permangono delle antinomie strutturali che vanno tenute in considerazione.

Anzitutto, la tesi ripercorsa non si concilia con il contesto letterale, dovendosi, alla stregua dell'*iter* in essa tracciato, ritenersi erroneo e fuorviante il riferimento alla nullità come argomento della sanatoria operato dalla clausola di apertura dell'art. 183 c.p.p.

---

<sup>244</sup> In questi termini, emblematico G. CONSO, *Il concetto e le specie di invalidità*, loc. ult. cit.

<sup>245</sup> Cfr. G. CONSO, *Il concetto e le specie di invalidità*, loc. ult. cit.

<sup>246</sup> G. CONSO, *Il concetto e le specie di invalidità*, 36; F. CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, vol. II, Padova, 1938, 493; G. SABATINI, *Il principio di conversione nelle impugnazioni plurime*, in *Giust. pen.*, III, 1952, 389; F. CORDERO, *Procedura penale*, loc. ult. cit.



In secondo luogo, può apparire bizzarro, se non addirittura incompatibile con l'infungibilità delle forme presupposta per la tenuta del sistema, che il legislatore abbia pensato per ogni ipotesi di fattispecie perfetta non realizzata una alternativa di fuga, benché di ripiego<sup>247</sup>. Ad essere compromessa, invero, sarebbe la stessa utilità della previsione di garanzia. L'istanza conservativa, eccezionale nell'ottica della statuizione della nullità, infatti, diverrebbe più estesa della regola di rimozione, dando credito a chi notava che «nella realtà dei diritti positivi il processo tende a correggere in sé stesso i propri vizi, quasi esercitando una specie di autocontrollo»<sup>248</sup>.

Inoltre, non si capisce per quale ragione il legislatore, nella costruzione di fattispecie alternative, tra le miriadi di circostanze suscettibili di essere tipizzate abbia tenuto in debito conto solo quelle collegate, senza alcuna eccezione, a comportamenti successivi del soggetto portatore di un interesse contrapposto a quello della parte che ha compiuto l'atto invalido, quando invece la realizzazione della fattispecie tipica ordinaria dipende dal comportamento dell'autore.

A questo punto, si può tentare di ricomporre i pezzi del *puzzle*.

Non può essere casuale, infatti, la circostanza per cui il *dominus* della sanatoria venga a coincidere con il titolare dell'aspettativa di rimozione, nata a seguito del *vulnus* cagionato alle prerogative processuali che gli vengono imputate. Così come non è casuale, volgendo lo sguardo al diritto civile sostanziale, che la convalida di un contratto annullabile sia rimessa al contraente al quale spetta l'azione di annullamento, rinunciando, così, alla tutela del diritto di autodeterminazione a cui l'annullabilità è servente<sup>249</sup>.

Secondo un meccanismo non dissimile, la possibilità per un soggetto di disporre di una certa prerogativa passa, nel processo, attraverso la rinuncia al potere di sollecitare la soddisfazione dell'aspettativa di rimozione posta a sua salvaguardia.

---

<sup>247</sup> Osserva F. CORDERO, *Nullità, sanatorie, vizi innocui*, cit., 704: «la prescrizione d'una condotta, come mezzo indispensabile al conseguimento d'un dato effetto, si affievolisce a semplice raccomandazione d'un *modus procedendi*, fungibile rispetto ad ogni altro, che ai soggetti del processo piaccia escogitare: quasi ci si trovasse di fronte ad una serie d'atti a forma libera, dei quali l'ordinamento non si interessa se non per statuire il singolo scopo, lasciando alle parti e al giudice la scelta della via meno ardua per conseguirlo. L'ipotesi è insostenibile in un sistema sul tipo del nostro, nel quale una libertà nella scelta dei mezzi sussiste nei soli limiti in cui non siano dettate prescrizioni (l'inosservanza delle quali, s'intende non comporti una mera irregolarità) in ordine al *quomodo* dell'atto».

<sup>248</sup> Così G. CONSO, *Il concetto e le specie di invalidità*, 26 richiamando P. CALAMANDREI, *Vizi della sentenza e mezzi di gravame*, in *Studi di diritto processuale*, I, Padova, 1930.

<sup>249</sup> Così, F. GAZZONI, *op. cit.*, 995 ss.

Tutto ciò lascia trasparire che la sanatoria opera sul presupposto «dell'attribuzione di un potere dispositivo alla parte, che può scegliere strategicamente di avvalersi o meno delle garanzie previste o di prestare il consenso alla produzione di effetti quando l'ordinamento gli conferisca il potere di bloccarne il verificarsi»<sup>250</sup>.

E tale potere dispositivo ha un senso in tanto in quanto la nullità venga qualificata essa stessa come situazione giuridica soggettiva predisposta *ex lege* in conseguenza di un atto invalido. Altrimenti, non si capisce di cosa il soggetto, con la sanatoria, potrebbe disporre.

Di più, l'istituto della sanatoria può operare, come in effetti accade, solo nell'ambito delimitato delle nullità intermedie e relative. Neppure tale circostanza è frutto del caso. Simmetricamente, infatti, nel perimetro tracciato si inserisce la tutela di quelle situazioni giuridiche soggettive caratterizzate dalla disponibilità; tale loro carattere si ripercuote sull'aspettativa di nullità, che è, del pari, disponibile nella misura in cui risulta sanabile dal titolare. Ecco perché, al contrario, le nullità assolute sono immuni da tale meccanismo: la refrattarietà al potere di autonomia è il riflesso dell'indisponibilità della situazione giuridica soggettiva predisposta a monte.

Letto in questi termini, il potere in cui la sanatoria si risolve non integra una fattispecie "monca"<sup>251</sup>, ma è estrinsecazione dell'atto dispositivo della situazione giuridica di nullità.

Per conseguenza, è ben possibile affermare che l'oggetto diretto della sanatoria coincida con la nullità, una volta ricostruita come situazione soggettiva. Dato, questo, che si lasciava presagire già dall'art. 183 c.p.p.

Da quest'angolo prospettico, la stabilizzazione degli effetti dell'atto rappresenta una conseguenza indefettibile, ma pur sempre indiretta, dell'aver disposto dell'aspettativa. La manifestazione di una volontà contraria a far valere la rimozione consolida gli effetti nati illegittimamente dall'atto invalido, perché l'aspettativa di nullità ricade, in potenza, su di essi. Sicché la rinuncia alla nullità si traduce nella irreversibilità degli effetti, avendo il titolare scelto di non chiederne l'eliminazione.

---

<sup>250</sup> C. IASEVOLI, *La nullità nel sistema processuale penale*, 259.

<sup>251</sup> In proposito V. DENTI, *Note sui vizi dell'avolontà negli atti processuali civili*, Pavia, 1959, 59 ss.

La frattura alla legalità si ricompone, dunque, per mezzo della volontà dell'interessato, che guadagna senza dubbio un ruolo di spicco ai fini del comportamento rimediabile.

Tutto ciò accade, tuttavia, senza scavalcare le esigenze sottese alla legalità. Anzi, proprio tali istanze impongono una tipizzazione dei comportamenti significativi che si assumono dotati di rilevanza (esclusiva) ai fini della verifica dell'effetto sanante.

Su tale fronte, autonomia della volontà ed eteronomia della legge si compendiano a vicenda nella regolamentazione della sanatoria: la prima emerge dal riconoscimento del potere di disposizione in capo al titolare dell'interesse compromesso dall'atto vietato e della relativa aspettativa di garanzia; la seconda si estrinseca nell'individuazione delle forme tipiche, legislativamente prefissate, reputate idonee per conseguire l'effetto sanante. La conservazione di efficacia, in definitiva, è conseguenza tipica della sanatoria, doppiamente conforme alla volontà del singolo e alla legge. È quest'ultima, difatti, che offre alla parte il mezzo per fargli perseguire un simile obiettivo.

Lo sguardo deve essere rivolto, a questo punto, ai fatti tipizzati, per verificare se la tesi trovi conferma o smentita.

Ebbene, se si scorrono velocemente le fattispecie – dalla rinuncia espressa ad eccepire la nullità, all'accettazione degli effetti dell'atto di cui all'art. 183, comma 1, lett. a) c.p.p.; all'esercizio della facoltà a cui era preordinato il compimento dell'atto invalido, a norma della lett. b) della disposizione in parola; sino alle ipotesi speciali di comparizione o sua rinuncia *ex art. 184 c.p.p.* – sembrerebbe che un *fil rouge* possa rinvenirsi. Il punto di contatto è dato dalla cosciente e volontaria realizzazione di comportamenti stereotipati, necessariamente posteriori al compimento dell'atto invalido, espressivi di un potere di autonomia.

Ulteriore elemento di conferma sulla natura dell'istituto come atto abdicativo dell'aspettativa di rimozione deriva dalla sanatoria delle nullità, diverse da quelle assolute, già prefigurata in sede ermeneutica, e oggetto della novella legislativa *in itinere*<sup>252</sup>, maturata a seguito della richiesta di giudizio abbreviato. Tale rito, invero,

---

<sup>252</sup> Si fa riferimento al d.d.l. n. 2067, nella misura in cui collega alla richiesta di giudizio abbreviato una implicita rinuncia al contraddittorio in grado di sanare le nullità disponibili, senza travolgere, però, quelle assolute, che restano immuni all'atto dispositivo. La novella, nel dettaglio, aggiunge all'art. 438 c.p.p., un nuovo comma *6-bis* secondo cui «la richiesta di giudizio abbreviato proposta nell'udienza preliminare determina la sanatoria delle nullità, sempre che non siano assolute [...]». Sul punto, per i primi commenti

rappresenta un negozio processuale abdicativo che può avere «ad oggetto esclusivamente i poteri che rientrano nella sfera di disponibilità degli interessati, ma resta privo di negativa incidenza sul potere-dovere del giudice di essere, anche in quel giudizio speciale, garante della legalità del procedimento probatorio»<sup>253</sup>. Precipitato logico è che dall'effetto conservativo della sanatoria si salva la nullità assoluta (e l'inutilizzabilità patologica), mentre le nullità disponibili (e l'inutilizzabilità fisiologica) vengono travolte dal negozio abdicativo.

Il significato che si ricollega a tali comportamenti è lo stesso per tutti e di tenore univoco, dovendo rappresentare la manifestazione di una volontà incompatibile con quella di avvalersi dell'aspettativa di rimozione, *id est* consenso al consolidamento degli effetti dell'atto invalido.

Ad identico senso logico, corrispondono, però, forme diverse di comportamenti da cui ricavare la suddetta volontà.

Al riguardo, già la lett. a) dell'art. 183 c.p.p. contempla ipotesi di acquiescenza strutturalmente differenziate, in cui vengono coniate plurime modalità dispositive dell'aspettativa di nullità. Nel dettaglio, nel caso di rinuncia espressa all'eccezione, la manifestazione dispositiva riguarda in via diretta l'esercizio del potere di chiedere la rimozione degli effetti prodotti, risolvendosi l'abdicazione esplicita nel presupposto da cui inferire in via abduittiva l'accettazione della loro verificaione<sup>254</sup>.

Lo schema comportamentale dell'accettazione degli effetti dell'atto invalido è esattamente l'inverso. Il soggetto esprime una volta diretta a mantenere "in vita" quegli effetti ed è per questa ragione che decide di non far valere l'aspettativa della loro demolizione<sup>255</sup>, con relativa consolidazione.

In entrambi i casi, il titolare dispone, rinunciandovi, dell'aspettativa di nullità e, conseguentemente, si cristallizzano gli effetti prodotti dall'atto invalido; mentre, però, nella prima ipotesi la conformità alla volontà del soggetto dell'avvenuto consolidamento degli effetti precari è ricavata dalla espressa realizzazione di un atto abdicativo della nullità; nella seconda la volontà conservativa è la ragione che induce il titolare a non

---

cfr. G. SPANGHER, *DDL n. 2067: sulle proposte di modifica al codice di procedura penale*, loc. ult. cit.; nonché D. PULITANÒ, *DDL n. 2067: sulle proposte di modifica al codice di procedura penale*, loc. ult. cit.

<sup>253</sup> Cass., Sez. Un., 21 giugno, 2000, Tammaro (su cui, con particolare riferimento alla nullità cfr. A. VITALE, *op. loc. ult. cit.*; L. IAFISCO, *op. loc. ult. cit.*).

<sup>254</sup> Cfr. A. FURGIUELE, *Concetto e limiti dell'acquiescenza nel processo penale*, Napoli, 1998, 43 ss.

<sup>255</sup> C. IASEVOLI, *La nullità nel sistema processuale penale*, cit., 257.

attivare la garanzia. È stato così notato che, paradossalmente, la rinuncia espressa vale acquiescenza tacita degli effetti e che, all'opposto, la loro accettazione costituisce rinuncia implicita alla nullità<sup>256</sup>.

Sono pretermessi, ad ogni modo, comportamenti meramente negativi: scongiurati, nell'un caso, dalla forma espressa della rinuncia e, nell'altro, dalla diretta accettazione della verifica degli effetti.

Più complessa, in un'ottica dispositiva, è la spiegazione della sanatoria per esercizio della «facoltà a cui era preordinato l'atto omesso o nullo»<sup>257</sup>, perché spesso associata alle categorie di estrazione giurisprudenziale o dogmatica del vizio innocuo<sup>258</sup>, della nullità non pregiudizievole<sup>259</sup>, dell'inoffensività in concreto<sup>260</sup>.

La disponibilità, in questo caso, viene in rilievo sotto un duplice versante: in senso dismissivo, come rinuncia volontaria del diritto di far valere la nullità, e come freno a fenomeni di abuso. Ciò apre nuovi scenari che saranno indagati più avanti nella ricerca. Benché, infatti, l'assenza del pregiudizio effettivo come requisito negativo svolga un ruolo diverso a seconda che sia inserito nella fattispecie di sanatoria di cui all'art. 183, comma 1, lett. b) c.p.p.<sup>261</sup> piuttosto che essere impiegato come criterio interpretativo generale<sup>262</sup>, è opportuna una trattazione unitaria.

---

<sup>256</sup> Così, A. FURGIUELE, *op. e loc. ult. cit.*

<sup>257</sup> E. CIABATTI, sub Art. 183 c.p.p., in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, cit., 354.

<sup>258</sup> Sul tema, R. APRATI, *Il principio di tassatività delle nullità*, in A. MARANDOLA (a cura di), *Le invalidità processuali. Profili statici e dinamici*, cit., 71 ss.; ID, *Nullità*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, VII aggiornamento, 2013, 390 ss.; E. AMODIO, *Il fascino ingannevole del pregiudizio effettivo*, *loc. ult. cit.*; R. ORLANDI, *Abuso del diritto o diritto all'abuso?*, *loc. ult. cit.*; F. PALAZZO, *op. loc. ult. cit.*; G. ILLUMINATI, *op. loc. ult. cit.*; A. MARANDOLA, *La patologia dell'atto processuale: indirizzi sostanziali vs legalità formale*, *loc. ult. cit.*

<sup>259</sup> V. M. CAIANIELLO, *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nelle invalidità processuali penali*, Bologna, 2012, *passim.*; F. CAPRIOLI, *Abuso del diritto e nullità inoffensive*, cit., 2410 ss.; M.C. MARZO, *op. loc. ult. cit.*

<sup>260</sup> Cfr. M. BOSCHI, *op. loc. ult. cit.*; P. MOSCARINI, *op. loc. ult. cit.*; C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, cit., 474, secondo cui «nonostante la palese contiguità con l'equipollenza e con la sanatoria, il difetto di offensività dal punto di vista logico non è costruito come un fatto sopravvenuto al verificarsi della invalidità. Si tratta, viceversa, di una ipotesi nella quale l'invalidità non giunge neppure ad essere dichiarata perché malgrado la violazione della norma l'interesse tutelato è rimasto integro. Pertanto, l'istituto in oggetto costituisce una condizione ostativa alla declaratoria della invalidità».

<sup>261</sup> Cfr. G. LOZZI, *Sui tentativi giurisprudenziali di ampliare le possibilità di sanatoria delle nullità assolute*, cit., 897; C. IASEVOLI, *La nullità nel sistema processuale penale*, cit., 246 ss.; F. CORDERO, *Nullità, sanatorie, vizi innocui*, *loc. ult. cit.*

<sup>262</sup> L'esigenza è sottolineata da R. APRATI, *Nullità*, *loc. ult. cit.*

## 2. Mancato esercizio del potere e “nullità latente”

L’esistenza di un meccanismo deputato all’accertamento dell’aspettativa di nullità porta con sé l’eventualità che, in caso di mancato esercizio del potere di deduzione ad opera delle parti o di rilevazione dell’organo giurisdizionale, l’aspettativa di rimozione non venga accertata e non si traduca, quindi, nell’inefficacia.

Questa rilevanza del binomio inazione-tempo appare legata all’esigenza di evitare che l’incertezza connessa alla potenziale portata demolitrice della nullità si protragga oltre un certo limite. In effetti, il decorso del tempo senza l’attivazione del rimedio assume valore a fini preclusivi<sup>263</sup>; impedisce, cioè, l’accertamento dell’aspettativa, passando per l’estinzione dei poteri di rilevazione e introducendo, anche in materia di nullità, termini perentori e decadenze.

Ebbene, la decadenza, come è stato osservato, «non consiste in un’imperfezione. Essa ha luogo senza che alcun atto venga compiuto; anzi, ha luogo proprio per questo mancato compimento [...] non è, quindi, una specie di invalidità»<sup>264</sup>. Diversamente, la dottrina processual-penalista<sup>265</sup> è, oramai, concorde nel ritenere, sulla scia degli approdi già raggiunti dagli studi processual-civilistici<sup>266</sup>, che colui il quale incorra in decadenza perda facoltà e poteri processuali. Più precisamente, «la scadenza del termine [...] distrugge[...] il diritto di agire»<sup>267</sup>; in altre parole, la decadenza segna un limite,

---

<sup>263</sup> Cfr. R. PANNAIN, *Le sanzioni processuali penali*, cit., 443; 458-494.

<sup>264</sup> Così, G. CONSO, *Il concetto e le specie d’invalidità*, cit., nota 50, 86, riconoscendo che «al problema dell’invalidità essa, però, si ricollega qualora, nonostante la decadenza, venga compiuto l’atto che avrebbe dovuto essere compiuto soltanto prima del verificarsi della decadenza», con ciò ponendo il problema di quale tipo di vizio processuale si produca.

<sup>265</sup> In proposito, R. PANNAIN, *Le sanzioni processuali penali*, loc. ult. cit.; G. CONSO, *Il concetto e le specie d’invalidità*, loc. ult. cit.; E. FLORIAN, *Principii di diritto processuale penale*, cit., 112-113 e 136-137; V. MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale*, cit., vol. I, 197; A. STOPPATO, *Commento al codice di procedura penale*, IV, 1918, Torino, 754 ss.; S. RICCIO, *La preclusione processuale penale*, Milano, 1951, passim; G. LOZZI, voce *Preclusioni (dir.pen.proc.)*, in *Enc. giur.*, XXVI, Roma, 1989, 6. Tra i contributi più recenti cfr. L. MARAFIOTI – R. DEL COCO, *Il principio di preclusione nel processo penale*, Torino, 2011, passim; L. LUPARIA, *La maschera e il volto della preclusione nei delicati equilibri del rito penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 135 ss.; G. CANZIO- E. MARZADURI-G. SILVESTRI, *Preclusioni processuali e ragionevole durata del processo*, in *Criminalia*, 2008, 241 ss.; R. ORLANDI, *Principio di preclusione e processo penale*, in *Proc. pen. e giust.*, 2011, 5, 1 ss.; G. SILVESTRI, *Le preclusioni nel processo penale*, in *Arch. pen.*, 2011; G. LEO, *L’abuso del processo nella giurisprudenza di legittimità*, in *Dir. pen.proc.*, 2008, 508; C. RUSSO, *Brevi riflessioni sulla preclusione per consumazione nel processo penale*, in *Giust. pen.*, 2011, 111 ss.

<sup>266</sup> Proprio in ambito processual-civilistico, infatti, il tema della preclusione ha trovato approfondimento teorico e pratico. Tra i vari contributi, senza pretese di esaustività cfr.

<sup>267</sup> Emblematicamente, A. STOPPATO, *Commento al codice di procedura penale*, IV, cit., 756.

ricollegando all'inazione permanente, protrattasi oltre un dato lasso temporale, un'efficacia estintiva dei poteri di rilevazione.

E non si è mancato di notare che la matrice della preclusione si riconnette a quell'autoresponsabilità<sup>268</sup>, sottesa al mancato assolvimento dell'onere, di cui si è voluta caricare la parte processuale. In ottica di responsabilizzazione e di *fair play*, tesa a salvaguardare il valore di garanzia della nullità, «la legge processuale penale, appunto per ovviare agli inconvenienti che potrebbero derivare da una sconfinata libertà di deduzione, ed evitare che le nullità divenissero cavilli nelle mani di legali più amanti delle forme che della sostanza, dispone che le nullità non possono eccepirsi oltre un dato momento perentoriamente stabilito, e che varia secondo la sede in cui esse si verificarono: elasso il quale [...] si concreta[...] la decadenza della facoltà di deduzione per inattività nel termine perentorio»<sup>269</sup>.

Il fenomeno già è stato osservato nella disciplina delle nullità disponibili, ove può capitare che si verifichi la stabilizzazione degli effetti illegittimi, in conseguenza della mancata osservanza dell'onere di tempestiva eccezione.

Ma, in senso lato, ciò vale anche per le nullità indisponibili. In una prospettiva chiusa, incapace di assegnare rilevanza *extra iudicium* alle iniquità processuali, le nullità indisponibili non sono state considerate, altresì, sempre rilevabili, come pure ci si sarebbe potuto attendere, in virtù del loro legame a situazioni giuridiche meritevoli della promessa di inviolabilità.

Tanto è bastato a disilludere chi aveva riposto fiducia nell'attributo di assolutezza che il legislatore ha assegnato a codeste nullità<sup>270</sup>, sino al punto che si è messo in dubbio che simili patologie potessero essere chiamate con tale appellativo, almeno inteso nell'accezione civilistica del termine, ove il concetto di nullità è sorto e si è differenziato

---

<sup>268</sup> Cfr. S. PUGLIATTI, voce *Autoresponsabilità*, in *Enc. giur.*, IV, Milano, 1959, 463 ss.; A. CARRATTA, *Il fondamento del principio di preclusione*, in L. MARAFIOTI-R. DEL COCO (a cura di), *Il principio di preclusione nel processo penale*, cit., 17 ss.; C. IASEVOLI, *La nullità nel sistema processuale penale*, cit., 218; R. PANNAIN, *Le sanzioni processuali penali*, cit., 408.

<sup>269</sup> In questo senso, R. PANNAIN, *Le sanzioni processuali penali*, cit., 443.

<sup>270</sup> Notava già R. PANNAIN, *Le sanzioni processuali penali*, cit., 315, richiamando la Relazione al progetto definitivo del codice di rito, che «una vera assolutezza non esiste, perché [...] l'atto può sempre rimanere valido per il *silenzio* delle parti, o per la mancanza di un rilievo d'ufficio, o per l'autorità di cosa giudicata». Così, si è osservato che «per la teoria dei vizi degli atti processuali penali, il problema dei rapporti tra inesistenza e nullità insanabile non presenta, però, interesse: neppure dopo la legge 18 giugno 1955 la figura della vera e propria nullità insanabile trova posto nel diritto processuale penale vigente in Italia». In tema, v. anche P. SECHI, *Nullità assolute e durata ragionevole dei processi: prassi applicative e riflessioni de iure condendo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 250 ss.

dall'annullabilità anche sulla base della sua capacità di resistenza temporale e, quindi, dell'imprescrittibilità dell'azione<sup>271</sup>.

La scelta del legislatore processuale è stata, però, diversa. Un ruolo importante nella disciplina del sistema processuale è stato rivestito dal principio di ragionevole durata e dall'aspirazione dell'ordinamento alla certezza<sup>272</sup>. Oltre un certo ambito temporale, la tendenza a mettere un punto sulla proponibilità delle questioni relative alla nullità, anche assoluta, finisce per prevalere sull'esigenza di giustizia processuale. Di qui l'idea che il potere d'invalidazione debba, seguendo questa linea, nascere e morire nel processo, la cui fine segna anche la scadenza del potere di rilevazione delle nullità indisponibili.

A fronte di simile imperfezione fisiologica, si è costretti a riconoscere che la predisposizione della nullità fornisce una garanzia imperfetta, giacché l'ordinamento si arrende ad un certo grado di ineffettività delle situazioni giuridiche nel processo penale: tanto dell'aspettativa di rimozione, quanto della situazione primaria oggetto di tutela, oramai rimasta irrimediabilmente compromessa.

Ma un punto merita precisazione. Ineffettività non vuol dire che la situazione di nullità non esista più. Quando viene definita come ineffettiva, vuol dire che una situazione giuridica deve pur sempre sussistere<sup>273</sup>. L'oggetto della decadenza, del resto, è ben delineato. Essa investe il potere processuale d'invalidazione, senza estendersi né alla qualificazione dell'atto e dei suoi effetti, che continuano ad esistere invalidamente; né tantomeno coinvolge l'aspettativa di rimozione, che continua a "vivere virtualmente nel processo", in uno stato di quiescenza che consente di descriverla come situazione giuridica soggettiva ineffettiva.

Ciò è perfettamente in linea con la natura delle situazioni giuridiche in gioco: la nullità, come aspettativa statica e individuale proiettata al futuro, non è suscettibile di essere limitata, mentre ben può rimanere insoddisfatta; viceversa, il potere di rilevazione, in quanto situazione dinamica capace di modificare unilateralmente la realtà processuale,

---

<sup>271</sup> Cfr. G. CONSO, *Il concetto e le specie d'invalidità*, cit., 81, il quale evidenziava come «nel settore civilistico "nullità" viene per lo più impiegata in netto contrapposto all'annullabilità, per indicare [...] i casi di imperfezione insanabile [...]. In campo processuale penale si parla, invece, di "nullità" con riferimento ad imperfezioni sanabili».

<sup>272</sup> Cfr. G. CANZIO- E. MARZADURI-G. SILVESTRI, *Preclusioni processuali e ragionevole durata del processo*, loc. ult. cit.

<sup>273</sup> In termini generali, cfr. L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., 678.



è passibile di essere disciplinata e organizzata secondo un ordine prestabilito dal legislatore.

Allora, benché sia addirittura scontato ribadire che la decadenza si concreta nella perdita del diritto di far valere la nullità, meno immediato è accorgersi che ciò equivale a riconoscere che la nullità sopravvive e sfugge alla decadenza. Nell'impostazione dogmatica tradizionale, anche se si è giunti ad affermare senza incertezze che l'impronta della decadenza risiede nella consumazione di poteri e facoltà processuali, si riconduce il fenomeno sempre nell'alveo della sanatoria<sup>274</sup>, estendendo, in questo modo, la preclusione dal potere d'invalidazione all'aspettativa di rimozione.

Si è visto, invece, che costituisce regola generale quella in base alla quale il trascorrere del tempo ha un'efficacia estintiva e non abdicativa delle situazioni giuridiche, involgendo specificatamente il potere di azionarne la pretesa giuridica, lasciando sopravvivere, in modo latente, il diritto che si cela dietro, il quale, in qualche ambito, può ancora essere riesumato<sup>275</sup>.

Ciò consente di ridefinire i controversi rapporti tra il fenomeno della decadenza e quello della sanatoria.

L'omogeneità dell'effetto stabilizzante non fa venir meno l'utilità della distinzione, non solo concettuale, ma anche pratica tra i due istituti. Il primo determina una preclusione dell'esercizio del potere d'invalidazione e non della nullità. Tanto si esprime già nelle formule positive, ove si impedisce di «rilevare o eccepire le nullità», oppure si sancisce perentoriamente un limite alla proponibilità, stabilendosi che «non possono proporsi nel giudizio di rinvio le nullità [...] verificatesi nei precedenti giudizi».

Il secondo istituto, la sanatoria, è atto dispositivo dell'aspettativa. Il che ben si evince dalla locuzione «le nullità sono sanate», che riferisce direttamente alla nullità l'effetto sanante senza menzionare il potere di rilevazione.

E, ancora, la decadenza è inerzia, che lascia sopravvivere la nullità, ponendola in uno stato di quiescenza che ne provoca l'ineffettività; la sanatoria è comportamento, che fa venir meno l'aspettativa, poiché ad essa il titolare rinuncia, in modo espresso, tacito o per *facta concludentia*.

---

<sup>274</sup> Così, G. CONSO, *Il concetto e le specie d'invalidità*, cit., 81 – 95 ss.; R. PANNAIN, *Le sanzioni processuali penali*, cit., 443.

<sup>275</sup> In particolare si fa riferimento alla prescrizione che estingue l'azione ma non il diritto che, all'evidenza, può ancora essere eccepito. Cfr. *ex multis* F. GAZZONI, *op. cit.*, 110; G. FERRI, *Istituzioni di diritto privato*, Pisa, 1946, 215; F. SANTORO-PASSERELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., 222.

Da ultimo, la preclusione che discende dall'inazione è fenomeno generalizzato che consuma, ancorché secondo scanzioni temporali differenziate, il potere di rilevazione di tutte le nullità, disponibili e non; l'atto dispositivo in cui la sanatoria si identifica, invece, non può essere intrapreso in ordine alle nullità assolute, per definizione insanabili.

### 3. Giudicato ed estinzione del potere di rilevazione della nullità

La distinzione logica tra il fenomeno della consumazione del potere di rilevazione e la sanatoria evita di vanificare il carattere di insanabilità, accostato *expressis verbis* alle nullità assolute dal legislatore, una volta giunti a cosa giudicata. Chi assimila i due fenomeni, invece, guarda al giudicato come «la più vistosa e potente causa di sanatoria nei confronti delle imperfezioni verificabili in campo processuale»<sup>276</sup>. Anzi, ci sarebbero delle «imperfezioni non altrimenti sanabili che con il formarsi del giudicato»<sup>277</sup>; tra cui, per l'appunto, le nullità assolute, non deducibili né nel corso dell'esecuzione<sup>278</sup> né nel corso della revisione, e le imperfezioni proprie delle sentenze inoppugnabili, quali quelle emesse dalla Corte di cassazione.

Distanziarsi da simile ricostruzione significa negare che il giudicato abbia la capacità di porre rimedio alla lesione di quelle prerogative processuali che la predisposizione dell'aspettativa di nullità fa emergere. Di contro, non si può neppure pensare, vista la disciplina vigente, che le iniquità processuali da cui scaturisce la nullità siano in grado di impedire, nel nostro ordinamento, la formazione del giudicato. L'irrevocabilità della decisione impatta sulla nullità, solo che ciò avviene in un modo differente rispetto a quanto accade con l'integrazione di una fattispecie sanante.

La “diga” del giudicato, infatti, radicalizza l'ineffettività della situazione giuridica, segnando il limite massimo oltre il quale la richiesta di giustizia processuale non può più essere avanzata. Rispolverando la definizione di giudicato come «massima

---

<sup>276</sup> Così, per tutti, G. CONSO, *Il concetto e le specie d'invalidità*, cit., 95 ss.; ID, *La sanatoria delle nullità assolute nell'odierno processo penale*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1956, 550; ID, *I fatti giuridici processuali penali*, cit., 49.

<sup>277</sup> Cfr. G. CONSO, *Il concetto e le specie d'invalidità*, loc. ult. cit.

<sup>278</sup> Così G. CONSO, *La sanatoria delle nullità assolute nell'odierno processo penale*, loc. ult. cit. In giurisprudenza cfr. Cass., Sez. I, 14 gennaio 1992, Maiolo, in *Cass. pen.*, 1993, 148, secondo cui «in sede di incidente di esecuzione, “indagine affidata al giudice di merito è limitata al controllo dell'esistenza di un titolo esecutivo e della legittimità della sua emissione. A tal fine, il giudice dell'esecuzione non può attribuire rilievo alle nullità eventualmente verificatesi nel corso del processo di cognizione in epoca precedente a quella del passaggio in giudicato della decisione, ma deve limitare il proprio accertamento alla regolarità formale e sostanziale del titolo su cui si fonda l'intrapresa esecuzione».

preclusione»<sup>279</sup>, in materia di vizi processuali, essa vale a rimarcare l'estinzione dei poteri di deduzione e di rilievo officioso, il cui esercizio è passaggio preliminare per la soddisfazione dell'aspettativa.

In definitiva, l'esistenza astratta della nullità non viene travolta dal giudicato; ne viene, invece, compromessa la concreta attuazione. Se il giudicato consuma il potere di rilevazione, blocca, infatti, la situazione di nullità allo stadio di aspettativa non più attuabile, risultando oramai impossibile da ricondurre alla effettiva rimozione.

Ne deriva che, quando il crisma del giudicato penale si abbatte sulla nullità, si dissolvono le *chance* di porre rimedio alla consumata violazione delle prerogative processuali. A ben vedere, il rapporto giuridico in costruzione nel processo si esaurisce e diventano irrilevanti le questioni incidentali sorte in pendenza a garanzia delle situazioni giuridiche in gioco<sup>280</sup>.

L'incidenza immediata sul potere di far valere la nullità trova un punto di emersione in ipotesi di formazione progressiva del giudicato<sup>281</sup>. Il caso è scolpito nell'art. 627, comma 4, c.p.p., che impedisce di rilevare nullità sorte nei precedenti gradi di

---

<sup>279</sup> Sul punto, di fondamentale importanza la scienza processual-civilistica. Cfr. *ex multis* G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1923, 859 ss.; ID, *Cosa giudicata e preclusione*, ora in *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*, III, Milano, 1993, 232 ss.; V. ANDRIOLI, voce *Preclusione (dir. proc. civ.)*, in *Novissimo Digesto italiano*, XIII, Torino, 1966, 567; A. ATTARDI, voce *Preclusione (principio di)*, in *Enc. dir.*, Agg. I, XXXIV, Milano, 1985, 893 ss.; M. TARUFFO, voce *Preclusioni (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, Agg. I, Milano, 1997, 791 ss.

<sup>280</sup> In questi termini, F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., 1182; C. IASEVOLI, *La nullità nel sistema processuale penale*, cit., 219 ss.; A. PRESUTTI, *La declaratoria delle nullità nel regime delle impugnazioni penali*, Milano, 1982, 63.

<sup>281</sup> In materia, senza alcuna pretesa di esaustività, G. DE LUCA, voce *Giudicato (dir. proc. pen.)*, in *Enc. giur.*, XV, Roma, 1988, 4 ss.; G. CONSO, *Questioni nuove di procedura penale*, Milano, 1959, 155 ss.; A. BARGI, *Controllo di legittimità ed errore di fatto nel giudizio di cassazione*, Padova, 2004, 131 ss.; D. CHINNICI, *Brevi note in tema di "giudicio progressivo"*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2000, 235 ss.; R. DINACCI, *Gli ambiti decisori del giudizio di rinvio*, in A. GAITO (a cura di), *Le impugnazioni penali*, II, Torino, 1998, 720 ss.; V. GREVI, *Presunzione di non colpevolezza, garanzie dell'imputato ed efficienza del processo nel sistema costituzionale*, in *Presunzione di non colpevolezza e disciplina delle impugnazioni*, (Atti del Convegno, Foggia-Mattinata, 25-27 settembre 1998), Milano, 2000, 48 ss.; D. IACOBACCI, *Il giudicato "progressivo" e le forme di manifestazione del giudicato "parziale"*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2011, 75 ss.; A. M. IADECOLA, *Cassazione della sentenza penale e giudizio di rinvio*, in *Giur. merito*, 2003, 2585 ss.; E. JANNELLI, *La definizione costituzionale del giudicato penale: conseguenze sull'ammissibilità del c.d. giudicato parziale ovvero progressivo*, in *Cass. pen.*, 1996, 129 ss.; P. PAULESU, *Sui limiti di applicabilità dell'art. 152 c.p.p. 1930 nel giudizio di rinvio conseguente all'annullamento parziale*, in *Giur. it.*, 1994, 469 ss.; G. SPANGHER, *Bis in idem delle Sezioni Unite sui limiti di applicabilità dell'art. 152 c.p.p. 1930 nel giudizio di rinvio con annullamento parziale*, in *Cass. pen.*, 1993, 2505 ss.; R. VANNI, *Giudicato progressivo e limiti di applicabilità dell'art. 129 c.p.p. nel giudizio di rinvio*, in *Giur. it.*, 1997, 780 ss.; M. PIERDONATI, *Formazione "progressiva" del giudicato penale e preclusioni nel giudizio di rinvio*, in L. MARAFIOTI-R. DEL COCO, *Il principio di preclusione nel processo penale*, cit., 89 ss.; P. SECHI, *op. cit.*, 250 ss.

giudizio o nelle indagini preliminari<sup>282</sup>. La *ratio* della disposizione è chiara: l'inoppugnabilità delle sentenze emesse dalla Corte di cassazione, coprendo dedotto e deducibile, mette un punto all'esercizio di poteri idonei a mettere in atto movimenti regressivi che avrebbero potuto essere innescati prima, ritagliando fortemente la cognizione del giudice del rinvio.

E ciò, in un duplice contesto. Il primo relativo al caso di annullamento parziale improprio<sup>283</sup>, quando, cioè, l'autorità di cosa giudicata si produce sui capi della sentenza non investiti dalla pronuncia rescindente<sup>284</sup>. Al ricorrere di simile ipotesi, in realtà, la precisazione legislativa sembrerebbe quasi ridondante: basterebbe, infatti, richiamarsi all'idea di preclusione insita alla *res iudicata* per ritenere estinti tutti i poteri di deduzione e rilevazione che accedono alla situazione di nullità.

La previsione normativa appare, invece, di immediata utilità se riferita all'ipotesi di annullamento parziale proprio<sup>285</sup>, quando cioè l'accoglimento investiva uno o più punti all'interno del medesimo capo, giacché, nel caso di specie, il fenomeno non andrebbe inquadrato nel giudicato *strictu sensu* ma andrebbe più correttamente ragguagliato ad una forma di preclusione dal contenuto meno stringente.

Nella prassi, a dire il vero, questa differenza non viene colta<sup>286</sup>. Sul punto, la giurisprudenza non ha mostrato alcuna difficoltà nel ravvisare il verificarsi della

---

<sup>282</sup> In proposito, di recente, F. R. DINACCI, *Vecchio e nuovo nei limiti di rilevazione delle invalidità nel giudizio di rinvio: verso letture rispettose della legalità processuale*, in A. MARANDOLA (a cura di), *Le invalidità processuali. Profili statici e dinamici*, cit., 673 ss.

<sup>283</sup> Sul punto, Cass., Sez.Un., 17 ottobre 2006, Michaeler, in *Cass. pen.*, 2007, 2313, con nota di F. NUZZO, *I limiti oggettivi dell'appello incidentale*; Cass., Sez. Un., 19 gennaio 2000, Tuzzolino, *ivi*, 2000, 2967; Cass., Sez. Un., 26 marzo 1997, Attinà, *ivi*, 1997, 2684; Cass., Sez.Un., 9 ottobre 1996, Vitale, *ivi*, 1997, 691; Cass., Sez.Un., 23 novembre 1990, Agnese, *ivi* 1991, 728. In dottrina, G. CONSO, *I fatti giuridici processuali penali*, loc. ult. cit. cit.; E. JANNELLI, *op. loc. ult. cit.*; D. CHINNICI, *op. loc. ult. cit.*; D. ARRIGO, *Il giudicato « parziale » e le cause estintive del reato*, in *Giur. it.*, 1999, 607.

<sup>284</sup> Così, G. CONSO, *La sanatoria*, cit., 561, ad avviso del quale «salvo il caso in cui sia in atto l'effetto estensivo e, quindi, per nessuno dei reati sia operante il limite dell'immutabilità, il giudice dell'impugnazione relativa ad uno fra più reati connessi, non avrà alcuna possibilità di dichiarare nullità assolute eventualmente afferenti al giudizio sul reato rispetto a cui non è stata proposta impugnazione».

<sup>285</sup> Cfr. M. GIALUZ, *Il ricorso straordinario per cassazione*, in G. UBERTIS-G.P. VOENA (diretto da) *Trattato di procedura penale*, XXXIX.2, Milano, 2005, 186 ss.; G. LOZZI, *Favor rei*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, 26 ss.

<sup>286</sup> Sul punto v. Corte cost., sent. 3 luglio 1996, n. 224, in *Giur. cost.*, 1996, 2089; Corte cost., sent. 16 giugno 1995, n. 247, *ivi*, 1995, 1792; Corte cost., sent. 4 febbraio 1982, n. 21, *ivi*, 1982, 206; Cass., Sez. V, 9 luglio 1992, Frattini, in *CED cass.*, rv. 213235; Cass., Sez. I, 9 aprile 1999, Pelliccio, in *CED cass.*, rv. 213235 cit.; Cass. 7 novembre 2006, C. G., in *CED cass.*, n. 235015; Cass., Sez. V, 9 luglio 2008, D.P., in *CED cass.*, rv. 241697; Cass., Sez. V, 9 dicembre 1999, E.H., in *CED cass.*, rv. 246099; Cass., Sez. II, 1 aprile 2011, n. 15757, in *CED cass.*, rv. 249939, secondo la quale «anche in materia di giudizio cautelare (nella specie, personale), come nel giudizio di merito, il giudice del rinvio è vincolato al principio di diritto affermato dalla Corte di cassazione e deve limitarsi, nell'indagine che gli è devoluta, ad esaminare il

formazione progressiva del giudicato anche in ordine alle statuizioni relative a questioni non incise dall'annullamento parziale proprio, né direttamente né per connessione. Ha, infatti, ritenuto la pronuncia di annullamento parziale, sia proprio che improprio, come «vera e propria causa di sanatoria delle eventuali nullità eventualmente verificatesi sino a quel momento»<sup>287</sup>.

Ma in dottrina non è sfuggito che in ipotesi di annullamento improprio nessuna autorità di cosa giudicata pare postulabile. Sul punto, l'equivocità dell'art. 624, comma 1, c.p.p. certamente non è stata d'aiuto; ma, si è rilevato che «l'attribuzione di cosa giudicata alle “parti” della sentenza non oggetto di annullamento né in rapporto di connessione essenziale con le “disposizioni” annullate evidenzia una voluta atecnicità del linguaggio da cui non può che ricavarsi la volontà di non attribuire al giudicato, in quella sede invocato, gli effetti propri dello stesso»<sup>288</sup>.

Più semplicemente, saremmo di fronte ad una “preclusione endoprocessuale relativa”<sup>289</sup>, che consuma le facoltà delle parti, ma ben dovrebbe fare i conti con i poteri di rilievo officioso assegnati al giudice, tra cui quelli conferitigli in materia di nullità. Ecco allora spiegato il divieto esplicito di cui all'art. 627, comma 4, c.p.p. in ordine all'eventuale rilevazione delle «nullità anche assolute». La norma, invero, non avrebbe alcuna ragione di esistere se davvero la nullità fosse stata sanata dalla pronuncia di annullamento parziale della Corte di cassazione.

Lungo simile tracciato, colpisce la precisazione normativa che rimarca l'operatività del divieto, preoccupandosi di paralizzare il rilievo delle nullità con specifico occhio di riguardo a quelle «anche assolute». L'inciso focalizza l'attenzione su due tipologie di nullità, le uniche per le quali, in linea di principio, è ancora immaginabile la proponibilità: quelle assolute e quelle intermedie verificatesi nel precedente grado di giudizio e non sanate da un atto dispositivo di parte. In ordine alle prime, la norma

---

“punto” della decisione oggetto di annullamento, con divieto di estendere l'indagine a vizi di nullità non riscontrati dalla Corte, salva la sopravvenienza di nuovi elementi di fatto, sempre valutabili nel giudizio allo stato degli atti». In dottrina, al riguardo, L. SCOMPARIN, sub art. 627, in *Commentario breve*, cit., 2162.

<sup>287</sup> V., al proposito G. CONSO, *La sanatoria*, cit., 581.

<sup>288</sup> F. R. DINACCI, *Vecchio e nuovo nei limiti di rilevazione delle invalidità nel giudizio di rinvio: verso letture rispettose della legalità processuale*, in A. MARANDOLA (a cura di), *Le invalidità processuali. Profili statici e dinamici*, cit., 679 ss.

<sup>289</sup> In questi termini, cfr. M. PIERDONATI, *Formazione “progressiva” del giudicato penale*, cit., 102. In effetti, il distinguo tra preclusione e giudicato si fonda «sull'area in cui si esplica la rispettiva efficacia: quella della preclusione limitata al processo; quella della cosa giudicata sostanzialmente idonea a svilupparsi fuori dal processo». Così, G. DE LUCA, voce *Giudicato*, cit., 5.

consente non tanto di superare l'insanabilità della nullità indisponibile, piuttosto permette di avocare al giudice del rinvio un potere, quello in ordine alla rilevabilità, che, altrimenti gli avrebbe imposto di soddisfare l'aspettativa in ogni stato e grado del giudizio. Con riferimento alle nullità intermedie non sanate, si è visto che il potere di rilievo *ex officio* di regola travalica, non certo la sanatoria che, in caso, escluderebbe già da sola l'intervento giudiziale, bensì le preclusioni in cui è possibile che le parti incorrano a norma degli artt. 180 e 182 c.p.p. Sicché l'art. 627, comma 4, c.p.p. anche in questo caso sottrae al giudice del rinvio il potere-dovere di rilevazione. Nessuno dubita, del resto, che le norme ricavabili dall'art. 627 c.p.p. siano rivolte a tracciare il perimetro della cognizione dell'organo giurisdizionale e, dunque, del suo potere di accertamento.

Se ne possono ricavare due corollari tra loro convergenti.

Prima di tutto, la circostanza che, senza l'art. 627, comma 4, c.p.p., entrambe le nullità sarebbero state ancora rilevabili conferma che l'aspettativa ha una capacità di resistenza al giudizio rescindente della Corte di cassazione, riuscendo ad arrivare all'attenzione del giudice del rinvio che, solo a causa della previsione legale, è obbligato a considerarla irrilevante, poiché privato di poteri accertativi e demolitori.

In secondo luogo, la pronuncia di annullamento parziale proprio mai potrebbe assumere il valore di una sanatoria, poiché, se così fosse, le nullità assolute sfuggirebbero *tout court* al fenomeno; mentre, quelle intermedie, non sarebbero neppure astrattamente rilevabili d'ufficio perché già sanate, sicché l'esplicitazione del divieto sarebbe superflua e la particella «anche» non avrebbe referenti.

Un'ulteriore questione merita approfondimento. Che non si tratti di sanatoria neppure in caso di annullamento parziale improprio, vale a dire, quando davvero si è formato il giudicato parziale, è presto chiarito. Il fatto che l'art. 627, comma 4, c.p.p. abbia una preponderante utilità in caso di annullamento con rinvio proprio non toglie che la disposizione operi una *reductio ad unum* del trattamento delle nullità nel giudizio di rinvio a fronte dei due fenomeni di annullamento con rinvio proprio e improprio. Sicché, se non c'è alcuna sanatoria nel primo caso, non ci sono ragioni per ritenere che nel secondo ci debba essere, oltre al fatto che il giudicato non rispecchia alcuna delle caratteristiche proprie della sanatoria, ricostruita la figura quale atto dispositivo del titolare della situazione giuridica. Del resto, la minore funzionalità dell'art. 627, comma 4, c.p.p. rispetto all'annullamento con rinvio improprio si spiega solo considerato che, in

tale ipotesi, la preclusione agisce in senso forte, assorbendo nel “magma” del giudicato, oltre ai poteri di deduzione di parte anche quelli di rilevazione da parte del giudice, che invece una preclusione debole e relativa non è in grado di elidere; mentre sarebbe erroneo inferire che la nullità sia stata sanata.

Esclusa la sanatoria, rimane da verificare se l'ineffettività delle nullità che si produce con il giudicato, di cui già si ha un'anticipazione nel giudizio di rinvio<sup>290</sup>, sia accettabile alla luce dei valori costituzionali che confluiscono nel processo penale e, segnatamente, nel paradigma della nullità.

In proposito, la Corte costituzionale è intervenuta salvando la scelta legislativa «di rendere improponibili in un determinato grado del procedimento eccezioni di nullità, che si assumono occorse in fasi precedenti ed esaurite»<sup>291</sup>, in considerazione della funzione di garanzia insita alla cosa giudicata.

Come noto, infatti, nel processo penale l'intangibilità del risultato non si fonda unicamente sull'irretrattabilità dell'efficacia di accertamento della decisione<sup>292</sup>. La certezza della statuizione contenuta in sentenza si colora di tinte garantiste<sup>293</sup>, essendo

---

<sup>290</sup> Sul punto, G. CONSO, *La sanatoria*, cit., 580, nt. 124, il quale, nel concludere «in senso contrario alla modificabilità, da parte della Corte di cassazione, delle questioni di diritto processuale da lei stessa già decise», osserva che «per il processo penale si giunge a questa conclusione tanto con la tesi dell'autorità della cosa giudicata quanto con la tesi della preclusione, e ciò perché, nel nostro ordinamento, dal punto di vista delle questioni di diritto processuale, le due tesi virtualmente si equivalgono». In senso critico, cfr. A. BARGI, *No all'arbitraria valutazione degli elementi in fatto nell'annullamento con rinvio, un primo passo verso il riconoscimento dell'error iuris invalidante il dictum del giudice di legittimità*, in *Giur. it.*, 2005, 1035.

<sup>291</sup> In tal senso, Corte cost., ord. 17 novembre 2000, n. 501, in *Giur. cost.*, 2000, 3870, che ha dichiarato la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale, in riferimento agli artt. 3 comma 1, 24 commi 1 e 2, e 112 Cost., dell'art. 627 comma 4 c.p.p., nella parte in cui impedisce di rilevare nel giudizio di rinvio nullità, anche assolute, verificatesi in precedenti fasi o gradi del giudizio «e, in particolare, nullità assolute concernenti l'esercizio dell'azione penale da parte del pubblico ministero e l'immutabilità della contestazione, verificatesi nei precedenti giudizi, anche quando tali nullità si siano prodotte esclusivamente per effetto della decisione della Corte di cassazione pronunciata nella fase rescindente».

<sup>292</sup> F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., 1219 ss.

<sup>293</sup> Ampiamente, G. DE LUCA, voce *Giudicato*, cit., 1 ss.; N. GALANTINI, *Il divieto di doppio processo come diritto della persona*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1981, 97. Da ultimo per una lettura in senso garantistico del principio del *ne bis in idem* alla luce dei principi costituzionali e dell'interpretazione fornita dalla Corte Europea di Strasburgo all'art. 4 del Protocollo 7 alla CEDU, cfr. Corte cost., sent. 31 maggio 2016, n. 200 che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p., «nella parte in cui esclude che il fatto sia il medesimo per la sola circostanza che sussiste un concorso formale tra il reato già giudicato con sentenza divenuta irrevocabile e il reato per cui è iniziato il nuovo procedimento penale», in *penalecontemporaneo.it*, con nota di S.ZIRULIA, *Ne bis in idem: la Consulta dichiara l'illegittimità dell'art. 649 c.p.p. nell'interpretazione datane dal diritto vivente italiano (ma il processo Eternit bis prosegue)*. In ambito europeo, *ex multis*, Corte di giustizia UE, Grande Sezione, 26 febbraio 2013 nella causa C-617/10, Åklagaren contro Hans Åkerberg Fransson; Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. II, 4 marzo 2014, Grande Stevens e altri c. Italia; Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. IV, 20 maggio 2014, Nykänen c. Finlandia; Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. V, 27 novembre 2014, Lucky Dev c. Svezia. In

diretta a precludere nuovi giudizi relativi all'*eadem res* e all'*eadem persona*. Alle spalle la perfettibilità dell'accertamento e la conseguente reiterabilità della persecuzione criminale promossa da moduli processuali di stampo inquisitorio<sup>294</sup>, il giudicato, nel sistema odierno, è espediente che sottrae l'individuo all'ossessione di ulteriori giudizi.

Se questa è la traiettoria lungo cui si snoda il rapporto tra giudicato e vizi processuali, risulta pienamente accettabile l'irrilevanza che assumono a seguito del giudicato le nullità disponibili. Queste sono, infatti, rimesse alla gestione ed alla responsabilità del titolare, il quale, oltre a poterne abdicare la tutela, è onerato dal dovere di attivarne l'accertamento nei modi e nei tempi contemplati dalla legge, ben potendo i relativi poteri fare i conti con il passaggio in giudicato.

Meno convincente è, invece, l'idea che il giudicato sbarri la strada alla rilevanza delle nullità indisponibili, ad eccezione di quelle nullità assolute «generate dalla violazione d'una norma intesa a tutela dell'imputato, quando sia proscio[lto] con una formula davanti a cui non abbia interesse»<sup>295</sup> a riaprire questioni definite.

Fuori da tale ipotesi, il giudicato sui vizi processuali rischia di ritorcersi sulle garanzie dell'imputato, disattendendo l'impronta ideologica che fonda il giudicato nella specifica sede processuale-penale. In questi casi, l'insofferenza a ritenere irrilevanti nullità indisponibili, sul presupposto che esse siano quelle, pochissime, legate a diritti fondamentali, irrinunciabili sia in prospettiva individuale che collettiva, emerge con franchezza. Anche a livello giurisprudenziale si sono fatte sentire sporadiche ma significative aperture, giungendosi perfino ad affermare che l'accoglimento parziale del ricorso per cassazione che abbia dichiarato «assorbite» le altre questioni proposte impedisca di considerare queste ultime coperte da giudicato, con conseguente possibilità di riproporre le relative questioni in sede di rinvio<sup>296</sup>.

Simile esigenza è avvertita anche perché i *vitia in procedendo*, quantomeno nell'impianto originario del codice di rito, non sono stati presi in considerazione, a

---

dottrina, N. RECCHIA, *Il principio europeo del ne bis in idem tra dimensione interna e internazionale*, in *Dir. pen. cont.*, 3/2015, 71 ss.

<sup>294</sup> Cfr. F. CORDERO, *Procedura penale*, loc. ult. cit.

<sup>295</sup> Così, F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., 1211, che lo definisce come unico vero "vizio innocuo".

<sup>296</sup> In tale prospettiva, cfr. Cass., Sez. I, 23 giugno 2006, M.G., in *CED Cass.*, rv. 234649; Cass., Sez. VI, 2 dicembre 1997, Notarianni, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1995, 56; Cass., Sez. I, 22 febbraio 2001, Petrucci, in *Cass. pen.*, 2002, 678.



differenza di taluni tassativi *errores in iudicando*, nell'impianto delle impugnazioni straordinarie.

Eppure, già da tempo, la Corte costituzionale, pur confermando la tesi dell'inoppugnabilità delle sentenze emesse dalla Corte di cassazione – anche nell'ipotesi in cui il giudizio di legittimità si fosse svolto senza l'assistenza del difensore di fiducia, al quale era stata omessa la notifica dell'avviso di udienza –, aveva rilevato che «rimane affidata alla prudente valutazione del legislatore, in sede di riforma dei mezzi di impugnazione straordinaria delle sentenze, la ricerca e l'introduzione – nello spirito del principio dell'art. 24 Cost. – di opportuni strumenti atti a riparare alle conseguenze del possibile verificarsi di episodi (peraltro rarissimi) come quello che ha dato origine alla presente controversia»<sup>297</sup>.

In questo clima, la dogmatica processual-penalista, insofferente rispetto all'irrelevanza delle iniquità processuali, nell'intento di trovare un espediente a situazioni del genere, si è trovata costretta a percorrere l'impervia via dell'inesistenza, per evitare di «ritenere validi e, quindi, efficaci gli atti viziati in maniera più grave»<sup>298</sup>. Si incorre, però, nell'insormontabile difficoltà di rintracciare seri elementi differenziali che, oltre all'impedimento del passaggio in giudicato, possano fondare il *distinguo* tra inesistenza e nullità assoluta insanabile, specie laddove il vizio sia contemplato dalla legge e non possa dirsi atipico.

Più di recente, si è sottolineato che una rigida impostazione del problema sulla base di una contrapposizione tra giudicato e vizi processuali «sembra muoversi su presupposti operativi non consapevoli delle evoluzioni di sistema che hanno attinto l'insindacabilità della decisione della Cassazione e il grado di "resistenza" del giudicato»<sup>299</sup>.

---

<sup>297</sup> Corte cost., sent. 12 luglio 1972, n. 136 in *Giur. cost.*, 1972, 1379, con nota di M. CHIAVARIO, *Inoppugnabilità delle sentenze di Cassazione ed art. 24 Cost.* Nello stesso senso v. Corte cost., sent. n. 21 del 1982, cit., che, nel dichiarare non fondata la questione di legittimità costituzionale, sollevata con riferimento all'art. 24, comma 2, Cost., dell'art. 544, comma 3, c.p.p. 1930, «nella parte in cui impedisce al giudice di rinvio la declaratoria di nullità assoluta» ha espressamente stabilito che «spetta soltanto al legislatore valutare se e con quali rimedi straordinari, rispettando la coerenza e la funzionalità del sistema processuale, sia possibile ovviare ad inconvenienti del genere, connaturali, peraltro, per quanto auspicabilmente assai rari, a qualunque giudizio che si concluda con un provvedimento inoppugnabile».

<sup>298</sup> Cfr. G. CONSO, *Il concetto e le specie d'invalidità*, cit., 98.

<sup>299</sup> F.R. DINACCI, *Vecchio e nuovo nei limiti di rilevanza delle invalidità nel giudizio di rinvio: verso letture rispettose della legalità processuale*, in A. MARANDOLA (a cura di), *Le invalidità processuali. Profili statici e dinamici*, cit., 675.

Oggi, infatti, il ripensamento della dialettica tra certezza e giustizia della decisione, maturato sotto la spinta dei giudici sovranazionali, induce a riflettere sulla capacità del giudicato penale di travolgere le situazioni di nullità processuale. L'introduzione di nuovi mezzi di impugnazione straordinaria e l'ampliamento di quelli già esistenti, sotto la spinta dei giudici europei, va letta in questa prospettiva. Si aprono, allora, nuove strade per recuperare, anche dopo la formazione del giudicato, alcuni *errores in procedendo*, riesumando la nullità e, insieme ad essa, i diritti fondamentali a cui è connessa.

#### 4. *Processo penale iniquo e "revivescenza" delle nullità*

Lo scarso senso pratico con cui il legislatore, in un primo momento, ha risolto il problema dell'irrelevanza dei vizi processuali a seguito della formazione del giudicato, si è tradotto in un modello rigido. Si è optato, infatti, per arginare la nullità già nel giudizio di rinvio e di non considerare affatto le iniquità processuali tra i casi di revisione.

L'inadeguatezza dell'architettura originaria del codice di rito e la necessità di rimediare l'impianto delle impugnazioni straordinarie, tuttavia, non induce a soppiantare la totale irrilevanza della nullità con una soluzione di segno opposto, vale a dire lasciare campo libero alla nullità dopo il giudicato, vista l'estrema delicatezza dei valori in gioco da contemperare.

Lungo simile traiettoria, si colloca il tentativo di pervenire ad un compromesso: il carattere inviolabile e fondamentale del diritto – a cui la nullità si può riconnettere in taluni casi – pone in risalto la meritevolezza di tale situazione giuridica anche oltre la definizione del procedimento, reclamando l'introduzione di nuovi strumenti processuali *ad hoc* o l'adattamento delle strutture già esistenti. La dogmatica<sup>300</sup>, per prima, ha avvertito la necessità di saldare alle ragioni sottese ai principi del giusto processo la sopravvivenza della nullità al giudicato. Segnatamente, il richiamo ai diritti fondamentali di matrice processuale è stato alimentato dalla valenza sovranazionale che essi hanno assunto a norma dell'art. 6 CEDU.

---

<sup>300</sup> Cfr. F.R. DINACCI, *Giurisdizione penale e giusto processo verso nuovi equilibri*, Padova, 2003, 314; ID, *Vecchio e nuovo nei limiti di rilevanza delle invalidità nel giudizio di rinvio: verso letture rispettose della legalità processuale*, in A. MARANDOLA (a cura di), *Le invalidità processuali. Profili statici e dinamici*, loc. ult. cit.

In tale cornice, i vizi processuali hanno cominciato a filtrare nel sistema delle impugnazioni straordinarie, passando attraverso il circuito legislativo ed ermeneutico.

Occorre chiedersi in che modo i singoli mezzi di impugnazione straordinaria si siano resi permeabili alla nullità processuale.

Procedendo in ordine cronologico, deve analizzarsi, *in primis*, il rapporto tra la nullità ed il ricorso straordinario per cassazione. In tale direzione, si osserva che il mezzo contemplato dall'art. 625-*bis* c.p.p. soccorre nelle ipotesi di errore di fatto – cioè nel caso in cui «la decisione è fondata sulla supposizione di un fatto la cui verità è incontrastabilmente esclusa, oppure quando è supposta l'inesistenza di un fatto la cui verità è positivamente stabilita»<sup>301</sup> –, destando la nullità dallo stato di quiescenza tutte le volte che simile errore attenga al fatto processuale<sup>302</sup>. Ciò, quando il vizio è generato dalla sentenza della Corte di cassazione, cioè «in un momento in cui il ricorrente non ha nessuna possibilità di intervenire per prevenire la realizzazione della nullità. Essa si è verificata nel segreto della camera di consiglio a cui le parti non sono ammesse»<sup>303</sup>.

È da precisare, tuttavia, che, in giurisprudenza, ostacoli all'esperibilità del ricorso di cui all'art. 625-*bis* c.p.p. in situazioni del genere sono stati puntualmente rinvenuti, con riferimento alle pronunce di annullamento con rinvio<sup>304</sup>, sul presupposto che essendo il mezzo straordinario predisposto «a favore del condannato», sarebbe, altresì, circoscritto alle sole decisioni terminative emesse dalla Cassazione e, dunque, di rigetto del ricorso, di inammissibilità e di annullamento senza rinvio.

---

<sup>301</sup> La definizione di errore di fatto è ripresa dall'errore revocatorio di cui all'art. 395, comma 4, c.p.p.

<sup>302</sup> La possibilità di esperire il rimedio straordinario per errore di fatto sul fatto processuale sembrerebbe ricavabile da Cass., Sez. VI, 12 novembre 2008, Drassich, in *Cass. pen.*, 2009, 1457. Sul punto *infra*.

<sup>303</sup> Emblematicamente, F.R. DINACCI, *Vecchio e nuovo nei limiti di rilevanza delle invalidità nel giudizio di rinvio: verso letture rispettose della legalità processuale*, in A. MARANDOLA (a cura di), *Le invalidità processuali. Profili statici e dinamici*, cit., 684.

<sup>304</sup> Cass., Sez. I, 27 marzo 2007, C.G., n. 14869 in *Arch. Nuova Proc. Pen.*, 2007, 5, 595; Cass., Sez. III, 28 gennaio 2004, Rauzzino, in *Giur. it.*, 2005, 815, in cui si esclude che «il ricorso previsto dall'art. 625-*bis* c.p.p. possa avere ad oggetto decisioni della Corte di cassazione di annullamento con rinvio, in quanto si tratta di pronunce che non determinano la formazione del giudicato e, quindi, non trasformano la condizione giuridica dell'imputato in quella di condannato, presupposto imprescindibile per l'attivazione dell'impugnazione straordinaria»; Cass., Sez. I, 15 giugno 2007, Metalli, in *CED cass.*, rv. 239463, ove si legge esplicitamente: «pur avendo l'impugnata sentenza della Corte di cassazione efficacia di giudicato parziale in ordine alla responsabilità dell'imputato, quest'ultimo non risulta, per contro, avere ancora assunto la veste di "condannato" a seguito della pronuncia irrevocabile di condanna, poiché non è ancora connotata dall'eshaustività la regiudicata per il permanere del residuo potere cognitivo del giudice di rinvio in ordine alla determinazione della pena a lui devoluta». Cfr., sul punto, P. SECHI, *op. loc. ult. cit.*; in senso critico, M. GIALUZ, *op. cit.*, 208.

Eppure simile difficoltà è agevolmente superabile. Già in dottrina<sup>305</sup>, si è prospettata l'idea di superare l'*impasse* attingendo agli ordinari criteri interpretativi della legge, utilizzando l'inferenza analogica e così ampliando *in bonam partem* il campo di operatività dell'azione di impugnativa, da estendersi anche all'imputato sotto giudizio di rinvio, essendo, per giunta, identica la situazioni in cui il soggetto si troverebbe, stante l'impossibilità di rimuovere l'errore processuale su cui la decisione si fonda.

A ben vedere, neppure ci sarebbe bisogno di un'interpretazione analogica, quantomeno nel caso di annullamento parziale "improprio", dovendosi invece applicare l'art. 625-*bis* c.p.p. direttamente. Tale possibilità deriva dal fatto che la formazione del giudicato parziale sui capi della sentenza rende irreversibile la decisione di condanna relativa al capo di imputazione il cui accertamento è già *res iudicata*. Sul punto, infatti, sarebbe contraddittorio ritenere esistente il giudicato, seppure parziale, per poi concludere che l'accesso al ricorso straordinario per cassazione sarebbe precluso.

Il ricorso all'analogia appare, invece, necessario in caso di annullamento con rinvio proprio, poiché l'imputato nel giudizio di rinvio si trova in una situazione assimilabile a quella del condannato, «anche solo in relazione a quella parte che risolve, precludendo ulteriori valutazioni, singole questioni sulla base dell'errore rilevante»<sup>306</sup>. Ovviamente, si tratta di letture che forzano l'interpretazione dell'art. 625-*bis* c.p.p., dettate dagli angusti limiti del giudizio di rinvio. Il che si potrebbe evitare propugnando una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 627, comma 4, c.p.p., alla luce dell'art. 117 Cost. e del parametro interposto di cui all'art. 6 CEDU, unitamente all'art. 111 Cost., con l'obiettivo di semplificazione, imposto dal principio di ragionevole durata: ricorrere in Cassazione sarebbe superfluo, quando ancora esista un giudice, quello del rinvio, che potrebbe soddisfare l'aspettativa di equità processuale.

Questo tipo di soluzione, seppur auspicabile, tuttavia, sembra eccedere dai limiti interpretativi posti dal testo dell'art. 627, comma 4, c.p.p., il quale per essere stravolto a

---

<sup>305</sup> F.R. DINACCI, *Vecchio e nuovo nei limiti di rilevanza delle invalidità nel giudizio di rinvio: verso letture rispettose della legalità processuale*, in A. MARANDOLA (a cura di), *Le invalidità processuali. Profili statici e dinamici*, 675 ss.

<sup>306</sup> F.R. DINACCI, *Vecchio e nuovo nei limiti di rilevanza delle invalidità nel giudizio di rinvio: verso letture rispettose della legalità processuale*, in A. MARANDOLA (a cura di), *Le invalidità processuali. Profili statici e dinamici*, loc. ult. cit.

tal punto richiederebbe un un ripensamento legislativo o una pronuncia di illegittimità costituzionale<sup>307</sup>.

Risulta, allora, preferibile giustificare l'accesso al ricorso straordinario in forza del principio di effettività dei diritti fondamentali del *due process of law*, proclamato dalla CEDU<sup>308</sup>, nell'interpretazione formulata dalla Corte di Strasburgo, quale parametro interposto alle disposizioni della Carta fondamentale.

Non è inutile richiamare in questo senso il noto caso giudiziario<sup>309</sup> in cui, a seguito della condanna dello Stato italiano, la Corte di cassazione, avvalendosi dello strumento di cui all'art. 625-*bis* c.p.p., al fine di assicurare pienezza al diritto al contraddittorio dell'accusato, pervenne alla revoca della sentenza di condanna emessa dallo stesso organo nomofilattico a chiusura del giudizio. Ciò in quanto la pronuncia risultava affetta, secondo quanto poi constatato dalla stessa Suprema Corte in pronunce successive, da una «nullità a regime intermedio, per violazione del diritto di difesa, [dovuta al]la riqualificazione

---

<sup>307</sup> In realtà, una questione di legittimità costituzionale dell'art. 627, comma 4, c.p.p. venne sollevata in riferimento agli art. 3, 24, comma 1 e 2, 25, comma 2, e 112 Cost., nella parte in cui «fa divieto di proporre, nel giudizio di rinvio nullità assolute verificatesi nei precedenti giudizi anche quando tali nullità si siano prodotte esclusivamente per effetto della pronuncia della Corte di Cassazione, la quale abbia ritenuto, solo nella sentenza che il fatto per cui si procede è diverso da quello enunciato nel decreto di citazione a giudizio o nella sentenza impugnata», ma venne disattesa dalla Consulta con ord. 17 novembre 2000, n. 501, in *Giur. cost.*, 2000, 6; in *Dir. pen. e proc.*, 2000, 12, 1587; in *Cass. pen.*, 2001, 796. La pronuncia, nel dettaglio ha dichiarato la manifesta infondatezza delle questioni di legittimità costituzionale dell'art. 627, commi 3 e 4, c.p.p., tra l'altro, sul rilievo per cui «non può egualmente considerarsi imposto dagli artt. 24 e 112 della Costituzione che eventuali nullità, verificatesi (in assunto) per violazione del diritto di difesa o della spettanza al pubblico ministero dell'esercizio dell'azione penale, possano essere fatte valere in ogni momento, anche dopo la formazione del giudicato "interno" (v., con riferimento all'art. 24 della Costituzione, sent. n. 21 del 1982), e, segnatamente, nell'ambito del giudizio di rinvio: giacché, per converso, la ribadita inoppugnabilità delle decisioni della Corte di Cassazione logicamente implica che il vincolo connesso al principio di diritto in esse enunciato non possa venir rimosso a seguito di un inammissibile controllo del giudice del rinvio circa la sussistenza, o meno, di vizi in procedendo nella fase del giudizio di legittimità (sent. n. 224 del 1996)». In senso critico, F.R. DINACCI, *Vecchio e nuovo nei limiti di rilevanza delle invalidità nel giudizio di rinvio: verso letture rispettose della legalità processuale*, in A. MARANDOLA (a cura di), *Le invalidità processuali. Profili statici e dinamici*, loc. ult. cit.

<sup>308</sup> Cfr. G. UBERTIS, *Diritti umani e mito del giudicato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2012, 787; A.A. SAMMARCO, *Il ricorso straordinario per errore materiale o di fatto e la rescissione del giudicato*, in G. SPANGHER (a cura di), *Procedura penale*, Vol. IV, 2015, Milanofiori Assago, 406.

<sup>309</sup> V. Cass., Sez. VI, 12 novembre 2008, Drassich, in *Cass. pen.*, 2009, 1457, successiva a Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 11 dicembre 2007, Drassich c. Italia. Sul punto, tuttavia, vale la pena evidenziare che l'evoluzione giurisprudenziale attuale oscilla tra soluzioni contrastanti. Accanto a pronunce che svislisciano la portata del giusto processo, ritenendo di dover accertare un presupposto tacita relativo alla prevedibilità della riqualificazione giuridica (cfr. Cass., Sez. VI, 2 luglio 2013, Tomasso, in *CED cass.*, rv. 256150; Cass., Sez. II, 15 maggio 2013, Scuderi, *ivi*, rv. 257104); si contrappone un filone giurisprudenziale più rispettoso del principio (Cass., Sez. VI, 19 febbraio 2010, Fadda, in *CED cass.*, rv. 247371; Cass., Sez. V, 28 ottobre 2011, Finocchiaro, n. 6487, in *CED cass.*, rv. 251730; Cass., Sez. I, 29 aprile 2011, Corsi, in *CED cass.*, rv. 250275).

giuridica operata in sentenza»<sup>310</sup> d'ufficio. Si è superata, per tale via, la *firmitas* del giudicato e ripristinato il diritto di difesa sul punto.

Di recente, però, si è sviluppato un orientamento in controtendenza rispetto alla timida apertura precedente. Da ultimo, invero, la Corte di cassazione ha escluso la possibilità di invocare l'azione di impugnativa in esame per porre riparo agli *errores in procedendo*, rilevando che «in base all'inquadramento [...dell']istituto del ricorso straordinario di cui all'art. 625-bis c.p.p., se ne deve escludere la possibilità applicativa [...] per insussistenza dei presupposti attuativi, in quanto trattatasi di una questione che inevitabilmente implica una valutazione di un fatto processuale, di per sè incompatibile con la nozione di errore di fatto normativamente accolta»<sup>311</sup>.

Al riguardo, va detto senza mezzi termini che relegare l'errore di fatto al solo errore percettivo è operazione erronea e, al contempo, riduttiva. Erronea, in quanto smentita dalla circostanza per la quale la nozione di errore di fatto nel ricorso straordinario per cassazione nel giudizio penale è mutuata da quella coniata dal legislatore processuale per l'errore revocatorio contemplato nel codice di rito civilistico, considerato che in quella cornice normativa è pacificamente ammessa la revocazione per errore di fatto che investa aspetti *strictu sensu* processuali<sup>312</sup>. Inoltre, la scelta di trincerarsi dietro una lettura riduttiva dell'errore di fatto è opzione inattuale che segna un netto passo indietro rispetto ai progressi che si erano faticosamente raggiunti in ordine all'impiego del ricorso

---

<sup>310</sup> Cass., Sez. I, 29 aprile 2011, C., n. 18590, in *Cass. pen.*, 2012, 608; Cass., Sez. I, 3 febbraio 2011, M., n. 25881, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2011, 544.

<sup>311</sup> Così, Cass., Sez. V, 14 marzo 2016, n. 28676, in *Quot. Giur.* 1\16. Già le Sezioni Unite, con sentenza del 14 luglio 2011, n. 37505 in *CED cass.*, rv. 250527, avevano affermato che «in tema di ricorso straordinario, qualora la causa dell'errore non sia identificabile esclusivamente in una fuorviata rappresentazione percettiva e la decisione abbia comunque contenuto valutativo, non è configurabile un errore di fatto, bensì di giudizio, come tale escluso dall'orizzonte del rimedio previsto dall'art. 625 bis c.p.p.». Principio, ribadito, altresì da Cass., Sez. Un., 26 marzo 2015, n. 18651, in *CED cass.*, rv. 263686.

<sup>312</sup> Da ultimo, cfr. Cass., Sez. VI civ., 6 giugno, 2016, n. 11530, in *www.neldiritto.it*, secondo la quale «l'errore revocatorio di fatto di cui al n. 4 dell'art. 395 c.p.c. che legittima la revocazione della sentenza resa della Corte di Cassazione per omesso esame di un motivo di ricorso sussiste non già per il sol fatto che la motivazione della sentenza risulti non avere esaminato il motivo pur presente, naturalmente senza enunciare alcunché che giustificasse in iure tale mancato esame, bensì allorquando la sentenza riveli che l'omesso esame del motivo è stata frutto di una supposizione erronea della inesistenza del motivo stesso, che era presente invece incontrastabilmente nel ricorso, al contrario della supposizione contenuta nella sentenza. Nel primo caso, infatti, se si ammettesse la revocazione, si censurerebbe una mera dimenticanza della Corte di Cassazione e dunque la violazione dell'art. 112 c.p.c. e non un'erronea supposizione dell'inesistenza di un fatto processuale che invece esisteva».

straordinario, grazie alla spinta europeista e alla matrice costituzionale a cui era stata ricondotta la trama dei vizi processuali su cui si intesse il giusto processo<sup>313</sup>.

Giova rammentare, ad ogni modo, che lo strumento previsto dall'art. 625 *bis* c.p.p. fornisce una risposta solo parziale al problema dell'irrelevanza delle iniquità processuali oltre il giudicato: pur rimodellato secondo la tecnica dell'interpretazione "conforme", il ricorso straordinario si rivela strumento utile per riparare violazioni di diritti processuali a condizione che l'infrazione si sia verificata nel giudizio di cassazione.

Per cui, al di là dei diversi limiti esegetici a cui è avvinta l'interpretazione dell'art. 625-*bis* c.p.p., è sorta spontaneamente la necessità di allargare lo spettro d'indagine a strumenti di portata ben più ampia. In considerazione dell'«imbarazzante situazione di inadempienza, ripetutamente stigmatizzata dagli organi del Consiglio d'Europa, la giurisprudenza si è, dunque, ingegnata nella ricerca di *escamotages* interpretativi idonei a consentire, a seconda dei casi, la salvaguardia dei diritti fondamentali riconosciuti dalla Convenzione europea, bypassando le preclusioni connesse al giudicato»<sup>314</sup>.

In questo senso, del resto, la declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 630 c.p.p.<sup>315</sup> ha rotto ogni indugio, sopperendo all'inerzia legislativa. Dall'intervento additivo è nata, infatti, la procedura di revisione europea; rimedio straordinario da attivare, ai fini della riapertura del processo definito, per conformarsi, ai sensi dell'art. 46 CEDU, alla decisione di accertamento emessa dalla Corte di Strasburgo, circa la violazione o la mancata previsione di quelle regole del procedere interne, che sono da considerarsi la concretizzazione del giusto processo, garantito nella sua portata minima dalle norme convenzionali<sup>316</sup>.

---

<sup>313</sup> Cfr. A. CAPONE, *Art. 625 bis c.p.p.*, in *Atti processuali penali. Patologie, sanzioni, rimedi*, in G. SPANGHER, (diretto da), Milano, 2013, 3395; ID., *Gli errori della Cassazione e il diritto al controllo di legittimità*, Padova, 2005, 163.

<sup>314</sup> Plasticamente, R. DEL COCO, *La preclusione*, in A. MARANDOLA (a cura di), *Le invalidità processuali*, cit., 410.

<sup>315</sup> Corte cost., sent. 7 aprile 2011, n. 113, in *www.consultaonline.it*, la quale recepisce l'art. 4, § 2 del 7° Protocollo aggiuntivo della Convenzione europea, che prevede la «riapertura del processo» non solo in ipotesi di fatti sopravvenuti o di nuove rivelazioni, ma anche avuto riguardo «ad un vizio formale della procedura antecedente (...) in grado di inficiare la sentenza intervenuta».

<sup>316</sup> Cfr. R.E. KOSTORIS, *La revisione del giudicato iniquo e i rapporti tra violazioni convenzionali e regole interne*, in *Leg. pen.*, 2011, 478 ss.; G. CANZIO, *Giudicato "europeo" e giudicato penale italiano dopo la sentenza n. 113/2011 della Corte costituzionale*, in *Riv. ass. it. cost.*, 2/11, 3-4; A. RUGGERI, *La cedevolezza della cosa giudicata all'impatto con la Convenzione europea dei diritti umani... ovvero sia quando la certezza del diritto è obbligata a cedere il passo alla certezza dei diritti*, in *Leg. pen.* 2011, 486 ss.; F.M. IACOVIELLO, *Il quarto grado di giurisdizione: la Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, 2011, 794. Ancora prima della pronuncia v. M. CHIAVARIO, *Giudicato e processo «iniquo»: la Corte si pronuncia, ma non è la parola definitiva*, in *Giur.Cost.*, 2008, 1522; L. DE MATTEIS, *Tra Convenzione europea dei*

Da sottolineare, poi, un dato centrale. La Corte europea si disinteressa delle categorie proprie del diritto interno<sup>317</sup>; ai giudici europei, infatti, poco importa se il mancato adeguamento del comportamento processuale al modello astratto abbia dato impulso alla nascita della nullità, oppure quale sia il suo trattamento per il diritto nazionale, in termini di poteri di iniziativa e dichiarazione giudiziale. In coerenza con la prospettiva sostanzialistica in cui si muovono i giudici a livello europeo si appura direttamente la responsabilità dello Stato per violazione della Convenzione quando risulti che, in concreto, il singolo è rimasto privo di un diritto fondamentale funzionale al *fair trial* oppure che simile situazione giuridica sia rimasta delusa o non sia stata congruamente soddisfatta.

Si tratta di una novità importante, che pone per la prima volta rimedio, oltre i limiti del giudicato, tradizionalmente insuperabili dagli *errores in procedendo*, ad un vizio interno al processo, tramite la riapertura del medesimo, in modo da porre l'interessato nelle condizioni in cui si sarebbe trovato in assenza della lesione.

Simile effetto di reviviscenza, non è affatto sfuggito alla Consulta nella richiamata sentenza additiva. Un passaggio coglie e spiega perfettamente tale innovativa impostazione. Segnatamente, si legge: «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. In questa prospettiva, il giudice della revisione valuterà anche come le cause della non equità del processo rilevate dalla Corte europea si debbano tradurre, appunto, in vizi degli atti processuali alla stregua del diritto interno, adottando nel nuovo giudizio tutti i conseguenti provvedimenti per eliminarli»<sup>318</sup>. Dunque, non va disatteso il significato che tale meccanismo produce nella dinamica che si instaura tra *vitia in procedendo* e pronuncia definitiva, essendo tali patologie in grado di superare la massima preclusione. Come è agevole intuire, si apre, però, un ventaglio di soluzioni eterogenee quanto alle iniquità convenzionali che ridondano in *errores* alla stregua del diritto interno.

---

*diritti dell'uomo e Costituzione: la Corte costituzionale in tema di revisione a seguito di condanna da parte della Corte di Strasburgo*, in *Cass. pen.*, 2008, 3994.

<sup>317</sup> Cfr. P. SPAGNOLO, *Il modello europeo delle garanzie minime e il regime delle invalidità: un binomio conciliabile?*, in A. MARANDOLA (a cura di), *Le invalidità processuali*, cit., 32 ss; E. AMODIO, *Il fascino ingannevole del pregiudizio effettivo*, cit., 3598; A. MARANDOLA, *La patologia dell'atto processuale: indirizzi sostanziali vs legalità formale*, cit., 1055; F. CAPRIOLI, *op. cit.*, 2444 ss.

<sup>318</sup> V. Corte cost., sent. 7 aprile 2011, n. 113, in *www.consultaonline.it*, cit.



Su tale dato la Corte costituzionale non ha fornito particolari indicazioni. La verità è che il tipo di vizio e di rimedio processuale dipenderà dal genere di violazione che involge l'equità processuale, essendo multiforme il contenuto dell'art. 6 CEDU<sup>319</sup>.

In linea di massima, se il vizio attiene alla prova, la riparazione della lesione nel processo riaperto si converte in una regola di esclusione o di valutazione della prova, con estromissioni dei dati epistemologici spuri, non più usufruibili per il convincimento giudiziale<sup>320</sup>.

Invece, ove occorra riparare prerogative processuali di stampo difensivo, ecco che entra in gioco la garanzia della nullità, con tutte le situazioni giuridiche ad essa connesse. Quell'aspettativa di rimozione, nata per ripristinare in seconda battuta un diritto processuale infranto dal compimento di un atto vietato e rimasta ineffettiva in conseguenza del prodursi del giudicato, si rinvigorisce, tutte le volte in cui la sua predisposizione appare funzionalizzata ad un diritto processuale di matrice (oltre che interna) convenzionale.

Finché sussista perfetta simmetria tra nullità interna e lesione convenzionale ovviamente il meccanismo funziona bene. Più complesso risolvere i casi in cui manca una perfetta coincidenza. È proprio a questo punto, infatti, che i problemi si complicano, poiché si tratta di un terreno fertile a far emergere «le più marcate differenze tra regole del nostro sistema e regole della Convenzione europea dei diritti umani e della giurisprudenza europea; in definitiva, tra legalità interna e legalità convenzionale»<sup>321</sup>. Il che può condurre ad un paradosso: il “prezzo che si paga per la tutela convenzionale” è un

---

<sup>319</sup> In proposito, ampiamente R.E. KOSTORIS, *La revisione del giudicato iniquo e i rapporti tra violazioni convenzionali e regole interne*, in *Leg. pen.*, 2011, 478 ss.

<sup>320</sup> Ciò si è verificato specificatamente nel caso Dorigo che ha dato origine alla pronuncia della Consulta. La Commissione europea dei diritti dell'uomo, con rapporto del 9 settembre 1998, recepito dal Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa con decisione del 15 aprile 1999 (Risoluzione interinale DH[99]258), aveva accolto il ricorso del Dorigo, dichiarando la mancanza di equità del processo celebrato nei suoi confronti, a causa della violazione dell'art. 6 § 3 lett. d CEDU. L'accusato, infatti, non aveva potuto esercitare il diritto di interrogare o fare interrogare i testimoni a carico, sicché la condanna era fondata solo sulle dichiarazioni etero-accusatorie di coimputati mai esaminati in contraddittorio, i quali s'erano avvalsi in dibattimento della facoltà di non rispondere.

<sup>321</sup> Efficacemente, R.E. KOSTORIS, *La revisione del giudicato iniquo e i rapporti tra violazioni convenzionali e regole interne*, loc. ult. cit.

principio di tassatività molto più flessibile, che subisce, cioè, deroghe, in più<sup>322</sup> e in meno<sup>323</sup>, con perdita della funzione di garanzia della legalità di cui funge da corollario.

Adombrato il problema, la sua soluzione, però, va necessariamente lasciata al prosieguo dell'indagine. Mentre, per ora, ciò a cui si vuole dare risalto è il primo profilo: quello relativo ad una possibile "rinascita" della nullità. Basta, provvisoriamente, rimarcare che la revisione europea fa "saltare" gli effetti preclusivi del giudicato, senza contraddire il valore di certezza e stabilità, pensato, nella sede specifica del giudizio penale, in proiezione di garanzia soggettiva.

Certo, si potrà obiettare che simile forma convenzionale di revisione rappresenta un rimedio impugnatorio *sui generis*, estraneo al *favor innocentiae* che tradizionalmente si addice all'istituto di cui al 630 c.p.p.<sup>324</sup>. Benché auspicato, però, ancora non c'è stato alcun intervento riformatore capace, da un lato, di riallineare la revisione al *favor innocentiae* e, dall'altro lato, di introdurre uno strumento processuale congegnato appositamente per riparare le violazioni convenzionali.

Semmai, c'è stata solo una micro-riforma che ha introdotto nel codice di rito un istituto particolare e specifico, per il quale sorgono nuovi profili di interferenza tra riviviscenza della nullità ed erosione della cosa giudicata<sup>325</sup>. Si fa precipuo riferimento al nuovo mezzo di impugnazione straordinaria di cui al novello art. 625-ter c.p.p.<sup>326</sup> Come

---

<sup>322</sup> L'implementazione delle nullità in aggiunta è immaginabile ogni volta che l'iniquità accertata non trovi corrispondenza nel binomio situazione giuridica tutelata-nullità processuale secondo la legge interna.

<sup>323</sup> Per difetto, invece, il problema si pone nella misura in cui la produzione della nullità rilevante secondo le norme interne non si traduca in un pregiudizio effettivo. *Infra* cap. IV.

<sup>324</sup> A norma dell'art. 631 c.p.p., infatti, la revisione dovrebbe condurre, se accolta, al proscioglimento dell'imputato a norma degli artt. 529, 530 o 531 c.p.p. e non risolversi in una riapertura del processo che è tale anche con riferimento agli esiti decisori.

<sup>325</sup> Così anche, S. QUATTROCOLO, *Il contumace cede la scena processuale all'assente, mentre l'irreperibile l'abbandona. Riflessioni a prima lettura sulla nuova disciplina del procedimento senza imputato*, in *penalecontemporaneo.it* (30 aprile 2014). L'A. precisa (nota n. 16) che «Proprio sotto questo profilo si può cogliere l'opportunità, appena accennata nella relazione di accompagnamento, che il nuovo 625-ter c.p.p. sia nel futuro prossimo interpolato ai fini di una razionale disciplina delle conseguenze delle declaratorie di violazione, soprattutto dell'art. 6 CEDU, da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo»

<sup>326</sup> Peraltro, nella riforma in atto, d.d.l. 2067, l'istituto viene spostato nel nuovo art. 629-bis c.p.p., con competenza della Corte di appello. Segnatamente, si prevede che «art. 629-bis. – (Rescissione del giudicato). – 1. Il condannato o il sottoposto a misura di sicurezza con sentenza passata in giudicato, nei cui confronti si sia proceduto in assenza per tutta la durata del processo, può ottenere la rescissione del giudicato qualora provi che l'assenza è stata dovuta ad una incolpevole mancata conoscenza della celebrazione del processo. 2. La richiesta è presentata alla corte di appello nel cui distretto ha sede il giudice che ha emesso il provvedimento, a pena di inammissibilità, personalmente dall'interessato o da un difensore munito di procura speciale autenticata nelle forme previste dall'articolo 583, comma 3, entro trenta giorni dal momento dell'avvenuta conoscenza del procedimento. 3. La corte di appello provvede ai sensi dell'articolo 127 e, se accoglie la richiesta, revoca la sentenza e dispone la trasmissione degli atti al giudice di primo grado. Si applica l'articolo 489, comma 2. 4. Si applicano gli articoli 635 e 640».

noto, la rescissione del giudicato può condurre ad infrangere la massima preclusione, con regressione del processo e trasmissione degli atti davanti al giudice di primo grado. Ciò, nell'ipotesi in cui si sia proceduto in assenza della persona, condannata o sottoposta a misura di sicurezza, per tutta la durata del processo e sempre che egli riesca a dimostrare che l'assenza sia stata dovuta ad una incolpevole mancata conoscenza della celebrazione del processo<sup>327</sup>.

L'istituto in questione è stato oggetto di numerose critiche, già a partire dalla sua denominazione, la quale rimanda all'istituto civilistico della rescissione del contratto<sup>328</sup>. Apparentemente, tra la rescissione civilistica, deputata a riparare lo squilibrio del sinallagma, e quella processuale, volta a salvaguardare il diritto alla conoscenza della celebrazione del processo, non ci sarebbe alcun punto di contatto. Un simile rilievo condurrebbe, così, a ritenere impropria e fuorviante l'espressione linguistica impiegata dal legislatore processuale.

Eppure, se non si vuole vanificare la scelta legislativa un qualche fattore comune con la rescissione classica deve potersi rinvenire. In effetti, il dato comune che fornisce la chiave di lettura del rimedio rescissorio esiste e va rintracciato nella valutazione di iniquità e nella condizione di menomazione in cui si trova la parte che subisce la lesione, tanto quella contrattuale quanto quella processuale. Così come la rescissione del contratto oscilla tra i due poli costituiti dalla lesione dell'autodeterminazione negoziale e dalle condizioni inique della stipulazione, integrando un vizio di funzione della fattispecie contrattuale<sup>329</sup>; la rescissione del giudicato si fonda sulla compromissione della libertà di scelta dell'imputato, che deve essere messo in condizione di autodeterminarsi in ordine alla partecipazione al suo processo. Situazione giuridica, questa, che se non compiutamente soddisfatta determina una palese iniquità interna alla fattispecie processuale. Anche in questo caso, ci si trova di fronte ad uno squilibrio, di natura ovviamente processuale: la sentenza definitiva non è il frutto di una normale dialettica tra

---

<sup>327</sup> Cfr. S. CHIMICI, *Art. 625-ter. La rescissione del giudicato*, in C. CONTI-A. MARANDOLA-G. VARRASO, (a cura di), *Le nuove norme sulla giustizia penale*, Padova, 2014, 321 ss.; A. DIDDI, *Novità in materia di impugnazioni e di restitutio in integrum*, in D. VIGONI (a cura di), *Il giudizio in assenza dell'imputato*, Torino, 2014, 209; C. CARVELLI, *Rescissione del giudicato e reformatio in peius*, in *Dir. pen. e proc.*, 2014, n. 9, 1039; A.A. SAMMARCO, *op. cit.*, 408 ss.

<sup>328</sup> V. C. CARVELLI, *Rescissione del giudicato e reformatio in peius*, in *Dir. pen. e proc.*, 2014, n. 9, loc. ult. cit.; A.A. SAMMARCO, *op. loc. ult. cit.*

<sup>329</sup> Cfr. F. GAZZONI, *op. cit.*; B.G. CARPINO, *La rescissione del contratto*, Milano, 2000, *passim*. In giurisprudenza *ex multis*, Cass., Sez. II civ., 6 giugno 2013, n. 28581, in [www.italgiure.giustizia.it](http://www.italgiure.giustizia.it).

pari, ma il prodotto finale di un rapporto processuale squilibrato per via dell'assenza dell'imputato.

Il concetto lambisce questioni di invalidità. Ciò accade già in sede civile, ove il fenomeno rescissorio si inserisce tra le patologie funzionali che danno luogo ad una sorta di azione di annullamento del contratto stipulato in condizioni di squilibrio<sup>330</sup>; ugualmente è a dirsi in sede processuale penale, ove anzi il fenomeno è ancora più marcato. Il processo celebratosi con l'assenza incolpevole dell'imputato non può ritenersi, infatti, legittimo<sup>331</sup> e non è ritenuto tale, invero, proprio dalla novella disposizione che contempla il rimedio rescissorio. In ragione di simile valutazione negativa, è quasi scontato dire che sorga un'aspettativa di rimozione che, se soddisfatta, conduce "all'annullamento" del processo, invalidato, benché concluso.

Al di là delle disquisizioni terminologiche, infatti, il meccanismo di rescissione ricalca quello della nullità processuale<sup>332</sup>. Solo che il congegno non integra un accertamento incidentale nel processo, ma si trova collocato in via del tutto eccezionale oltre il giudicato.

Il vizio compromette, infatti, l'intero giudizio, sicché se ne deve sottolineare la portata ampia e autonoma rispetto alle singole nullità che si inseriscono nel processo. Ciò, ancorché il difetto non possa dirsi completamente sganciato da ipotesi puntuali, che investono i singoli atti processuali e dunque le situazioni giuridiche particolari che nel processo si interfacciano con il diritto di difesa, sotto il profilo dell'informazione circa l'esistenza del processo. Fattispecie di mancata conoscenza incolpevole, infatti, sono già contemplate nel tessuto codicistico proprio nel campo delle nullità tradizionali. Ai fini della conoscenza incolpevole, infatti, vengono sicuramente in gioco (anche) le ipotesi di omessa citazione dell'imputato che, come noto, sono contemplate dall'art. 179 c.p.p. e che addirittura esigono il trattamento tipico del regime assoluto, in ragione dell'irrinunciabilità del diritto dell'imputato alla conoscenza dell'inizio di un processo penale a suo carico. Rilevano, infatti, tutte le nullità degli atti processuali relativi alla *vocatio in iudicium*, nonché quelli accessori e strumentali delle notificazioni e degli

---

<sup>330</sup> V. F. GAZZONI, *op. loc. ult. cit.*; B.G. CARPINO, *op. loc. ult. cit.*

<sup>331</sup> Sul punto, A.A. SAMMARCO, *op. cit.*, 409.

<sup>332</sup> La persona già giudicata a seguito di un processo iniquo, illegittimo e, quindi, invalido, può far valere la sua pretesa alla celebrazione *ex novo* del processo, tramite l'esercizio del potere di impugnazione straordinaria, e in base al quale la Corte di cassazione, in caso di accoglimento dell'istanza, revoca la sentenza e dispone la trasmissione degli atti al giudice di primo grado.

avvisi<sup>333</sup>. Precluse dal giudicato, simili nullità possono ridestarsi a seguito della richiesta di rescissione. Il fenomeno rescissorio, nondimeno, non va ridotto alle ipotesi di nullità già codificate; la sua particolarità risiede nella portata generale e sulla centralità della riparazione del diritto leso, *bypassando* l'individuazione di specifiche inosservanze.

---

<sup>333</sup> S. CHIMICI, *Art. 625-ter. La rescissione del giudicato*, in C. CONTI-A. MARANDOLA-G. VARRASO, (a cura di), *Le nuove norme sulla giustizia penale*, loc. ult. cit.

## Capitolo IV

# LA CRISI DELLA SITUAZIONE DI NULLITÀ: LO SCARTO TRA INVALIDITÀ E LESIVITÀ DELL'ATTO NULLITÀ INNOCUE E ABUSO DEI DIRITTI PROCESSUALI: LO SCARTO TRA INVALIDITÀ E LESIVITÀ

**Sommario:** 1. *Il paradosso della nullità innocua.* – 2. *La nullità tra pregiudizio effettivo e lesività in concreto. L'applicazione del principio di offensività alla "sanzione processuale".* – 3. *L'abuso dei poteri processuali connessi all'aspettativa di rimozione.* – 4. *L'effettività delle situazioni giuridiche processuali e l'approccio sostanzialistico di matrice europea.* – 5. *L'aderenza delle nullità alle situazioni di cui sono garanzia. Possibili rimedi a fenomeni di abuso.*

### 1. *Il paradosso della nullità innocua*

Nessuno mai oserebbe definire le nullità processuali come semplici «vizi di forma, dal momento che [esse] investono l'intima essenza del rapporto processuale»<sup>334</sup>. Si è visto, infatti, che la nullità rappresenta uno strumento deputato ad assicurare l'effettività del complesso di diritti inerenti al «giusto processo regolato dalla legge»<sup>335</sup>.

Al fine di raggiungere tale scopo, l'architrave del sistema delle nullità poggia su un'opzione formalista<sup>336</sup>, nella convinzione che l'effettività delle posizioni soggettive possa discendere dal rispetto delle regole.

In questa cornice, emerge il significato rivestito dalla fattispecie astratta: «sotto l'impero della legalità, dominante in tutto il nostro ordinamento ma di certo sovrana nel suo ramo penalistico, la "funzione" o le "funzioni" sostanziali di ogni istituto tendono a compenetrarsi nella disciplina formale, nel senso che ogni istituto od atto raggiunge la sua funzione in quanto conforme alla disciplina e, per contro, se conforme alla disciplina esplica per ciò solo la sua funzione»<sup>337</sup>. La legge, dunque, è in grado di plasmare la realtà processuale, facendo sì che l'ottemperanza all'onere di conformità coincida con l'unico

---

<sup>334</sup> Cfr. R. PANNAIN, *Le sanzioni processuali penali*, cit., 281.

<sup>335</sup> *Supra* cap. I.

<sup>336</sup> Sul tema, F. CORDERO, *Chi abusa del processo*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 1421 ss.; E. AMODIO, *Il fascino ingannevole del pregiudizio effettivo*, in *Cass. pen.*, 2012, 3596 ss.; ID, *L'abuso delle forme degli atti processuali penali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2016, 559; R. ORLANDI, *Abuso del diritto o diritto all'abuso?*, loc. ult. cit.; F. PALAZZO, *op. loc. ult. cit.*; G. ILLUMINATI, *op. loc. ult. cit.*; F. CAPRIOLI, *op. loc. ult. cit.*; T. PADOVANI, *op. loc. ult. cit.*; A. MARANDOLA, *La patologia dell'atto processuale: indirizzi sostanziali vs legalità formale*, cit., 1054; M. BOSCHI, *op. loc. ult. cit.*; G. LOZZI, *Sui tentativi giurisprudenziali di ampliare le possibilità di sanatoria delle nullità assolute*, loc. ult. cit.; P. MOSCARINI, *op. loc. ult. cit.*; M.C. MARZO, *op. loc. ult. cit.*; M. ANSELMINI, *op. loc. ult. cit.*

<sup>337</sup> Così, F. PALAZZO, *op. cit.*, 3610.

modo per limitare i poteri, altrimenti potenzialmente arbitrari, e, al contempo, assicurando il pieno esercizio delle situazioni giuridiche processuali ai primi legate<sup>338</sup>, giacché è questo lo scopo degli atti processuali-penali.

Analogo discorso vale sul piano patologico. Se il rispetto della legalità assorbe lo scopo, al contrario, la mancata aderenza alle regole genera disfunzioni che ben si possono innestare su uno schema rigido, tassativo, improntato sul difetto di conformità dell'atto al suo modello giuridico<sup>339</sup>.

L'illegittimità è a monte nella tipologia della regola violata e l'atto invalido è l'indice di uno scorretto esercizio del potere a cui corrisponde un'immanente lesione di una situazione processuale; quest'ultima, se considerata meritevole di tutela forte, giustifica e fonda la predisposizione legale della nullità. Spetta, infatti, al legislatore, guidato dalla natura e dall'importanza delle situazioni giuridiche, il compito di stabilire se all'invalidità debba corrispondere una reazione in termini di legittima aspettativa di rimozione ovvero se non vi è necessità di apprestare alcuna garanzia, lasciando gravitare il vizio nell'area dell'irregolarità.

In base a simile ricostruzione, la nascita della nullità appare la conseguenza voluta dalla legge per la mancata riproduzione dell'atto tipico. Principale corollario è che il suo accertamento, pur passando per mezzo di una ragionata disciplina dei poteri di iniziativa, modulata secondo la natura della situazione violata, opera secondo un meccanismo deduttivo di tipo rigoroso e automatico<sup>340</sup>.

Questa impostazione, in tempi recenti, è stata, tuttavia, messa in dubbio, secondo una linea di tendenza antiformalistica<sup>341</sup>, sintomatica dell'irreversibile crisi che vive,

---

<sup>338</sup> Cfr. L. FERRAJOLI, *Principia iuris.*, cit., 308-309, 587 ss.

<sup>339</sup> In proposito v. G. CONSO, *Il concetto e le specie di invalidità*, cit., 61 ss.; R. APRATI, *Il principio di tassatività delle nullità*, in A. MARANDOLA (a cura di), *Le invalidità degli atti processuali*, cit., 71 ss.; C. IASEVOLI, *La nullità nel sistema processuale penale*, cit., 48 ss.; ID, *La nullità nel processo partecipato: ovvero legalità e garanzie nell'etica della responsabilità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2011, 664; G. DI PAOLO, *Nullità processuali e sanatorie tra tassatività e tendenze antiformalistiche*, cit., 246 ss.; A. MARANDOLA, *Il modello nazionale tra vecchio e nuovo sistema processuale*, in A. MARANDOLA (a cura di), *Le invalidità degli atti processuali*, cit., 5.; G. FOSCHINI, *La giustizia sotto l'albero e i diritti dell'uomo*, cit., 300; L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 37; E. AMODIO, *Crisi della legalità processuale, filosofia della rassegnazione e autorevolezza dei giuristi*, cit., 433; M. VILLANI, *La Corte ribadisce i rapporti tra legalità costituzionale, legalità sostanziale e legalità processuale*, in *Giur. cost.*, 2009, loc. ult. cit.

<sup>340</sup> V. O. DOMINIONI, sub art. 177 c.p.p., in E. AMODIO-O. DOMINIONI (diretto da) *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, vol. II, Milano, 1990, 257-258.

<sup>341</sup> Cfr. La concezione antiformalistica sorse già nella vigenza del codice di rito per il Regno d'Italia del 1865, incontrando il favore della dottrina del tempo (cfr., ad esempio, G. BORSANI- L. CASORATI, *Codice di procedura penale italiano commentato*, Milano, 1878, vol. VI, § 2113, 351-352 e vol. VII, §. 2350, 526; F. SALUTO, *Commenti al codice di procedura penale per il Regno d'Italia*, vol. VIII, Torino, 1884, 156;

attualmente, il principio di legalità<sup>342</sup>; non solo nel processo penale, ma nel solco dell'ordinamento giuridico considerato nel suo complesso, il quale è indotto a spostare l'asse della legalità su strumenti più flessibili e aderenti ai nuovi bisogni della vita sociale<sup>343</sup>.

Al riguardo, in contrapposizione con la tesi formalistica, la concezione sostanzialistica di nuovo conio ritiene che la realizzazione dei valori e degli scopi presi di mira dalla legge dipenda, più che da un giudizio di corrispondenza dell'atto al suo modello, da un giudizio concreto di idoneità degli atti a raggiungere il fine che ne permea la funzione, potendosi anche prescindere<sup>344</sup>, in questa valutazione, dal rispetto dell'*iter* di formazione consegnato dal legislatore<sup>345</sup>.

Lungo simile percorso, l'aspettativa di rimozione degli effetti di un atto invalido viene affrancata dall'accertamento del solo difetto di conformità dell'atto, in virtù di un'esegesi teleologica che conduce a ritenere inadeguato e insoddisfacente il parametro dell'ottemperanza/inottemperanza all'onere di realizzazione di fattispecie tipiche, al fine di assicurare una tutela calibrata e funzionale all'esercizio, nel caso concreto, delle situazioni giuridiche nel processo.

---

*contra*, L. LUCCHINI, *Elementi di procedura penale*, Firenze, 1908, 254). In quel periodo, l'approccio sostanzialistico si manifestò nel consentire al giudice di rilevare nullità "non testuali", v, sul punto, A. PRESUTTI, *Legalità e discrezionalità nella disciplina delle nullità processuali penali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1976, 1191 ss.; P. MOSCARINI, *op.cit.*, *passim*. Più di recente cfr. M. CAIANIELLO, *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nell'invalidità processuale penale*, Bologna, 2012, *passim*; F.M. IACOVIELLO, *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, cit., 147.

<sup>342</sup> Emblematiche le parole di E. AMODIO, *Crisi della legalità processuale, filosofia della rassegnazione e autorevolezza dei giuristi*, loc. ult. cit., ID, *Il processo penale tra disgregazione e recupero del sistema*, in *Ind. pen.*, 2003, 7.

<sup>343</sup> P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2001, 80; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge diritti e giustizia*, Torino, 1992, 47. Il tema rappresenta l'evoluzione, sotto un nuovo angolo visuale, dell'antitesi storica tra formalismo e sostanzialismo e della possibile distanza che corre tra legge, scopi e risultati. Questa distanza è, in certa misura, inevitabile, visto che «le linee del giudizio sono curve, mentre il legislatore sa tracciare solo linee rette», come nota 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., 355.

<sup>344</sup> Cfr. F.M. IACOVIELLO, *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, loc. ult. cit.

<sup>345</sup> Cfr. M. CAIANIELLO, *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nell'invalidità processuale penale*, cit., 107 ss.; F.M. IACOVIELLO, *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, loc. ult. cit. Il passaggio ad una nullità "sostanziale" è auspicato dal I Presidente della Corte di Cassazione, Giorgio Santacroce, nel discorso di inaugurazione dell'anno giudiziario 2014, in *cortedicassazione.it*. Critici in una prospettiva fondata sul diritto vigente, ma che preludono ad una apertura de iure condendo R.E. KOSTORIS, *Verso un processo penale non più statocentrico*, in R.E. KOSTORIS- A. BALSAMO (a cura di), *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, Torino, 2008, 10; G. ILLUMINATI, *op. loc. ult. cit.*; A. MARANDOLA, *La patologia, dell'atto processuale: indirizzi sostanziali vs legalità formale*, loc. ult. cit.; P.P. PAULESU, "Effettivo pregiudizio" e nullità degli atti processuali, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 882 ss.



Si nega, dunque, che la produzione della nullità risponda ad una logica deduttiva rigorosa, di tal che l'interprete non è vincolato da un giudizio di mera sussunzione, ma è protagonista di una valutazione ben più complessa e articolata, tarata sul raggiungimento dello scopo.

Il che, in definitiva, autorizza il giudice a colmare le distanze tra fattispecie astratta e concreta. Difatti, ne deriva, quale logico corollario, che l'organo giurisdizionale può accertare l'aspettativa di rimozione e invalidare gli effetti prodotti da un atto anche laddove manchi la predisposizione legale, sul presupposto che sia sufficiente la presenza di un effettivo pregiudizio in danno di una prerogativa processuale. L'interprete può, altresì, omettere di statuire la nullità, pur a fronte della deviazione dal percorso legale di formazione, quando l'atto, sebbene invalido, si sia mostrato capace di conformarsi allo scopo, avendo reso possibile l'esercizio delle prerogative altrui al quale risultava preordinato<sup>346</sup>.

Nel primo caso, si creano "nullità innominate" in via interpretativa, nell'auspicio di colmare una lacuna normativa; nella seconda ipotesi, si paralizza una nullità prevista, perché, nel caso concreto, non emerge la dimensione lesiva che in astratto si addice all'atto invalido, con l'obiettivo di non dare seguito ad un'aspettativa di rimozione inutile e ingiustificata, il cui unico risultato sarebbe uno spreco di tempo.

Si valorizza, insomma, lo scarto tra invalidità, da un lato, e l'effettiva lesione della situazione giuridica salvaguardata, dall'altro, per riempire lo spazio tra dimensione astratta e concreta. Con un duplice pregio: *in primis* quello di riallineare i due versanti della fattispecie e, *in secundis*, di ridurre la frizione che sovente si avverte tra garanzie individuali e istanze di economia<sup>347</sup>. Così facendo, d'altro canto, la nullità deriva solo da una obiettiva domanda di giustizia processuale, con l'effetto che il processo è costretto a tornare indietro solo quando non se ne può fare davvero a meno. Senza contare che gli incidenti di parte promossi in modo pretestuoso verrebbero limitati; c'è infatti, anche «un aspetto di rilevanza estetica. Per chi assiste al processo alla fine diventa evidente che le forme sono utilizzate in modo distorto a fini di sabotaggio della giurisdizione. Il sistema

---

<sup>346</sup> V. M. CAIANIELLO, *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nell'invalidità processuale penale*, loc. ult. cit.

<sup>347</sup> In proposito, F.M. IACOVIELLO, *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, loc. ult. cit.; G. CANZIO-E. MARZADURI-G. SILVESTRI, *Preclusioni processuali e ragionevole durata del processo*, cit., 241 ss.

appare dunque vittima di una beffa quando si percepisce che le forme sono private del loro significato rituale»<sup>348</sup>.

Ma il prezzo che viene richiesto per conciliare il profilo astratto e concreto è il progressivo allontanamento dal principio di tassatività, valevole a togliere al capriccio dell'interprete la sorte delle garanzie individuali: «il principio che la legge è essenziale al processo perché solo la legge può contenere l'arbitrio del giudice non può essere messo in discussione: anzi direi che è del tutto pleonastico, perché il processo non è altro che legge»<sup>349</sup>.

La scelta tra l'opzione formalistica e quella antiformalistica non è solo questione di costi e benefici, dovendo fare i conti anche con la compatibilità rispetto alla disciplina vigente.

Pertanto, ai fini della ricerca, è opportuno analizzare le diverse formule congegnate nella prassi per sondarne l'affinità alle coordinate generali del sistema, prima di scartarle o accettarle aprioristicamente.

Approssimativamente, i campi di analisi sono due: secondo una prima impostazione, la nullità andrebbe inquadrata nel novero delle sanzioni giuridiche, sicché si dovrebbe sfruttare il principio di offensività in concreto per scrutinare meritevolezza, bisogno e necessità di "pena". In base ad una cornice concettuale che si pone in sviluppo con la prima, invece, dal momento che il processo penale si compendia di situazioni di potere, si potrebbe attingere alla figura, in voga negli ultimi tempi, dell'abuso del processo, da intendersi, per l'appunto, come uso strumentale e dannoso, benché formalmente legittimo, delle prerogative che la legge assegna alle parti processuali e che spuntano fuori quando si discute di nullità.

## *2. La nullità tra pregiudizio effettivo e lesività in concreto. L'applicazione del principio di offensività alla "sanzione processuale"*

L'attitudine lesiva di un atto invalido è connotato giuridico intrinseco alla fattispecie astratta, che vale a fondare la qualifica negativa di invalidità, conferendo alla categoria normativa in questione un arricchimento sul piano del significato rispetto al più

---

<sup>348</sup> Cfr. E. AMODIO, *L'abuso delle forme degli atti processuali penali*, cit., 568.

<sup>349</sup> Così, S. SATTA, *Soliloqui e colloqui di un giurista*, Padova, 1968, 143. Sul significato del principio di tassatività si veda N. GALANTINI, *Vizi degli atti processuali penali*, cit., 1999, 345.

basilare concetto di imperfezione<sup>350</sup>. Se l'atto processuale-penale difforme non fosse in astratto lesivo di una situazione giuridica, infatti, nemmeno avrebbe alcun senso razionale l'attributo di invalidità e la predisposizione, in sua conseguenza, della nullità.

Ciò premesso, ben diversa è l'ipotesi in cui si predica la necessità di una correzione del caso concreto, quando viene riscontrata una divergenza tra la lesività astratta e la lesività concreta. Su tale *deficit* affonda le radici la teorica del pregiudizio effettivo<sup>351</sup>.

La tesi, nel tentativo di risolvere il problema dello scarto, ritiene di poter attribuire alla concreta offensività dell'atto processuale illegittimo il ruolo di elemento integrativo implicito della fattispecie invalidante. Il precetto processuale sarebbe, dunque, integrato da un elemento negativo di tipo extranormativo, ovvero sia il pregiudizio effettivo. Simile requisito aggiuntivo condurrebbe ad implementare «il giudizio di disvalore dell'atto [che] si articolerebbe nella verifica della conformità al modello e dell'effettiva lesione dell'interesse tutelato»<sup>352</sup>. Mancante il pregiudizio effettivo, non ci sarebbe bisogno di alcuna comminatoria di nullità, concepita come sanzione giuridica degli atti processuali penali. Più nel dettaglio, «per valutare se un *error in procedendo* si sia effettivamente consumato, si ricorre all'applicazione del principio di offensività processuale, secondo il quale 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 era destinata a presidiare»<sup>353</sup>.

Come è agevole intuire da queste poche battute, non invadere il campo del diritto penale sostanziale è impossibile. Lo schema ricalca le linee teoriche della concezione realista del reato, la quale postulando l'offesa come requisito aggiuntivo rispetto all'evento tipico, conduce ad escludere l'applicazione della sanzione penale tutte le volte

---

<sup>350</sup> V. G. CONSO, *Il concetto e le speice d'invalidità*, cit., 62; L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., 546-549, 930-931.

<sup>351</sup> Sul punto, M. BOSCHI, *op. loc. ult. cit.*; P. MOSCARINI, *op. cit.*, 29; M. CAIANIELLO, *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nell'invalidità processuale penale*, cit., 107 ss; F.M. IACOVIELLO, *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, loc. ult. cit. R.E. KOSTORIS, *Verso un processo penale non più statocentrico*, in *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, Torino, 2008, 10; G. ILLUMINATI, *op. loc. ult. cit.*; A. MARANDOLA, *La patologia, dell'atto processuale: indirizzi sostanziali vs legalità formale*, loc. ult. cit.; P.P. PAULESU, "Effettivo pregiudizio" e nullità degli atti processuali, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 882 ss.

<sup>352</sup> V. C. IASEVOLI, *La nullità nel processo partecipato: ovvero legalità e garanzie nell'etica della responsabilità*, cit., 674.

<sup>353</sup> Cfr. Cass., Sez. Un., 24 novembre 2016, n. 7697, con nota di I. GUERINI, *Repetita iuvant: le Sezioni Unite si pronunciano (di nuovo) sull'omessa notifica dell'avviso di fissazione dell'udienza preliminare*, cit.

che il fatto, pur tipico, non sia offensivo in concreto<sup>354</sup>. A risultati non dissimili, ma ancor più raffinati, giunge anche quella corrente esegetica che, pur facendo gravitare l'offensività nell'area della tipicità, quale attributo intrinseco dell'evento, riconosce che, nel caso concreto, la dimensione offensiva del fatto, prevista in astratto, può non esprimersi<sup>355</sup>, data la distanza che corre tra le «linee rette» della legge e le «linee curve» delle vicende umane<sup>356</sup>.

L'antigiuridicità in concreto, sul piano processuale, anzi, sarebbe ancora più spinta che sul versante sostanziale.

Ci sono casi, d'altro canto, in cui l'interprete si trova in netta difficoltà, poiché, pur riconoscendo la lesione di valori non indifferenti, in mancanza della previsione legale di una sanzione processuale, si ritrova privo di "munizioni", dovendosi ingegnare ad elaborare soluzioni innovative per porre rimedio a comportamenti lesivi che altrimenti resterebbero privi di risposta<sup>357</sup>. Così, dall'affermarsi di patologie atipiche come l'inesistenza e l'abnormità, si trae la convinzione che l'intera disciplina dei vizi processuali dovrebbe informarsi al principio di offensività, per ampliare o restringere il campo delle invalidità<sup>358</sup>. Una volta, infatti, che «si accettano aperture del sistema della tassatività quando si ampliano i casi di invalidità rispetto al catalogo legale, si possono accettare aperture del sistema che consentano di non dichiarare una nullità anche quando formalmente è prevista dalla legge»<sup>359</sup>.

Per verificare la bontà della conclusione a cui si giunge, occorre mettere alla prova le premesse da cui trae origine la teoria del pregiudizio effettivo, vale a dire l'analogia tra nullità processuale e pena criminale. Proprio l'accostamento della nullità alla sanzione consente, all'evidenza, l'indiscriminata applicazione del principio di offensività in concreto che si ritrova traslato sotto la denominazione di pregiudizio effettivo al campo

---

<sup>354</sup> Cfr. C. FIORE, *Reato impossibile*, Napoli, 1959, 27 ss.; M. SINISCALCO, *La struttura del delitto tentato*, Milano, 1959, 129 ss.; G. NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, Milano, 1965, ID, voce *Reato impossibile*, in *Noviss. Dig. it.* XIV, Torino, 1967, 974 ss.; F. BRICOLA, *op. loc. ult. cit.*; F. MANTOVANI, *op. cit.*, 208 ss. *Contra*, invece, P. NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, Padova, 1982, 420 ss.; F. STELLA, *La teoria del bene giuridico e i c.d. fatti inoffensivi conformi al tipo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1973, 3 ss.

<sup>355</sup> V. M. GALLO, voce *Dolo* (dir. pen.), in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, 786 ss; ID, *Appuntidi diritto penale*, vol. II, Torino, 2000, 94 ss., il quale parla di «carezza di realizzazione dell'offesa-contenuto del reato».

<sup>356</sup> V. P. FERRUA, *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, in P. FERRUA – F.M. GRIFANTINI – G. ILLUMINATI – R. ORLANDI, *La prova nel dibattimento penale*, *loc. ult. cit.*

<sup>357</sup> Cfr. le riflessioni di G. ILLUMINATI, *op. loc. ult. cit.*

<sup>358</sup> In senso critico, F. CAPRIOLI, *op. cit.*, 2451.

<sup>359</sup> In questi termini, C. CONTI, *Nullità e inutilizzabilità: problemi attuali e prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2008, 1657.

processuale. Assimilazione, questa, che ha radici remote, trovando il proprio *humus* nella supposta simmetria tra fatto illecito e atto invalido.

Entrambi i fenomeni, sullo sfondo della visione kelseniana della norma giuridica come imperativo categorico accompagnato da una sanzione<sup>360</sup>, sarebbero oggetto di una valutazione negativa che investe il comportamento umano all'interno dell'ordinamento giuridico e che si risolve nel divieto, rispettivamente, di commettere fatti illeciti e di realizzare atti invalidi; in un'ottica di prevenzione e nella prospettiva della repressione del comportamento vietato giuridicamente rilevante, si giustificherebbe l'opportunità di configurare conseguenze negative, per chi infrange il divieto incorrendo nella violazione del precetto, quali per l'appunto, la sanzione giuridica<sup>361</sup>.

In realtà, la dogmatica ha rintracciato gli aspetti differenziali tra fatto illecito e atto invalido, sotto molteplici profili. Non è sfuggito, così, che il fatto illecito «realizza una fattispecie, l'atto invalido non realizza alcuna fattispecie, anzi è invalido proprio per questa ragione»<sup>362</sup>; che, inoltre, mentre il comportamento illecito è contrario ad un dovere, contemplato da una norma statica<sup>363</sup>; l'atto invalido è fondato sulla mancata integrazione dello schema previsto per l'esercizio di un potere da una norma strumentale<sup>364</sup>, risolvendosi nel mancato assolvimento di un onere<sup>365</sup>; che, infine, l'area dell'illiceità è il campo dei fatti informali, mentre il settore degli atti invalidi è terreno elettivo delle forme<sup>366</sup>. Osservazioni, queste, che colgono nel segno.

Sebbene distinti sul piano concettuale, però, non sono esclusi fenomeni di sovrapposizione, allorché la fattispecie del comportamento doveroso e quella del comportamento esercizio del potere siano costruite in riferimento al medesimo schema<sup>367</sup>. Il che è ben possibile, visto che l'atto giuridico appartiene al più ampio *genus* dei fatti umani<sup>368</sup>. Si tratta, allora, di inquadrare giuridicamente un fenomeno, empiricamente

---

<sup>360</sup> Cfr. H. KELSEN, *op. cit.*, 43 ss.

<sup>361</sup> Nella visione kelseniana, l'illecito è definito come presupposto della sanzione, H. KELSEN, *op. loc. ult. cit.*

<sup>362</sup> Cfr. G. CONSO, *Il concetto e le speice d'invalidità*, cit., 64.

<sup>363</sup> In proposito, F. CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, cit., 194 ss.

<sup>364</sup> V. F. CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, loc. ult. cit.

<sup>365</sup> V. G. CONSO, *Il concetto e le speice d'invalidità*, cit., 63.

<sup>366</sup> Così, L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit. 498 ss.

<sup>367</sup> In proposito, v. F. CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, cit., 235 ss., secondo il quale «una medesima condotta può essere simultaneamente ipotizzata da una norma strumentale e da una norma statica».

<sup>368</sup> La formalità dell'atto giuridico non è contrapposta all'informalità del fatto illecito, essendo, invece, caratteristica speciale dell'atto che, pur sempre, appartiene alla generale nozione di fatto giuridico, secondo una relazione che non è di antinomia ma di specialità. Ancora, la staticità della norma che contempla un

unitario, con due norme diverse, le quali concorrono nella sua qualificazione. Un medesimo accadimento, oggetto di pluriquificazione, ben può essere, al contempo, sia tipico rispetto ad una norma di dovere, sì da integrare un illecito, sia venire in rilievo come deviazione da un modello di atto, frutto dell'esercizio di un potere avvinto dall'onere di conformità<sup>369</sup>. Dunque, il rapporto tra illiceità ed invalidità «non è di antinomia ma di alterità»<sup>370</sup>, trattandosi di un concorso di norme che intervengono a qualificare il medesimo fatto da angoli visuali e porzioni dell'ordinamento giuridico che rimangono e devono rimanere distinti. Essi possono cumularsi ma non confondersi tra loro.

Sicché, l'automatica traslazione delle categorie proprie dell'illiceità non può operare *sic et simpliciter* sul terreno dell'invalidità, senza creare disordini concettuali. Ciò conduce ad escludere che categorie di qualificazioni tipiche del reato, quali l'offensività, possano essere applicate senza alcun appiglio normativo all'atto invalido. Ciò che davvero osta all'applicazione del pregiudizio effettivo nel terreno del processo penale è, invero, proprio l'assenza di una norma giuridica che conferisca al giudice la possibilità di fare un'indagine sul punto, al fine di riallineare il difetto di conformità e la lesività concreta.

Diversamente, nell'ordinamento penale, la valutazione in merito all'assenza di lesività è autorizzata espressamente dall'art. 49, comma 2, c.p.<sup>371</sup>. Ebbene, una previsione

---

dovere non è incompatibile con la dinamicità della norma che origina un onere, visto che a tale figura non è estraneo l'aspetto statico di dovere e che, anzi, è tale profilo a porre un argine alla dinamicità del potere, vincolandolo ad un dovere formale. Sul tema, G. CONSO, *I fatti giuridici processuali penali*, cit., 2 ss; A. E. CAMMARATA, *Il significato e la funzione del "fatto" nell'esperienza giuridica*, cit., 393; M. ALLARA, *Vicende del rapporto giuridico, fattispecie, fatti giuridici*, cit., 125; S. MESSINA, *op. cit.*, 589; R. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, 331.

<sup>369</sup> E l'ordinamento non disconosce simile sovrapposizione. Basti pensare a tutte le volte che un atto amministrativo illegittimo è fonte di un danno ingiusto, tale da integrare anche un illecito civile o, addirittura, penale; o ancora, è sufficiente considerare che, in ambito penalistico, solo l'ordine legittimo dell'Autorità esclude la punibilità, mentre l'ordine illegittimo, purché sindacabile, non elide la responsabilità penale. Ancora più esplicito è il fenomeno sul versante processuale. Tanto è vero, in tema di nullità, che un atto può essere invalido e, contemporaneamente, costituire un illecito disciplinare, deontologico, penale o civile che dir si voglia.

<sup>370</sup> Cfr. F. CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, cit., 236.

<sup>371</sup> Il reato impossibile risolve, infatti, lo scarto tra fattispecie astratta e concreta, vietando al giudice di punire fatti conformi al tipo, se privi di carica offensiva nel caso di specie. Senza la disposizione espressa «idone[a] a risolvere la contraddizione tra una forma - che va nel senso della punibilità - e una sostanza - che va in senso opposto» (così Cfr. F. PALAZZO, *op. loc. ult. cit.*); il principio di legalità, nei due corollari della tipicità e tassatività del reato, non avrebbe tollerato l'esistenza di un potere simile in capo al giudice. Sul punto, V. M. GALLO, voce *Dolo* (dir. pen.), cit., 786 ss.; ID, *Appuntidi diritto penale*, cit., 94 ss.

analoga non esiste in campo processuale penale, ove al contrario impera senza deroghe il principio di tassatività di cui all'art. 177 c.p.p.

Va soggiunto che la teoria del pregiudizio effettivo è sorta su basi normative ben lontane da quelle attuali. Occorre risalire all'art. 187 del codice di rito del 1931, il quale considerava la nullità di un atto «sanata se nonostante l'irregolarità l'atto ha ugualmente raggiunto il suo scopo rispetto a tutti gli interessati». In quel contesto, l'«interazione elastica tra conseguimento dello scopo e pregiudizio effettivo [...] costituiva il fulcro della valutazione giudiziale»<sup>372</sup>. La vaghezza del riferimento allo scopo ha finito per rafforzare l'idea dell'operatività, in concreto, del pregiudizio effettivo come canone interpretativo nella mani del giudice per rivedere il bilanciamento svolto dal legislatore a priori nella predisposizione della nullità<sup>373</sup>, con esiti pratici aberranti<sup>374</sup>. Espressioni lapidarie, quali «giurisprudenza *contra legem* sulle nullità»<sup>375</sup>; «assunto sconcertante, [che] cancella il concetto di perfezione (rispetto al modello offerto dalla norma) e con ciò, il presupposto elementare d'una valutazione giuridica»<sup>376</sup>, venivano, a ragione, utilizzate per stigmatizzare la degradazione della nullità a vizio innocuo in presenza di una difformità giudicata inoffensiva.

Memore del recente passato, il legislatore ha scelto di non reiterare formule così suggestive e malleabili, optando per rimanere ancorato alla tassatività, che viene, in questo modo, a governare il rapporto tra precetto processuale e aspettativa di nullità<sup>377</sup>.

---

<sup>372</sup> Così, C. IASEVOLI, *La nullità nel processo partecipato: ovvero legalità e garanzie nell'etica della responsabilità*, cit., 673; ID, *La nullità nel sistema processuale penale*, cit., 246 ss.

<sup>373</sup> Sul punto, v. F. CORDERO, *Nullità, sanatorie, vizi innocui*, cit., 703.

<sup>374</sup> Sotto la vigenza del codice Rocco la prassi applicativa era solita ricorrere «al criterio dell'effettiva lesione di un interesse per restringere talune figure normative di nullità. Ciò è avvenuto, in particolare, in tema dei diritti di difesa, con riguardo, ad esempio, all'incertezza assoluta sui fatti che determinano l'imputazione nel decreto di citazione a giudizio (art. 412 c.p.p. 1931), che si è ritenuta non sussistere allorché il fatto addebitato emerga esaurientemente dagli atti dell'istruzione così che l'imputato abbia avuto modo di svolgere compiutamente le proprie difese; oppure all'omessa o errata indicazione della data dell'udienza nel decreto di citazione a giudizio quando la stessa sia stata esattamente indicata nell'avviso al difensore». Così, O. DOMINIONI, sub *art. 177 c.p.p.*, in E. AMODIO-O. DOMINIONI (diretto da) *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, cit., 257-258; V. anche G. LOZZI, *Sui tentativi giurisprudenziali di ampliare le possibilità di sanatoria delle nullità assolute*, loc. ult. cit. Tra le sentenze significative cfr. Cass., Sez. II, 15 luglio 1960, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1961, 897; Cass., Sez. II, 23 aprile 1960, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1961, 897.

<sup>375</sup> V. F. CORDERO, *Procedura penale*, 1983, p. 1144, 1180.

<sup>376</sup> V. F. CORDERO, *Nullità, sanatorie, vizi innocui*, cit., 704 ss.

<sup>377</sup> Incisivo, sul punto, G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, XI ed, Torino, 2016, 191. La tesi del pregiudizio effettivo presenta «due gravi inconvenienti: l'innegabile difficoltà di valutare, nella maggior parte dei casi, l'influenza della violazione formale sulla decisione impugnata; il pericolo di abbandonare completamente alla discrezione del magistrato la valutazione del pregiudizio». Così, nel corso dei lavori preparatori del codice del 1913, la *Relazione ministeriale al progetto 1905*, in MORTARA-STOPPATO-

Più in dettaglio, il legislatore si è riservato il giudizio relativo alla lesività dell'atto, con una valutazione formulata *ex ante*. Ha costruito una sequenza di atti radicata su oneri di conformità, capaci di rapportare i poteri processuali all'esercizio di prerogative altrui. La tipizzazione di atti operata dalla legge processuale è, cioè, tale da soddisfare lo scopo. Di modo che, ribaltando il ragionamento, il mancato assolvimento dell'onere coincide con il momento lesivo terminale del giudizio di invalidità<sup>378</sup>.

Si è scelto, poi, di rimettere al giudice il secondo giudizio, quello inerente all'accertamento della nullità. Esclusa l'analogia, la tassatività sottrae all'arbitrio, all'incertezza e alla disparità di trattamento l'aspettativa di rimozione, con un doppio comando rivolto direttamente all'organo giurisdizionale: per un verso, il divieto di creare nullità non previste, estendendo la tutela a casi per i quali non sia positivamente riconosciuta; per altro verso, l'obbligo di dichiarare la nullità in tutte le ipotesi in cui sia prevista<sup>379</sup>. Con ciò, si è presa posizione anche sul ruolo assegnato dalla legge alla magistratura, sintetizzabile con uno *slogan* della specie: non «giudici legislatori»<sup>380</sup>, ma giudici imparziali e soggetti alla legge anche nell'accertamento delle situazioni giuridiche di stampo processuale, in qualità di garanti<sup>381</sup>.

Quanto al rapporto tra nullità e vizi innominati, il parallelismo è frutto di una «falsa simmetria»<sup>382</sup> tesa a collocare nella medesima prospettiva dell'offensività le nullità innocue, l'inesistenza e l'abnormità degli atti processuali penali.

Con riferimento all'inesistenza, si è già detto che la categoria rimanda all'inqualificazione giuridica, che è area lontana dall'invalidità, che, invece, è frutto di un

---

VACCA-SETTI-DE NOTARISTEFANI-LONGHI (a cura di), *Commento al codice di procedura penale*, vol. II, Torino, 1913, 106.

<sup>378</sup> Senza disconoscere, però, valvole di sfogo per accorciare le distanze tra l'astratto e il concreto. Tale presunzione, infatti, opera *de iure* a fronte di diritti indisponibili, corrispondenti a nullità assolute, poiché il difetto di conformità è già costruito a monte in termini causalmente efficienti rispetto alla lesione del diritto; *iuris tantum* davanti, invece, a situazioni giuridiche rimesse alla disponibilità del titolare, allorché il difetto di conformità assorbe la produzione del pregiudizio, cosicché la presunzione relativa possa essere vinta entro i limiti segnati dall'art. 183, comma 1, lett. b) c.p.p.

<sup>379</sup> V. C. CONSO, *Il concetto e le specie d'invalidità*, cit., 86, secondo cui «La "tassatività" [...] non consente [...] l'esclusione della rispettiva categoria di casi indicati come nullità. Le ipotesi che il nostro legislatore processuale penale qualifica nullità debbono intendersi sottoposte al trattamento che il legislatore riassume sotto tale termine. Il che, del resto, costituisce un'applicazione particolare del principio ermeneutico, secondo cui le qualifiche usate dal legislatore non possono venire disattese dall'interprete qualora non esprimano una sua opinione dottrinale, ma si presentino indicative di un tipo di disciplina». V. anche F. CAPRIOLI, *op. cit.*, 2444.

<sup>380</sup> In questi termini, F. CORDERO, *Procedura penale*, loc. ult. cit.

<sup>381</sup> Cfr. F. CAPRIOLI, *op. loc. ult. cit.*

<sup>382</sup> Cfr. F. CAPRIOLI, *op. cit.*, 2453.



giudizio negativo. Quando si parla di inesistenza è perché non sono stati rispettati neppure quei requisiti minimi imposti dall'onere di conformità per integrare una fattispecie, vale a dire che manca l'esercizio del potere; mentre l'invalidità presuppone che almeno alcuni di quei requisiti siano stati soddisfatti, poiché solo se l'onere è stato intrapreso e l'atto esiste per l'ordinamento giuridico può essere raffrontato al suo modello per essere giudicato valido, in caso di conformità, o invalido, in caso di difformità<sup>383</sup>. La qualificazione di offensività non si addice affatto all'inesistenza, ove si tratta di accertare se un atto è o non è; se un potere è stato o non è stato esercitato.

Per quanto riguarda l'abnormità, come è stato osservato, «i due fenomeni sarebbero realmente speculari se l'abnormità colpisse atti processuali concretamente offensivi benché conformi a uno specifico modello legale o contrari a una disposizione di legge alla cui inosservanza non conseguono invalidità. Ma non è così: comunque si configurino i rapporti tra abnormità e atipicità, l'atto abnorme prescinde per definizione da una immediata fattispecie legale di riferimento»<sup>384</sup>. Vale a dire che, essendo l'atto abnorme atto non previsto dalla legge, per definizione il potere da cui promana si pone al di fuori e in contraddizione con l'intero ordinamento.

In definitiva, l'argomento fondato sui vizi atipici risulta radicalmente inidoneo a suffragare la tesi dell'offensività in concreto.

---

<sup>383</sup> In proposito, G. CONSO, *Il concetto e le specie di invalidità*, cit., 39 e 63; L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., 539 ss.;

<sup>384</sup> Cfr. F. CAPRIOLI, *op. loc. ult. cit.*

### 3. L'abuso dei poteri processuali connessi all'aspettativa di rimozione

Nell'esperienza più recente, la problematica delle nullità innocue e della lesività dell'atto invalido ha trovato nuova linfa vitale attraverso il richiamo all'abuso del processo<sup>385</sup>, alla luce della più avanzata teoria generale dell'abuso del diritto<sup>386</sup>.

Prima facie, sembra di trovarsi di fronte ad un ossimoro; chi esercita un diritto non può al contempo abusarne. Il chiarimento terminologico porrebbe fine alla questione, obbligando l'interprete ad abbandonare l'evanescente strada intrapresa.

Il discorso cambia, però, se si specifica il generico riferimento dell'abuso al diritto con la sua aderenza ad una situazione di potere, quale figura giuridica soggettiva per sua natura preordinata ad uno scopo, vertente su un effetto che si traduce nella modifica unilaterale di posizioni giuridiche altrui; mutamento, questo, autorizzato proprio in ragione della corrispondenza ad un interesse meritevole che rappresenta la causa del potere stesso<sup>387</sup>.

---

<sup>385</sup> Sul tema v. E.M. CATALANO, *L'abuso del processo*, Milano, 2004, *passim*; ID, *Manipolazioni concettuali della nozione di abuso del processo*, in *Proc. pen. giust.*, 2012, 4, 91; E. AMODIO, *Ragionevole durata del processo penale, abuse of process e nuove esigenze di tutela dell'imputato. Processo penale diritto europeo e common law. Dal rito inquisitorio al giusto processo*, Milano, 2003, 153 ss.; ID, *Crisi della legalità processuale, filosofia della rassegnazione e autorevolezza dei giuristi*, cit., 432 ss.; ID, *Il fascino ingannevole del pregiudizio effettivo*, cit., 3596; ID, *L'abuso delle forme degli atti processuali penali*, cit., 559; ID, *Estetica della giustizia penale. Prassi, media, fiction*, Milano, 2016, 98 ss.; V. GREVI, *Presunzione di non colpevolezza, garanzie dell'imputato ed efficienza del processo nel sistema costituzionale. Alla ricerca di un processo penale "giusto"*, cit., 119; F. CORDERO, *Chi abusa del processo*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 1421 ss.; R. ORLANDI, *Abuso del diritto o diritto all'abuso?*, loc. ult. cit.; F. PALAZZO, *op. cit.*, 3609; G. ILLUMINATI, *op. loc. ult. cit.*; F. CAPRIOLI, *op. cit.*, 2444; T. PADOVANI, *op. loc. ult. cit.*; A. MARANDOLA, *La patologia dell'atto processuale: indirizzi sostanziali vs legalità formale*, loc. ult. cit.; M.C. MARZO, *op. loc. ult. cit.*; C. IASEVOLI, *La nullità nel processo partecipato: ovvero legalità e garanzie nell'etica della responsabilità*, cit., 673.

<sup>386</sup> Cfr. nel settore civile v. Cass., Sez. Un. Civ., 15 settembre 2007, n. 23726, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 3, 2, 347. In dottrina, senza alcuna pretesa di esaustività, G. PINO, *L'abuso del diritto tra teoria e dogmatica (precauzioni per l'uso)*, in G. MANIACI (a cura di), *Eguaglianza, ragionevolezza e logica giuridica*, Milano, 2006, 115-175; F. GAZZONI, *op. cit.*, 57; M. ROTONDI, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1923, 105 ss.; S. ROMANO, *Abuso del diritto*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 168 ss.; S. PATTI, *Abuso del diritto*, in *Dig. civ.*, I, Torino, 1987, 2 ss.; D. MESSINETTI, *Abuso del diritto*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento, II, Milano, 1998, 1 ss.; C. SALVI, *Abuso del diritto. I) Diritto civile* in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, 5 ss.; R.T. BONANZINGA, *Abuso del diritto e rimedi esperibili*, in [www.comparazionediritto.civile.it](http://www.comparazionediritto.civile.it). Sul terreno processuale-penale A. GAMBARO, *Abuso del diritto: II) diritto comparato e straniero*, *Enc. giur. Treccani*, I, Roma, 1988.

<sup>387</sup> *Infra* cap. I. F. CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, cit., 191 ss.; L. FERRAJOLI, *Principia iuris.*, cit., 308-309, 587 ss.; G. GUARINO, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, loc. ult. cit.; T. PERASSI, *op. loc. ult. cit.*; G. CARCATERRA, *op. loc. ult. cit.*; S. ROMANO, *Poteri. Potestà*, in ID, *Frammenti di un dizionario giuridico*, loc. ult. cit.; A. LENER *Potere (dir. priv.)*, loc. ult. cit.; S. CASSARINO, *op. cit.*, 218; A. PIRAS, *op. loc. ult. cit.*; A.M. SANDULLI, *op. loc. ult. cit.*; A. CERRI, *op. loc. ult. cit.*

Se così è, la questione si pone, come in effetti sta accadendo, anche sul terreno del processo penale, che è il luogo di emersione dei poteri processuali da cui l'intero impianto trae impulso e sviluppo. L'abuso del processo rappresenta, allora, l'espedito per sindacare la meritevolezza del potere, allorché il titolare ne faccia un uso distorto, impiegandolo per la realizzazione di uno scopo oggettivamente collidente rispetto all'interesse in funzione del quale è assegnato<sup>388</sup>.

Sull'abuso del processo si scontrano, oggi, due opposte visioni. C'è chi si lascia sedurre dal fascino della categoria, auspicando una più profonda messa a punto del rimedio congegnato dalla prassi, quale valvola per arginare il degenerante fenomeno della strumentalizzazione delle forme<sup>389</sup>. Per altri, al contrario, la figura sarebbe un congegno *contra legem*, in quanto strumento che dischiude gli argini della discrezionalità, soppiantando definitivamente la legalità processuale<sup>390</sup>.

Le due contrapposte visioni peccano di unilateralità. Da un lato, un uso eccessivo della categoria, oltre gli ambiti che gli competono provoca una ferita non trascurabile alle strutture ed alle dinamiche processuali, capace di far scadere quelle insopprimibili esigenze sottese alla certezza delle garanzie formali, con slittamento su un piano secondario rispetto all'efficienza dei diritti e delle situazioni che scorrono nel sistema processuale<sup>391</sup>. In senso opposto, però, a fronte delle secche chiusure che fanno leva sul

---

<sup>388</sup> In questi termini, Cass., Sez. Un., 10 gennaio 2012, Rossi, cit.

<sup>389</sup> Cfr. Corte cost., ord. 20 gennaio 2006, n. 16, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 190 ss, la quale auspica «interventi normativi volti ad impedire ipotesi di abuso di diritti o facoltà processuali - suscettibili, in sé, di perturbare l'ordinato iter del procedimento e compromettere i valori di rango costituzionale che il processo in genere e quello penale in specie ineluttabilmente coinvolgono». In dottrina, F. VERGINE, *Obbligo di reiterazione dell'eccezione di nullità a regime intermedio e lealtà processuale*, in *Cass. pen.*, 2014, 2554 ss; M. CAIANIELLO, *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nell'invalidità processuale penale*, cit., 107 ss; F.M. IACOVIELLO, *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, loc. ult. cit. Il passaggio ad una nullità "sostanziale" è auspicato dal I Presidente della Corte di Cassazione, Giorgio Santacroce, nel discorso di inaugurazione dell'anno giudiziario 2014, in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it). Critici in una prospettiva fondata sul diritto vigente, ma che precludono ad una apertura *de iure condendo* R.E. KOSTORIS, *Verso un processo penale non più statocentrico*, loc. ult. cit.; G. ILLUMINATI, *op. loc. ult. cit.*; A. MARANDOLA, *La patologia, dell'atto processuale: indirizzi sostanziali vs legalità formale*, lo. ult. cit.; P.P. PAULESU, "Effettivo pregiudizio" e nullità degli atti processuali, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 882 ss.

<sup>390</sup> Cfr. M. TARUFFO, *L'abuso del processo: profili generali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, I, 2012, 117; S. CHIARLONI, *Etica. Formalismo processuale, abuso del processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 1281; A. DONDI, *Abuso del processo (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir., Annali*, III, Milano, 2010, 1; G. VERDE, *L'abuso del diritto e l'abuso del processo (dopo la lettura del recente libro di Tropea)*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 1085. Nella dottrina processual penalistica, F. CAPRIOLI, *op. loc. ult. cit.*; R. ORLANDI, *Abuso del diritto o diritto all'abuso?*, loc. ult. cit.

<sup>391</sup> *Ex multis*, E.M. CATALANO, *Manipolazioni concettuali della nozione di abuso del processo*, in *Proc. pen. giust.*, 2012, 4, 91; E. AMODIO, *Il fascino ingannevole del pregiudizio effettivo*, cit., 3596; ID, *L'abuso delle forme degli atti processuali penali*, cit., 559; ID, *Estetica della giustizia penale. Prassi, media, fiction*, Milano, 2016, 98 ss.; F. CORDERO, *Chi abusa del processo*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 1421 ss.; R. ORLANDI,

rischio di una arbitraria mortificazione dei diritti processuali, va rilevato come sia, invece, possibile utilizzare l'abuso del processo per incrementare il tasso delle garanzie nel rispetto della legalità<sup>392</sup>, nella convinzione che la prima specie di svilimento delle forme vada individuata proprio in quella "frode" alla funzione che è sottesa all'abuso, giacché lo scopo è impresso nei singoli istituti dalla legge stessa. L'abuso, infatti, "tradisce" la finalità degli istituti processuali, piegandoli a meri intenti ostruzionistici, dilatori o pretestuosi che provocano, sul piano etico, una «ferita [...] sistema per il solo fatto che uno degli attori "si prende gioco" dell'organizzazione giudiziaria»<sup>393</sup> o che lo stesso organo giurisdizionale faccia un uso abnorme del potere-funzione che l'ordinamento gli conferisce.

Sicché non può essere irrilevante l'alterazione dell'interesse su cui le garanzie fanno perno, con la precisazione, però, che il vizio si colloca sul piano della legalità sostanziale<sup>394</sup>, differenziandosi nettamente dall'idea di un difetto di conformità formale. L'impiego dell'abuso appare, per tale via, condizionato dai modi di utilizzo: la *ratio* non può essere quella di neutralizzare le illegittimità formali<sup>395</sup>; semmai di fornire uno strumento ulteriore e diverso volto a scrutinare la rispondenza del potere all'interesse.

La vera sfida sta, dunque, nel rapportare l'abuso del processo alla natura, discrezionale o vincolata, del potere di cui si fa cattivo uso e, quindi, al grado di condizionamento del potere imposto dalla legge. I poteri, infatti, non sono tutti uguali e vanno scrutinati a seconda di come appaiono strutturati, quanto a fine, contenuto e modalità, dalla legge. Con il che si vuole dire che, in alcuni ambiti, l'abuso del potere è un innovativo strumento di controllo della legalità e, dunque, potrà essere proficuamente impiegato; talaltra, invece, si dovrà riconoscere il carattere recessivo della figura, in

---

*Abuso del diritto o diritto all'abuso?*, cit., 3600; F. CAPRIOLI, *op. loc. ult. cit.*; T. PADOVANI, *op. loc. ult. cit.*; C. IASEVOLI, *La nullità nel processo partecipato: ovvero legalità e garanzie nell'etica della responsabilità*, cit., 673.

<sup>392</sup> E. M. CATALANO, *L'abuso del processo*, cit., 9 ss.; ID, *Manipolazioni concettuali della nozione di abuso del processo*, loc. ult. cit.; E. AMODIO, *L'abuso delle forme degli atti processuali penali*, cit., 559; ID, *Estetica della giustizia penale. Prassi, media, fiction*, Milano, 2016, 98 ss.; F. PALAZZO, *op. loc. ult. cit.*

<sup>393</sup> E. AMODIO, *L'abuso delle forme degli atti processuali penali*, cit., 568.

<sup>394</sup> V. E.M. CATALANO, *L'abuso del processo*, cit., 86 ss.; E. AMODIO, *L'abuso delle forme degli atti processuali penali*, cit., 559; ID, *Estetica della giustizia penale*, cit. 100; C. IASEVOLI, *La nullità nel processo partecipato: ovvero legalità e garanzie nell'etica della responsabilità*, cit., 676; T. PADOVANI, *op. cit.*, 3611.

<sup>395</sup> In questi termini, E. M. CATALANO, *Manipolazioni concettuali della nozione di abuso del processo*, 95, la quale sottolinea che «la repressione dell'abuso del diritto di difesa non può passare attraverso lo svuotamento del contenuto di garanzie fondamentali e la espressa violazione delle norme processuali che di tali garanzie costituiscono espressione».

quanto assorbita già nei meandri della legalità formale, che esclude ulteriori sindacati, stavolta sì, destinati a sostituire con la valutazione giudiziale un apprezzamento già racchiuso nella legge.

Seguendo simile percorso, l'abuso del processo quale rimedio innominato si presta a ricondurre nei binari della legalità l'uso di poteri *extra ordinem*<sup>396</sup>, come quelli che si manifestano nei provvedimenti giurisdizionali abnormi, ove difettando un modello di atto, il potere che si cela dietro è svincolato da qualsivoglia limite legale<sup>397</sup>.

O ancora, nei casi in cui un vincolo legale esiste, ma il precetto è debole perché rimette l'uso del potere ad un giudizio di valore e scelta demandato, per lo più, al titolare, senza una puntuale definizione del contenuto. Così, ad esempio, la giurisprudenza ha intravisto un abuso, contrario al canone del *fair trial*, nella condotta del pubblico ministero che aveva ottenuto la revoca della sentenza di non luogo a procedere, pronunciata in relazione all'*idem factum* e nei confronti dell'*eadem persona*, fondata sulla contestazione di un aggravante con il solo fine di impedire lo spirare della prescrizione<sup>398</sup>.

Non manca l'uso della categoria per reprimere anche abusi della difesa, tesi ad ottenere un vantaggio obliquo, in termini non di «garanzie effettive o realmente più ampie ovvero migliori possibilità di difesa, ma una reiterazione tendenzialmente infinita delle attività processuali»<sup>399</sup>. La configurazione di un abuso da parte della difesa può apparire anomalo nel processo penale. Fin dal pensiero illuminista, per abuso si intende un sopruso del giudice nei confronti dell'imputato<sup>400</sup>. Come è stato osservato<sup>401</sup>, il passaggio ad un processo di parti, strutturato sul modello accusatorio, segna il momento in cui gli abusi possono essere perpetrati anche dalle parti, giacché queste ultime conducono il processo.

---

<sup>396</sup> Cfr. E. AMODIO, *L'abuso delle forme degli atti processuali penali*, loc. ult. cit.

<sup>397</sup> In proposito, v. A. BELLOCCHI, *L'atto abnorme nel processo penale*, Torino, 2012; E. M. CATALANO, *L'abnormità tra crisi della legalità e crisi della Cassazione*, in *Ind. pen.*, 2016, 113.

<sup>398</sup> Cass., Sez. I, 14 luglio 2015, Papalia, in *CED cass.*, rv. 264942. v. anche Cass., Sez. Un., 28 novembre 2005, n. 34655, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 729, con nota di P. TROISI, *La nozione giurisprudenziale di litispendenza penale*, che ha definito un «vero e proprio abuso del processo» l'«uso strumentale del potere di azione per finalità inconciliabili con la legalità e l'ordine processuali».

<sup>399</sup> V. Cass., Sez. III, 21 gennaio 2015, n. 7412, *inedita*.

<sup>400</sup> Cfr. C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., 13; L. MARAFIOTI, *Selezione dei ricorsi penali e verifica d'inammissibilità*, Torino, 2004, 168; ID, *Il controllo selettivo di legittimità in Cassazione verso nuovi equilibri*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 88; ID, *Le scelte dell'accusa: 'orgoglio' e 'pregiudizio'*, in P. MARCHETTI (a cura di), *Atti del Convegno di Teramo, 4 maggio 2006 "Inchiesta penale e pregiudizio: una riflessione interdisciplinare"*, Napoli, 2007, 1 ss.; ID, *Imputazione e rapporti tra P.M. e G.I.P. secondo le Sezioni Unite: un abuso di disinvoltura?*, in *Giust. Pen.*, 2008, 456 ss.

<sup>401</sup> E. AMODIO, *L'abuso delle forme degli atti processuali penali*, cit., 560; T. PADOVANI, *op. cit.*, 3610.

Proprio con riferimento al diritto di difesa emerge, però, la delicatezza del problema relativo alla sanzionabilità dell'abuso in rapporto alle nullità. La repressione dell'abuso, infatti, non dovrebbe avere ragion d'essere quando si verte in tema di nullità processuali.

Eppure, nella prassi<sup>402</sup>, sovente si è fatto ricorso alla categoria dell'abuso del processo per paralizzare eccezioni di nullità, reputate «innocue»<sup>403</sup>. Nel dettaglio, alla mancata realizzazione in concreto della lesione farebbe seguito, secondo il percorso tracciato in sede ermeneutica, una duplice condotta abusiva, avulsa dagli più elementari canoni di lealtà processuale. Per un verso, la parte che chiede ingiustificatamente la tutela dell'aspettativa di rimozione abuserebbe del potere di eccezione, difendendo l'imputato «dal processo» e non più «nel processo»<sup>404</sup>. Per altro verso, e di conseguenza, il meccanismo sottenderebbe l'abuso della prerogativa processuale rimasta illesa, di cui indebitamente e inutilmente si invoca la riparazione per il tramite della nullità posta a suo presidio<sup>405</sup>. Tutto ciò, secondo la ricostruzione prospettata, causerebbe un danno all'efficienza ed alla ragionevole durata del processo che non troverebbe alcuna compensazione nella necessità di salvaguardare realmente l'effettività della posizione difensiva.

In proposito, va detto che, una volta configurata la nullità come situazione soggettiva, connessa ad una prerogativa processuale primaria e collegata all'esercizio di poteri demolitori, la tesi dell'abuso può apparire senz'altro suggestiva, alludendo a nuovi equilibri tra effettiva utilità della garanzia e ingiustificato ostruzionismo delle parti processuali.

Nondimeno, quest'opzione interpretativa va respinta; rappresenterebbe, anzi, «un abuso della nozione di abuso del processo la disapplicazione *contra legem* di garanzie

---

<sup>402</sup> Emblematiche, sul punto, le parole utilizzate in Cass., Sez. Un., 10 gennaio 2012, Rossi, cit.; per un'analisi delle soluzioni giurisprudenziali, cfr. G. LEO, *op. cit.*, 508 ss.

<sup>403</sup> L'espressione è stigmatizzata da F. CORDERO, *Nullità, sanatorie, vizi innocui*, cit., 703.

<sup>404</sup> Cass., Sez. Un., 10 gennaio 2012, Rossi, cit.: «l'uso arbitrario trasmoda poi in patologia processuale, dunque in abuso, quando l'arbitrarietà degrada a mero strumento di paralisi o di ritardo e il solo scopo è la difesa dal processo, non nel processo: in contrasto e a pregiudizio dell'interesse obiettivo dell'ordinamento e di ciascuna delle parti a un giudizio equo celebrato in tempi ragionevoli».

<sup>405</sup> Così, Cass., Sez. Un., 10 gennaio 2012, Rossi, cit. «in questo caso non soltanto la norma non legittima *ex post* eccezioni di nullità, ma va escluso, in radice, che il diritto in essa previsto possa essere riconosciuto».

difensive ancorché in ipotesi impiegate per il conseguimento di uno scopo diverso da quello fisiologico»<sup>406</sup>, scardinando l’impianto delle nullità processuali<sup>407</sup>.

Le ragioni sono molteplici. In primo luogo, si deve reiterare l’argomentazione fondata sull’art. 177 c.p.p. Il paradigma dell’abuso impiegato in materia di nullità finisce, infatti, per svilire il principio di tassatività<sup>408</sup>, con relativa mortificazione delle garanzie individuali che il legislatore ha inteso sottratte al potere del giudice, proprio nell’ottica di assicurare nel processo una tutela forte all’individuo davanti al potere pubblico.

In secondo luogo, «l’idea che la difesa *dal* processo costituisca alcunché di censurabile o di giuridicamente “sospetto” non è solo peregrina, è anche pericolosa, perché rappresenta l’anticamera della negazione stessa del diritto di difesa»<sup>409</sup>.

Di più. Un abuso del processo è precluso dalla predisposizione di atti formali tipici, che vincolano l’uso del potere al rispetto di un onere di conformità, pensato con il fine di tutelare certi diritti processuali<sup>410</sup>.

Poiché l’esercizio del potere è sempre orientato alla soddisfazione di situazioni giuridiche altrui, e specie dell’imputato, sulle cui pretese di giustizia si alimenta il *due process of law*, detto potere si può esplicitare se e solo se vi sia una stretta conformità tra l’atto adottato e la regola legislativa che lo disciplina. È implicito nel sistema, allora, che l’inosservanza dei limiti sia l’indice della lesione della situazione soggettiva a cui il potere era diretto. Ciò vuol dire che l’attività conforme al paradigma giuridico realizza le prerogative processuali, poiché la valutazione della sua adeguatezza «alla proiezione teleologica è considerata già nella predisposizione dello schema legale»<sup>411</sup>. E la previsione di un’aspettativa di rimozione ad opera della legge come conseguenza diretta dell’invalidità sottende l’esistenza di tale lesione. Di qui, la semplificazione di giudizio: si addivene all’annullamento, accertata l’aspettativa sul solo presupposto della verifica circa la mancata corrispondenza dell’atto all’archetipo legale.

---

<sup>406</sup> Cfr. E. M. CATALANO, *Manipolazioni concettuali della nozione di abuso del processo*, loc. ult. cit.

<sup>407</sup> Sul punto, v. anche R. DEL COCO, *Ordine europeo d’indagine e poteri sanzionatori del giudice*, in *penalecontemporaneo.it*, 2015, (21 dicembre 2015), 15.

<sup>408</sup> *Infra* cap. IV, par. 1 e 2.

<sup>409</sup> Così, T. PADOVANI, *op. cit.*, 3610. V. anche P. CORSO, *La difesa tecnica “nel processo” e “dal processo”*, *Studi Parmensi*, 2002, 129; A. GIARDA, *La lealtà nell’esercizio della difesa penale*, in *Corr. merito*, 2005, 919.

<sup>410</sup> V. F. PALAZZO, *op. cit.*, 3609.

<sup>411</sup> Cfr. C. IASEVOLI, *La nullità nel processo partecipato: ovvero legalità e garanzie nell’etica della responsabilità*, cit., 672 ss.

In definitiva, ad atti tipici, governati da un precetto legale forte, corrisponde un potere vincolato nel *quomodo* in vista di uno scopo. Se il potere è vincolato ciò significa che i suoi limiti interni, sui quali si dovrebbe appuntare lo scrutinio tramite il sindacato di abuso, si trovano già esternati nella legge, sicché appare arduo riscontrare un vizio interno al potere<sup>412</sup>.

Il terreno processuale non è immune all'esigenza di assicurare la lealtà processuale e valori legati alla *fairness*<sup>413</sup>. Tuttavia, per evitare che l'individuo sia schiacciato dal potere dell'autorità, viene esclusa l'esistenza di poteri liberi, fortemente discrezionali. La costruzione del giusto processo è affidata alla puntuale disciplina legale<sup>414</sup>. Il che non lascia spazio a fenomeni di abuso che, anzi, sono già repressi all'interno dei rimedi processuali di natura interna. Basti pensare all'inammissibilità delle domande di parte, che rappresenta una delle più tipiche forme di reazione

---

<sup>412</sup> L'abuso del diritto nasce, del resto, come categoria dogmatica per limitare poteri liberi, come quelli di autonomia privata, utilizzando il canone generale della buona fede. Basti pensare all'evoluzione interpretativa sull'abuso del diritto di proprietà, che è «diritto di godere in modo pieno ed esclusivo» o dei diritti potestativi pertinenti alla libertà negoziale o all'autodeterminazione. V. sul punto, F. GAZZONI, *op. cit.*, 57; M. ROTONDI, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1923, 105 ss.; S. ROMANO, *Abuso del diritto*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, loc. ult. cit.; S. PATTI, *Abuso del diritto*, in *Dig. civ.*, I, Torino, 1987, 2 ss. In questi casi, il rapporto tra potere e legge è di eteronomia. La legge non penetra nella situazione giuridica, bensì ne resta al di fuori a statuirne i confini esterni. In tale orbita, è ben possibile impiegare principi generali, quali il canone della buona fede, letto alla luce del dovere di solidarietà nelle relazioni tra privati, come fonte di un limite interno al diritto, da cui trae forza il sindacato di meritevolezza e corrispondenza dell'interesse sotteso e con lo scopo di riequilibrare assetti asimmetrici nella vita dei privati su cui la legge di per sé non interviene. Sul punto, Cfr. F. GAZZONI, *op. cit.*, 58: «il richiamo alla solidarietà e alla buona fede finisce per dar vita ad un argomento o criterio di giudizio socialgiurisprudenziale che consente la repressione di serie di comportamenti giudicati immeritevoli in sede sostanzialmente morale e quindi preterlegale, mentre il limite legale è solo quello dell'illecito». V. P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1965, 203; A. GENTILI, *L'abuso del diritto come argomento*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2012, 297; R. SACCO, *Il diritto soggettivo*, in R. SACCO (diretto da), *Trattato di diritto civile*, 2001, 326; M. ORLANDI, *Contro l'abuso del diritto (in margine a Cass. 18.9.2009, n. 20106)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 2010, 129.

La categoria è impiegata, in diritto pubblico, ai fini del sindacato della funzione amministrativa, nelle ipotesi in cui l'Amministrazione agisce con un elevato tasso di discrezionalità, sotto il profilo dell'eccesso di potere. La scelta finale avulsa da prescrizioni legali forti e tutta orientata su scelte lasciate alla ponderazione della P.A., sindacabili solo sotto il profilo di quei limiti che, pur non consacrati in norme positive, sono inerenti allo svolgimento del compito affidatogli. V. F. Benvenuti, *Appunti di diritto amministrativo*, Padova, 1959, 108, il quale afferma: «la figura va analizzata come quella attraverso la quale la giurisprudenza ha costruito la discrezionalità amministrativa: quanto si è detto a proposito della discrezionalità amministrativa può essere tradotto nel definire l'eccesso di potere come vizio degli atti amministrativi. Le regole dell'agire amministrativo che la giurisprudenza ha applicato in concreto al fine di stabilire se determinati atti, pur conformi alla legge, fossero viziati per eccesso di potere sono le regole che, tradotte in termini positive abbiamo indicate»; M.S. Giannini, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione: concetto e problemi*, Milano, 1939, 185;; F.M. Nicosia, *Potere ed eccesso di potere nell'attività amministrativa non discrezionale*, Napoli, 1991, 147.

<sup>413</sup> V. F. VERGINE, *op. cit.*, 2558.

<sup>414</sup> *Infra* cap. I.



dell'ordinamento processuale all'abuso a fronte di istanze ingiustificatamente reiterate o pretestuose, quando manca la legittimazione a compiere l'atto per o a causa della carenza di interesse<sup>415</sup>. Anche nel campo delle nullità è possibile rintracciare un congegno simile.

A riprova di ciò, l'art. 182 c.p.p.<sup>416</sup> fornisce una rappresentazione legale dei comportamenti che si traducono in abusi posti in essere da quella parte che pretende di avvalersi della nullità. L'aver dato o concorso a dar causa alla nullità dell'atto o la mancanza di interesse privano il titolare del potere di eccepire il vizio. La *ratio* è chiara: si vuole impedire che le nullità trasmodino «da strumenti di garanzia in artifici processuali volti ad ostacolare il celere sviluppo del procedimento, innescando distorsioni nell'ordine della successione teleologica. La norma esprime la valutazione dei rischi connessi alla valorizzazione del ruolo delle parti nel sistema, che può sfociare, talvolta, in forme di abuso del processo attraverso la strumentalizzazione del dato positivo per il conseguimento di uno scopo estraneo alla funzione peculiare della disposizione»<sup>417</sup>.

Parimenti, va menzionata la disciplina del potere di eccezione nelle cadenze dell'art. 182, comma 2, c.p.p., nella misura in cui stabilisce che «qualora la parte vi assiste, la nullità di un atto deve essere eccepita prima del suo compimento ovvero, se ciò non è possibile, immediatamente dopo», costruendo un onere di deduzione che è tutto impregnato alla correttezza e lealtà nell'uso del potere di eccezione. Senza contare che, nel processo partecipato e nei limiti della disponibilità, tramite moduli predeterminati aventi efficacia sanante, il titolare della prerogativa infranta può rinunciare o disporre della nullità, per strategia processuale o perché ha già, in effetti, esercitato la propria prerogativa nonostante il difetto di conformità, entro i limiti segnati dall'art. 183 c.p.p., esattamente in nome del canone di lealtà e *fairness* processuale<sup>418</sup>.

Quanto alle nullità assolute, poi, la valutazione della lesività è attratta negli artt. 178 e 179 c.p.p. in quanto la sua fattispecie è causalmente orientata alla lesione di

---

<sup>415</sup> Cfr. F. CAPRIOLI, *op. cit.*, 2446.

<sup>416</sup> *Infra* cap. II. Del resto, in Cass. Sez. V, 7 marzo 2014, n. 40004, *inedita*, relativa ad un caso analogo a quello della sentenza Rossi, si è percorsa questa via, anziché ricorrere all'abuso innominato. A fronte di una serie di revoche del mandato difensivo la Corte di cassazione ha ritenuto che la nullità derivante dall'illegittimo rigetto della richiesta di un termine a difesa, formulata dal difensore di ufficio dopo la nomina in udienza, sia da ritenere sanata per mancanza di una immediata eccezione da parte del difensore, dovendo operare il regime intermedio delle nullità con conseguente applicabilità degli artt. 180 e 182 c.p.p.

<sup>417</sup> Cfr. C. IASEVOLI, *La nullità nel processo partecipato: ovvero legalità e garanzie nell'etica della responsabilità*, cit., 678.

<sup>418</sup> V. C. IASEVOLI, *La nullità nel processo partecipato: ovvero legalità e garanzie nell'etica della responsabilità*, cit., *loc. ult. cit.*

determinati valori, lasciando all'interprete l'astratta verifica della funzionalità delle disposizioni violate rispetto alle situazioni giuridiche salvaguardate ed esplicitate all'interno delle norme richiamate.

Talvolta, si è cercato di rintracciare il rimedio fuori dalla disciplina delle nullità, sul piano dei disincentivi: se il problema è la ragionevole durata, contro l'uso strumentale delle nullità si potrebbero utilizzare, infatti, i meccanismi di sospensione dei termini di custodia cautelare o dei termini di prescrizione<sup>419</sup>, al fine di evitare che la regressione implicata dalla nullità possa compromettere una celere definizione del processo. Oppure si potrebbe attingere alle sanzioni deontologiche, per violazione del dovere di lealtà e probità del difensore<sup>420</sup>. Ad evitare fenomeni distorsivi, poi, basterebbe, talvolta, l'accertamento immediato della nullità. L'esigenza di giungere alla declaratoria della nullità in maniera contestuale alla verifica del vizio, già auspicata dal complesso dell'impianto codicistico, evita, in via preventiva, quel fenomeno di trascinarsi che conduce alla regressione proprio quando il processo sta per giungere alla fine. Danni alla ragionevole durata del processo derivano, in questi casi, precipuamente dal mancato tempestivo rilievo oppure dall'applicazione di un regime più debole in presenza di una ipotesi di nullità assoluta e insanabile, che magari colpisce atti propulsivi con la conseguenza che gli effetti demolitori retroattivi spiegati grazie alla pronuncia del giudice intervenuta solo in sede di legittimità travolgono l'intero procedimento<sup>421</sup>.

---

<sup>419</sup> Cfr. E. M. CATALANO, *Manipolazioni concettuali della nozione di abuso del processo*, loc. ult. cit.; F. CAPRIOLI, *op. cit.*, 2445; G. ILLUMINATI, *op. cit.*, 3603; T. PADOVANI, *op. cit.*, cit., 3608.

<sup>420</sup> V. L.P. COMOGGIO - G. ZAGREBELSKY, *Processo accusatorio e deontologia dei comportamenti nella prospettiva comparatistica*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1993, 435; F. PALAZZO, *op. cit.*, 3614; cfr. *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2011*, Roma, 26 gennaio 2012, 61 in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it) dell'allora Primo Presidente della Corte di cassazione, Ernesto Lupo, il quale ha dichiarato: «auspichiamo quindi un intervento normativo che stabilisca che, a prescindere dall'esito della procedura, qualora il giudice accerti che il rappresentante del pubblico ministero o il patrocinatore della parte privata abbia abusato del processo, gli atti vadano obbligatoriamente trasmessi ai rispettivi organi dell'azione disciplinare; e, inoltre, che il patrocinatore della parte privata sia condannato, con la sentenza che chiude la fase del processo, ad una speciale e personale sanzione pecuniaria, da fissare in termini economici di adeguata severità, al fine di assicurare un'effettiva efficacia deterrente».

<sup>421</sup> In questo senso, Cass., 24 novembre 2016, n. 7697, cit., ha statuito che «in una prospettiva di agevolazione dei poteri d'ufficio del giudice nel rilievo delle nullità insanabili, nella consapevolezza dell'esigenza di garantire il rispetto della ragionevole durata del processo, compromessa dal tardivo rilievo di gravi invalidità processuali, ritengono le Sezioni Unite che nel fascicolo per il dibattimento formato a norma dell'art. 431 cod. proc. pen., debbano confluire anche gli atti relativi alla notifica all'imputato dell'avviso di udienza. A ciò non osta l'elencazione espressa contenuta nell'art. 431 cod. proc. pen., dovendo ritenersi che la tassatività, della esclusione o inclusione, sia limitata agli atti di indagine con valenza probatoria».

Oltre i limiti già costruiti dalla legge e fuori dai margini che le norme lasciano, invece, l'impiego dell'abuso del processo come categoria autonoma e sanzione *extra ordinem* per far fronte all'assenza del pregiudizio effettivo in presenza di pretese dilatorie o ostruzionistiche, benché allettante per il disagio che crea ad un uso irrituale delle garanzie processuali, si tradurrebbe in «un'aggressione al principio di legalità»<sup>422</sup>, tale da far scadere l'intera tenuta delle situazioni giuridiche soggettive e della loro tutela nel processo penale.

#### 4. *L'effettività delle situazioni giuridiche processuali e l'approccio sostanzialistico di matrice europea*

La vocazione antiformalistica, sebbene abbia radici remote e si dipani lungo un *iter* in continuità con il passato, è aumentata, oggi, a causa delle influenze di matrice europea<sup>423</sup>. Nel contesto sovranazionale, infatti, il giudice è anche interlocutore diretto di un dialogo creativo, condotto talvolta secondo linee cooperative, talaltra in modo competitivo, tra Corti nazionali e sovranazionali<sup>424</sup>.

Il filo conduttore, vale a dire l'obiettivo finale di assicurare uno spazio uniforme di tutela "avanzata" nei confronti dei diritti della persona<sup>425</sup>, anche all'interno di sistemi giuridici molto lontani tra loro, sposta quasi naturalmente la legalità verso sponde sostanzialistiche<sup>426</sup>.

---

<sup>422</sup> Così, E.M. CATALANO, *Manipolazioni concettuali della nozione di abuso del processo*, cit., 94.

<sup>423</sup> Cfr. R.E. KOSTORIS, *La revisione del giudicato iniquo e i rapporti tra violazioni convenzionali e regole interne*, cit., 477; C.IASEVOLI, *La nullità nel processo partecipato: ovvero legalità e garanzie nell'etica della responsabilità*, cit., 679; G. CANZIO, *Giudicato "europeo" e giudicato penale italiano dopo la sentenza n. 113/2011 della Corte costituzionale*, cit., 3-4; A. RUGGERI, *op. loc. ult. cit.*; F.M. IACOVIELLO, *Il quarto grado di giurisdizione: la Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., 794.

<sup>424</sup> Cfr. O. POLLICINO, *I rapporti tra Corti in uno scenario ancora più complesso e articolato dopo Lisbona*, in [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it), 2010.

<sup>425</sup> In tal senso, R.E. KOSTORIS, *Diritto europeo e giustizia penale*, R.E. KOSTORIS (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, 2a ed., Milano, 2014, 59 ss.; A. BALSAMO, *Il contenuto dei diritti fondamentali*, ivi, 109 ss.; C. IASEVOLI, *La nullità nel processo partecipato: ovvero legalità e garanzie nell'etica della responsabilità*, *loc. ult. cit.*

<sup>426</sup> Come è agevole intuire, in questo contesto, il superamento della legalità tradizionale avviene su un doppio binario: da un lato, si trovano coagulati «momento giurisprudenziale del diritto e diritto giurisprudenziale»; dall'altro lato, le disposizioni, statiche e tendenzialmente rigide nei settori improntati alla stretta legalità, acquistano vocazione dinamica e malleabile, in una proiezione finalistica che spinge sempre di più verso una lettura apertamente antiformalistica delle norme giuridiche, su una piattaforma che postula il raggiungimento dello scopo ed il principio di effettività dei diritti come ragione di esistenza della sovrastruttura europea. In argomento, C. IASEVOLI, *La nullità nel processo partecipato: ovvero legalità e garanzie nell'etica della responsabilità*, *loc. ult. cit.* Cfr. G. RICCIO, *La procedura penale. Tra storia e politica*, Napoli, 2010, 86 ss.

Ci si trova di fronte ad un paradosso: la logica del risultato verso un processo equo a cui lo Stato italiano si è impegnato implica, al contempo, di valorizzare e di sminuire il *modus procedendi*, a seconda che ciò sia funzionale o meno all'effettività dei diritti processuali promossa in sede europea.

Il campo d'indagine delle nullità offre, a tale proposito, una visuale privilegiata. Grazie all'innesto europeo, la forza della nullità è aumentata, potendo il *vitium in procedendo* oltrepassare addirittura il giudicato<sup>427</sup>; contemporaneamente, attratta nel circuito europeista, la nullità ne esce indebolita, saldandosi più che mai alla lesività concreta e all'abuso del diritto<sup>428</sup>. La Corte europea, infatti, filtra le istanze di equità processuale proprio avvalendosi dei parametri della distorsione funzionale e dell'offensività in concreto, negando l'accesso a domande abusive che si risolvono, a norma dell'art. 35, § 3, lett. a) CEDU, in un «esercizio dannoso di un diritto, per scopi diversi da quelli per i quali è previsto».

Ci si chiede, allora, come la nullità processuale sia cambiata a contatto con questi fattori innovativi; come eventualmente debba cambiare in una prospettiva *de iure condendo*; e, ancora prima, se la corrente europea, in definitiva, rafforzi o indebolisca la tassonomia delle garanzie processuali<sup>429</sup>.

I quesiti richiedono una risposta articolata, tenuto conto del fatto che le violazioni dell'art. 6 CEDU assumono le più disparate forme e, spesso, sono frutto di una valutazione globale circa l'equità del processo interno, avulsa dal giudizio di valore relativo ad un singolo atto<sup>430</sup>.

Ma, prima di interrogarsi sulle possibili e puntuali soluzioni occorrerebbe risolvere una difficoltà di fondo: riuscire a combinare iniquità europea e invalidità interna<sup>431</sup>. La prima, tutta incentrata sulla violazione dell'art. 6 CEDU, implica un tipo di accertamento, affidato al giudizio della Corte europea, focalizzato sulla concreta

---

<sup>427</sup> *Supra* cap. II, par. 7.

<sup>428</sup> V. C. IASEVOLI, *La nullità nel processo partecipato: ovvero legalità e garanzie nell'etica della responsabilità*, loc. ult. cit.; F. CAPRIOLI, *op. cit.*, 2447.

<sup>429</sup> Cfr. R.E. KOSTORIS, *Verso un processo penale non più statocentrico*, in A. BALSAMO-R. KOSTORIS (a cura di), *Giurisprudenza europea e processo penale*, Torino, 2008, 9 ss.

<sup>430</sup> V. R.E. KOSTORIS, *La revisione del giudicato iniquo e i rapporti tra violazioni convenzionali e regole interne*, cit., 475.

<sup>431</sup> R.E. KOSTORIS, *La revisione del giudicato iniquo e i rapporti tra violazioni convenzionali e regole interne*, loc. ult. cit.

compromissione dei diritti processuali nel caso di specie, che si avvale, per giunta, di una tecnica di misurazione ponderata dall'uso del principio di proporzionalità<sup>432</sup>.

La seconda, all'opposto, risulta improntata sul difetto di conformità rispetto ad una fattispecie già valutato in astratto lesivo di una situazione giuridica; lesione che, se giudicata significativa dal legislatore, è assunta a presupposto di nascita di una legittima aspettativa di rimozione, positivamente riconosciuta e avvinta alla tassatività.

In via di estrema sintesi, il giudizio di iniquità europea riguarda il processo inteso in senso globale, senza che assumano rilevanza specifica singole inosservanze; viene svolto in concreto, a prescindere da astratte categorie di qualificazione; infine, è condotto secondo il metro della proporzionalità, che impone di verificare il grado di incisione della violazione sul giusto processo. Inversamente, l'accertamento della nullità interna è puntuale, frutto di una valutazione astratta, limitato, in positivo ed in negativo, dalla tassatività e formalizzabile in una deduzione rigorosa.

Eppure, appare sterile limitarsi a rilevare le profonde differenze tra sistema interno e sistema convenzionale giacché le due dimensioni sono destinate a convivere e combinarsi.

Il problema andrebbe impostato, allora, a partire, anziché dalle divergenze, dal dato in comune e, vale a dire, dall'analisi della situazione giuridica che viene tutelata direttamente in sede sovranazionale e indirettamente nell'ordinamento interno, essendo pur sempre sottesa alla predisposizione di una nullità.

La prima ipotesi è che le due situazioni giuridiche coincidano e, allora, un difetto di coordinamento non dovrebbe dare a luogo a particolari problematiche<sup>433</sup>.

---

<sup>432</sup> V. M. CAIANIELLO, *Il principio di proporzionalità nel procedimento penale*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3-4, 2014, 143 ss.; ID, *La nuova direttiva UE sull'ordine europeo di indagine penale tra mutuo riconoscimento e ammissione reciproca delle prove*, in *Proc. pen. e giust.*, 2015, 3, 6 ss.; M. DANIELE, *La metamorfosi del diritto delle prove nella direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, in *penalecontemporaneo.it*, 2014.

<sup>433</sup> *Infra* cap. III. Il problema si pone semmai con riferimento ad «altre (ulteriori) violazioni difensive, che, pur inscrivendosi “topograficamente” nella porzione di giudizio rinnovato, non fossero state poste dalla Corte europea a fondamento della valutazione di iniquità, ad esempio perché ritenute non concretamente lesive o comunque di incidenza non rilevante sulla decisione, pur essendo sanzionate a livello interno con una previsione di nullità? Il giudice non ne dovrebbe tenere conto, o la riapertura lo vedrebbe legittimato ad esercitare gli stessi poteri di rilevazione d'ufficio che avrebbe avuto a suo tempo il giudice precedente? La prima alternativa sembrerebbe sicuramente preferibile, in quanto maggiormente aderente alla logica del sistema: la riapertura integra un'impugnazione straordinaria, che dovrebbe essere finalizzata solo a eliminare la causa dell'iniquità, non anche a rinnovare segmenti o atti processuali non legati – a livello di regole interne neppure sotto il profilo dell'invalidità derivata – a quella violazione; eventuali “altre” invalidità dovrebbero quindi considerarsi ormai coperte dal giudicato». In questi termini, R.E. KOSTORIS, *La revisione del giudicato iniquo e i rapporti tra violazioni convenzionali e regole interne*, loc. ult. cit.

La seconda ipotesi, invece, comprende i casi asimmetrici, scomponibili ulteriormente in due sottoinsiemi: nel primo, la violazione di una situazione soggettiva è assunta a fondamento di un'iniquità europea, ma non è stata considerata significativa dal legislatore interno, sicché alla sua violazione non consegue la predisposizione di una nullità; nel secondo, viceversa, l'infrazione della situazione giuridica è stata considerata in astratto dalla legge come causa dell'aspettativa di rimozione, ma la circostanza per la quale, nel caso di specie, essa non sia in grado di esprimere in concreto la carica lesiva immaginata a livello teorico preclude l'ammissibilità della pretesa a livello europeo.

Quando all'iniquità riscontrata dalla Corte europea non corrisponda un vizio processuale interno, vuol dire che il processo nazionale è stato condotto in modo formalmente rituale e, ciononostante, il giudizio di equità fallisce<sup>434</sup>. Di qui, l'interrogativo circa i poteri conferiti al giudice nazionale per soddisfare in seconda battuta il diritto processuale compromesso, rimuovendo la causa della lesione e traducendo l'iniquità in *error in procedendo* interno.

In dottrina e giurisprudenza, sono state prospettate diverse soluzioni al quesito. In primo luogo, si è proposto di fare ricorso all'applicazione diretta delle norme convenzionali così come interpretate dalla Corte europea<sup>435</sup>. La via tracciata appare, però,

---

<sup>434</sup> Cfr. R.E. KOSTORIS, *La revisione del giudicato iniquo e i rapporti tra violazioni convenzionali e regole interne*, 475.

<sup>435</sup> Cfr. F. VIGANÒ, *L'adeguamento del sistema penale italiano al "diritto europeo" tra giurisdizione ordinaria e costituzionale. Piccolo vademecum per giudici e avvocati penalisti*, in *Dir. pen. cont.*, 2, 2014, 1 ss.: «ma – ed ecco il punto cruciale – nulla osta alla diretta applicazione da parte del giudice ordinario di una norma internazionale 'incorporata' allorché tale diretta applicazione non implichi la contestuale disapplicazione di altra norma interna contrastante: il che ben può accadere, nei casi in cui la norma internazionale in questione si inserisca in uno spazio giuridicamente 'vuoto', ossia non regolato dalle norme puramente interne. In questa ipotesi nulla, ripeto, si opporrà alla diretta applicazione da parte del giudice ordinario della norma internazionale, secondo il modello inaugurato sin dalla fine degli anni Ottanta dalla Cassazione penale con la storica sentenza *Polo Castro*. Per toccare con mano la portata pratica dell'affermazione: l'art. 6 CEDU, così come interpretato dalla Corte europea in varie sentenze tra cui *Drassich c. Italia*, richiede che il giudice solleciti il contraddittorio delle parti sulla possibilità di una diversa qualificazione giuridica del fatto contestato, al fine di non sorprendere l'imputato, per l'appunto, con una diversa qualificazione, rispetto alla quale egli non abbia avuto la possibilità di formulare osservazioni difensive. Ebbene, calata nel nostro ordinamento, l'applicazione di questa regola – contenuta nell'art. 6 CEDU, che è norma 'incorporata' nell'ordinamento italiano in forza della clausola di piena e intera esecuzione della Convenzione di cui alla legge n. 848/1955 – non contrasta con alcuna norma del codice di procedura penale (non, in particolare, con l'art. 521 co. 1 c.p.p., che si limita a consentire al giudice di mutare in sentenza la qualificazione giuridica del fatto contestato: possibilità che l'art. 6 CEDU pure riconosce, secondo l'interpretazione della Corte di Strasburgo), ma si inserisce in uno spazio giuridicamente non regolato, introducendo semplicemente una nuova garanzia per la difesa, che il legislatore del 1989 non aveva previsto, nell'ipotesi in cui il giudice – del tutto legittimamente – ritenga erronea la qualificazione giuridica del fatto operata dalla pubblica accusa; garanzia che ben può essere assicurata mediante un semplice invito rivolto alle parti, al più tardi in sede di discussione, a formulare le proprie osservazioni anche in ordine a una eventuale qualificazione giuridica alternativa del fatto oggetto

difficilmente percorribile, visto che, a differenza della dialettica instaurata tra ordinamento interno e ordinamento dell'Unione europea, difetta un coordinamento automatico tale da assicurare la prevalenza diretta delle norme convenzionali su quelle interne. E ciò, anche a seguito della modifica dell'art 6, § 2 e 3, del nuovo Trattato europeo, a mente del quale «l'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei trattati. I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali». La tesi è stata rifiutata, come noto, anche dalla Corte costituzionale, che ha preferito assegnare alla Convenzione il ruolo di norma interposta all'art. 117 Cost., con ricadute quanto a obbligo di interpretazione conforme e declaratoria di incostituzionalità delle norme interne incompatibili<sup>436</sup>.

Per altro verso, si è suggerito di integrare l'art. 178 c.p.p. con le norme della Convenzione, da ritenersi comunque parte dell'ordinamento, una volta che è stata trasposta con legge di ratifica ed esecuzione, con la conseguenza di ritenere nulli anche

---

di imputazione. Come dovrebbe risultare chiaro, non si tratta qui di *disapplicare* alcuna norma interna, men che meno l'art. 521 co. 1 c.p.p.; ma semplicemente di *applicare direttamente* l'art. 6 CEDU così come interpretato dalla Corte di Strasburgo *accanto* alle pertinenti norme del codice di rito».

<sup>436</sup> Corte cost., sent., 24 ottobre 2007, n. 348 in *Gazz. uff.*, 31 ottobre 2007; Corte cost., 24 ottobre 2007, n. 349, in *Gazz. uff.*, 31 ottobre 2007; Corte cost., sent., 5 gennaio 2011, n. 1, in *Gazz. uff.*, 12 gennaio 2011; Corte cost., sent. 15 aprile 2010, n. 138, in *Gazz. uff.*, 21 aprile 2010; Corte cost., sent., 28 maggio 2010, n. 187, in *Gazz. uff.*, 3 giugno 2010; Corte cost., sent. 4 giugno 2010, n. 196, in *Gazz. uff.*, 9 giugno 2010; Corte cost., sent. 26 novembre 2009, n. 311, in *Gazz. uff.*, 2 dicembre 2009; Corte cost., sent. 4 dicembre 2009, n. 317, in *Gazz. uff.*, 9 dicembre 2009; Corte cost., sent. 27 febbraio 2008, n. 39, in *Gazz. uff.*, 5 marzo 2008. Sulla perdurante validità di tale ricostruzione anche dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007, cfr. Corte cost., sent. 11 marzo 2011, n. 80, in *Gazz. uff.*, 16 marzo 2011. Da ultimo, è intervenuto il Consiglio di Stato, Ad. Plen., ord. 4 marzo 2015, n. 2, in [www.giustiziaamministrativa.it](http://www.giustiziaamministrativa.it), il quale ha ribadito che «la conseguenza è che il contrasto di una norma nazionale con una norma convenzionale, in particolare della CEDU, si traduce in una violazione dell'art. 117, primo comma, Cost. Al giudice nazionale, in quanto giudice comune della Convenzione, spetta il compito di applicare le relative norme, nell'interpretazione offertane dalla Corte di Strasburgo. Nel caso in cui si profili un contrasto tra una norma interna e una norma della Convenzione europea, il giudice nazionale comune deve, pertanto, procedere ad una interpretazione della prima conforme a quella convenzionale, fino a dove ciò sia consentito dal testo delle disposizioni a confronto e avvalendosi di tutti i normali strumenti di ermeneutica giuridica. Solo quando ritiene che non sia possibile comporre il contrasto in via interpretativa, il giudice comune, il quale non può procedere all'applicazione della norma della CEDU (a differenza di quella comunitaria provvista di effetto diretto) in luogo di quella interna contrastante, tanto meno fare applicazione di una norma interna che egli stesso abbia ritenuto in contrasto con la CEDU, e pertanto con la Costituzione, deve sollevare la questione di costituzionalità».

gli atti processuali atipici, ma in concreto rivelatisi lesivi<sup>437</sup>. L'idea dell'integrazione apre, però, le porte ad «esiti difficilmente governabili»<sup>438</sup>, sicché sembra preferibile cambiare strada.

Si è ipotizzato, allora, di fare leva su un'interpretazione convenzionalmente conforme dell'art. 178 c.p.p., che dovrebbe dare rilievo «solo alle nullità che presentino in concreto carattere lesivo, sia perché ciò non parrebbe contrastare con il principio di tassatività (il perimetro delle fattispecie tipiche rimarrebbe infatti invariato, essendo richiesto solo l'ulteriore requisito della concreta lesività), sia perché sfoltirebbe a tutto beneficio del principio di ragionevole durata del processo la fitta selva delle nostre garanzie formali»<sup>439</sup>.

La tesi appare suggestiva; in particolare convince l'idea di attingere alla tecnica dell'interpretazione conforme. Tuttavia, è scarsamente risolutiva, dal momento che se la nullità è già connessa ad una situazione tipica, non si vede il motivo per restringerla al solo caso di lesività concreta, fermo restando che rimarrebbe aperto il problema delle situazioni atipiche da cui si sono prese le mosse.

L'interpretazione conforme, invece, potrebbe essere impiegata per addivenire ad un'interpretazione estensiva e *in bonam partem* dell'art. 178 c.p.p., sfruttando la sua costruzione in termini di fattispecie generale inclusiva, per farvi rientrare anche le violazioni del diritto di difesa significative a livello europeo e irrilevanti nell'ordinamento interno.

Certo, è innegabile l'ostacolo derivante dal principio di tassatività. Ma, a ordinamento immutato, questa sembrerebbe l'unica via percorribile. Ciò, sempre che non si faccia ricorso al sindacato di costituzionalità<sup>440</sup> e che il legislatore si astenga dall'introdurre una disciplina specifica, adeguandolo ai più elevati *standard* europei in presenza di un'iniquità atipica rispetto alle invalidità interne.

---

<sup>437</sup> Così, F.M. IACOVELLO, *Il quarto grado di giurisdizione: la Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., 796.

<sup>438</sup> Cfr. in senso critico R.E. KOSTORIS, *La revisione del giudicato iniquo e i rapporti tra violazioni convenzionali e regole interne*, cit., 476.

<sup>439</sup> R.E. KOSTORIS, *La revisione del giudicato iniquo e i rapporti tra violazioni convenzionali e regole interne*, cit., 477.

<sup>440</sup> Cfr. M. CARTABIA, *La CEDU e l'ordinamento italiano: rapporti tra fonti, rapporti tra giurisdizioni*, in R. BIN-G. BRUNELLI-A. PUGIOTTO-P. VERONESI (a cura di), *All'incrocio tra Costituzione e CEDU. Il rango delle norme della Convenzione e l'efficacia interne delle sentenze di Strasburgo*, Torino, 2007, *passim*.



Passando in analisi il secondo sottoinsieme, relativo ai casi in cui l'ordinamento interno conferisce rilevanza ad una prerogativa difensiva presidiandola con la nullità, mentre la medesima posizione è irrilevante in sede europea, perché la nullità è priva in concreto di carica lesiva, la soluzione è univoca: è preclusa l'ammissibilità della pretesa a livello europeo<sup>441</sup>.

A ben vedere, si tratta, però, di un falso problema. La tutela sovranazionale, ancorché ragguagliata alla lesività concreta e filtrata dal sindacato relativo all'abuso del diritto, mira ad ampliare gli *standard* interni dell'aspettativa di rimozione, sicché la sussistenza del requisito della capacità lesiva, da valutarsi in concreto, ben può essere accettato come condizione per conferire ulteriori margini di rilevanza alla nullità superstita, come *quid pluris* per superare la preclusione del giudicato<sup>442</sup>.

Da questo punto di vista, è evidente il mutamento dell'impostazione culturale e ideologica del processo penale moderno, alimentato sempre di più dal fermento dei diritti fondamentali della persona come risultanti dalle fonti nazionali e sovranazionali<sup>443</sup>.

Il profilo problematico emerge con vigore, invece, quando l'approccio utilizzato in sede europea, come visto in senso ampliativo della tutela delle situazioni giuridiche, è impiegato dal giudice nazionale nella lettura delle nullità interne.

Nella prassi è, invero, accaduto che lo spostamento verso un sindacato di tipo sostanziale della nullità venisse giustificato in ragione del metodo seguito dalla Corte europea e comunque sulla scorta dell'irrilevanza che avrebbe in quella sede la salvaguardia di una nullità solo astrattamente lesiva, sostituendo alla valutazione legale l'apprezzamento puntuale del giudice<sup>444</sup>. Ripercorrendo il ragionamento seguito, si afferma che proprio in ambito europeo andrebbe ricercato il fondamento del teorema dell'abuso del processo<sup>445</sup>.

---

<sup>441</sup> Cfr. Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 15 settembre 2009, *Mirolubovs e altri c. Lettonia*, §§ 62 e 65, in [www.echr.coe.int/hudoc](http://www.echr.coe.int/hudoc), che definisce pertanto abusivo, in linea di principio, «qualunque comportamento di un ricorrente manifestamente contrario alle finalità del diritto di ricorso individuale riconosciuto dalla CEDU che ostacoli il corretto funzionamento della Corte o il corretto svolgimento della procedura davanti a essa»; Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 19 gennaio 2010, *Bock c. Germania*, e Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 23 novembre 2010, *Dudek c. Germania*, in [www.echr.coe.int/hudoc](http://www.echr.coe.int/hudoc). In ambito comunitario, poi, cfr., a titolo esemplificativo Corte giust. CE, 23 ottobre 2008, C-286/06, Commissione/Spagna § 69, in <http://curia.europa.eu/juris/>.

<sup>442</sup> *Supra* cap. II.

<sup>443</sup> Cfr. R. DEL COCO, *Ordine europeo d'indagine e poteri sanzionatori del giudice*, cit., 14.

<sup>444</sup> V. A. MARANDOLA, *Il modello sanzionatorio tra vecchio e nuovo sistema processuale*, cit., 15.

<sup>445</sup> Sul punto, M. CAIANIELLO, *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo*, cit., *passim*. La sentenza Rossi (Cass., Sez. Un., 10 gennaio 2012, Rossi, cit.), segnatamente, nel percorso giustificativo, richiama, «l'articolo 35, § 3 (a) (già 35, § 3, e prima 27) della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (secondo

Sull'inaccettabilità della tesi già si è detto<sup>446</sup>. Occorre aggiungere ancora qualche argomento relativo al rapporto con la dimensione europea.

In primo luogo, va evidenziato come, in realtà, restringendo la rilevanza delle nullità ai soli casi di concreta lesione, la Corte europea ne amplia comunque la rilevanza, estendendo la tutela a situazioni non tipiche, la cui tutela è ineffettiva nell'ordinamento interno, oppure conferendo a quelle tipiche, purché lesive, una vocazione ultrattiva rispetto al giudicato che comunque non avrebbero nel sistema nazionale, con aumento complessivo della salvaguardia dei diritti fondamentali di stampo processuale, nell'integrazione tra la dimensione europea e quella nazionale.

Al contrario, il medesimo criterio impiegato dal giudice nazionale per accertare la nullità restringe il campo di tutela delle prerogative processuali infrante.

Deve, poi, considerarsi che quello assicurato al livello sovranazionale è pur sempre il minimo grado di tutela imposto in tutti gli Stati aderenti. Il che esclude variazioni in meno, mentre ammette variazioni in più, volte ad ottenere un più elevato statuto epistemologico del giusto processo, rispetto a quello disegnato a livello europeo.

---

cui la Corte dichiara irricevibile ogni ricorso individuale presentato ai sensi dell'articolo 34 se ritiene che «il ricorso è incompatibile con le disposizioni della Convenzione o dei suoi Protocolli, manifestamente infondato o abusivo») consente, nella interpretazione consolidata della Corte di Strasburgo, di ritenere “abusivo” e dunque irricevibile il ricorso quando la condotta ovvero l'obiettivo del ricorrente sono manifestamente contrari alla finalità per la quale il diritto di ricorrere è riconosciuto. In altri termini, come dice l'esplicazione della norma divulgata dalla Corte di Strasburgo nella “*Guida pratica sulla ricevibilità*” (in [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int)) al punto 134: “La nozione di “abuso” ai sensi dell'articolo 35 § 3 a) deve essere compresa nel suo senso comune contemplato dalla teoria generale del diritto – ossia [come] il fatto, da parte del titolare di un diritto, di attuarlo al di fuori della sua finalità in modo pregiudizievole [*La notion “d’abus”, au regard de l’article 35 § 3 a), doit être comprise dans son sens ordinaire retenu par la théorie générale du droit – à savoir le fait, par le titulaire d’un droit, de le mettre en oeuvre en dehors de sa finalité d’une manière préjudiciable*]. Pertanto, è abusivo qualsiasi comportamento di un ricorrente manifestamente contrario alla vocazione del diritto di ricorso stabilito dalla Convenzione e che ostacoli il buon funzionamento della Corte e il buono svolgimento del procedimento dinanzi ad essa [*Dès lors, est abusif tout comportement d’un requérant manifestement contraire à la vocation du droit de recours établi par la Convention et entravant le bon fonctionnement de la Cour ou le bon déroulement de la procédure devant elle*] (*Molubovs e altri c. Lettonia*, §§ 62 e 65)”. Non può non ricordarsi inoltre il provvedimento della Corte EDU del 18 ottobre 2011, Petrović c. Serbia, ric. n. 56551/11, per quanto successivo alla presente decisione, in relazione al “concetto di “abuso”, ai sensi dell'articolo 35 § 3 della Convenzione [...] inteso [...] come esercizio dannoso di un diritto, per scopi diversi da quelli per i quali è previsto”. mplyissima è poi la giurisprudenza della Corte di Giustizia UE che richiama la nozione di abuso per affermare la regola interpretativa che colui il quale si appelli al tenore letterale di disposizioni dell'ordinamento comunitario per far valere avanti alla Corte un diritto che confligge con gli scopi di questo (è contrario all'obiettivo perseguito da dette disposizioni), non merita che gli si riconosca quel diritto (v. in particolare sentenza 20 settembre 2007, causa C-16/05, *Tum e Dari*, punto 64; sentenza 21 febbraio 2006, causa C-255/02, *Halifax*)».

<sup>446</sup> *Infra* cap. IV, par. 2 e 3.

In questa direzione, occorre sì «prendere atto del mutamento del ruolo del giudice, trasformato sempre più da custode della legge in tutore dei diritti individuali, esercente un potere sanzionatorio delegato in bianco, genericamente ancorato alla tutela effettiva dei diritti, piuttosto che a rigidi criteri, normativamente predeterminati»<sup>447</sup>. Ma, quantomeno a livello nazionale, le due vesti, di custode delle leggi e di garante dei diritti individuali ancora coincidono. È quando il giudice si interfaccia alla realtà europea che prende forma la divaricazione, pur sempre nel segno dell'incremento dell'effettività dei diritti della persona e mai in senso inverso.

Inoltre, l'approdo su cui si fonda la peculiare interpretazione europea trae legittimazione da una diversa accezione del principio di legalità che, a livello sovranazionale, include il diritto di matrice giurisprudenziale; mentre, nel nostro ordinamento, l'aggancio alla legalità trova più solide basi nell'ancoraggio alla riserva di legge e alla separazione dei poteri<sup>448</sup>.

Infine, ben diverso è l'oggetto del giudizio svolto dalla Corte europea rispetto a quello demandato al giudice penale. La Corte di Strasburgo dichiara, infatti, la responsabilità di uno Stato per violazione della Convenzione quando risulta che in concreto gli organi giudiziari di quel paese hanno privato l'imputato di un diritto fondamentale processuale, la cui violazione, filtrata dall'art. 6 CEDU, rappresenta il merito del sindacato giurisdizionale. Il giudice italiano accerta, invece, in via incidentale se sia stata osservata la norma processuale a presidio di simili situazioni giuridiche e dichiara la nullità «quale tappa di un itinerario verso l'accertamento del merito dell'imputazione»<sup>449</sup>.

Alla luce di ciò, è senz'altro vero che nella giurisprudenza europea si richiede l'effettività della lesione dell'interesse protetto come condizione per il giudizio di iniquità, pena la classificazione in termini abusivi della pretesa avanzata, ma questa

---

<sup>447</sup> Emblematicamente, R. DEL COCO, *Ordine europeo d'indagine e poteri sanzionatori del giudice*, loc. ult. cit.; Al riguardo, v. P. SPAGNOLO, *Il modello europeo delle garanzie minime e il regime delle invalidità: un binomio conciliabile?*, in A. MARANDOLA (a cura di), *Le invalidità processuali*, cit., 17; M. CAIANIELLO, *Dal Terzo Pilastro ai nuovi strumenti: diritti fondamentali, "Road Map" e l'impatto delle nuove Directive*, in *penalecontemporaneo.it*, 2015, 9 ss.

<sup>448</sup> In merito, Corte cost., sent. 2012, n. 230, la quale sottolinea che «il principio convenzionale di legalità risulta meno comprensivo di quello accolto nella Costituzione italiana (e, in generale, negli ordinamenti continentali). Ad esso resta, infatti, estraneo il principio – di centrale rilevanza nell'Assetto interno – della riserva di legge, nell'accezione recepita dall'art. 25 Cost.». In dottrina, *ex multis*, D. PULITANÒ, *Paradossi della legalità fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, in *Dir. pen. cont.*, 2, 2015, 1 ss.

<sup>449</sup> Così, F. CAPRIOLI, *op. loc. ult. cit.*; R.E. KOSTORIS, *La revisione del giudicato iniquo e i rapporti tra violazioni convenzionali e regole interne*, cit., 478 ss.

prospettiva non può essere trapiantata nel diritto interno con il malcelato scopo «di superare il quadro formale delle prescrizioni processuali»<sup>450</sup>.

##### 5. *L'aderenza delle nullità alle situazioni di cui sono garanzia. Possibili rimedi a fenomeni di abuso*

L'emersione della teoria del pregiudizio effettivo e dell'abuso del diritto, così come le tecniche di indagine sostanzialistiche impiegate per il giudizio di equità/iniquità in ambito europeo, mettono in evidenza un dato. L'esigenza di allineare la norma astratta e la realtà processuale, evitando che la garanzia insita alla situazione di nullità possa scadere a inutile orpello o, viceversa, prendere le derive dell'arbitrio, non è più solo un esercizio di stile per l'interprete, essendosi imposta come ineludibile problematica con cui il processo penale fa i conti tutti i giorni e che reclama, oramai, una risposta.

La vera sfida è trovare soluzioni compatibili con i dati normativi, evitando il ricorso a parametri metateorici che contrastano con l'istanza di legalità processuale. Per fare il passo in avanti è, tuttavia, necessario abbandonare la concezione formale pura della legalità, che limita la visione del processo ad una sequenza preordinata ad integrare la fattispecie astratta delineata dalla legge, per sposare l'idea che essa sia qualcosa di più. Le "regole del gioco" processuale, invero, non sono vuoti parametri formali; sono norme forti che prevedono oneri per la costruzione degli atti processuali-penalì e, quindi, guardando dietro il dato formale, costituiscono norme guida per il corretto esercizio del potere nel processo penale, essenziali all'ordinato svolgimento del rapporto processuale e, al contempo, parametro di riferimento per la difesa del singolo coinvolto dal potere ascrivito agli organi a cui è affidata la giurisdizione penale<sup>451</sup>.

Tutto ciò in maniera tale da strutturare in senso garantito l'*iter* attraverso il quale la decisione finale sulla responsabilità penale di un individuo prende forma. Se ciò è corretto, allora, la fattispecie astratta di un atto tipico non ha un'impronta meramente formalistica, al contrario dirigendosi in una direzione sostanzialistica<sup>452</sup>, poiché, in

---

<sup>450</sup> Cfr. Così, F. CAPRIOLI, *op. loc. ult. cit.*

<sup>451</sup> *Supra* cap. I e II.

<sup>452</sup> Sul concetto di legalità sostanziale cfr. R. APRATI, *Il principio di tassatività delle nullità*, in A. MARANDOLA (a cura di), *Le invalidità degli atti processuali*, cit., 71 ss.; ID, *Nullità*, cit., 387 ss.; C. IASEVOLI, *La nullità nel sistema processuale penale*, cit., 48 ss.; ID, *La nullità nel processo partecipato: ovvero legalità e garanzie nell'etica della responsabilità*, cit., 664; G. DI PAOLO, *Nullità processuali e*

definitiva, è costruita da norme formali necessarie ai fini dell'esercizio dei diritti in gioco, espressione non tanto del dovere di osservanza alla legge, ma piuttosto della dinamica delle situazioni giuridiche soggettive consacrate dalla Carta fondamentale e tradotte nella fitta trama di relazioni intessuta dalla legge processuale penale.

In questo retroterra, si scorge come il sistema abbia optato per una soluzione formale-sostanziale, che conosce certamente meccanismi di chiusura, fondati sulla tassatività, ma risultante altresì composto da valvole di apertura, destinate ad essere impiegate proprio quando si ravvisa un'apprezzabile distanza tra la fattispecie astratta e quella concreta, che la legge stessa autorizza a colmare negli spazi prestabiliti dalle norme in tema di nullità, affidando tale delicato compito all'operazione interpretativa del giudice nel momento in cui è chiamato ad accertare l'esistenza dell'aspettativa di rimozione.

Questi congegni a cui si allude si rapportano diversamente combinandosi con il principio di tassatività in base ad un duplice parametro deputato a guidare l'interprete; il quale risulta, pertanto, vincolato nell'attività di verifica circa le difformità che generano, nei casi previsti dalla legge, l'aspettativa di nullità, ad usare una tecnica di accertamento della situazione soggettiva processuale piuttosto che un'altra<sup>453</sup>: da un lato, la distribuzione dell'invalidità dell'atto e della conseguente nullità tra previsioni generali e speciali; dall'altro lato, la suddivisione tra nullità indisponibili e disponibili, in tutto o in parte, che interseca la partizione precedente.

Così, l'impiego di una «clausola generale inclusiva»<sup>454</sup> per definire le nullità generali consente di accertare la nullità proprio quando essa non sia direttamente prevista dalla norma violata; «la dottrina ha preparato la categoria dove collocare questa peculiare operatività dei divieti legali, coniando l'idea e il nome delle nullità virtuali: nullità che

---

*sanatorie tra tassatività e tendenze antiformalistiche*, loc. ult. cit.; A. MARANDOLA, *Il modello nazionale tra vecchio e nuovo sistema processuale*, in A. MARANDOLA (a cura di), *Le invalidità degli atti processuali*, cit., 5.; G. FOSCHINI, *La giustizia sotto l'albero e i diritti dell'uomo*, loc. ult. cit.; L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 37; E. AMODIO, *Crisi della legalità processuale, filosofia della rassegnazione e autorevolezza dei giuristi*, cit., 433; ID, *L'abuso delle forme degli atti processuali penali*, cit., 559; ID, *Estetica della giustizia penale*, cit. 100; M. VILLANI, *La Corte ribadisce i rapporti tra legalità costituzionale, legalità sostanziale e legalità processuale*, loc. ult. cit.; E.M. CATALANO, *L'abuso del processo*, cit., 86 ss.

<sup>453</sup> Sul punto, R. APRATI, *Il principio di tassatività delle nullità*, in A. MARANDOLA (a cura di), *Le invalidità degli atti processuali*, cit., 71 ss.; ID, *Nullità*, cit., 387 ss., secondo cui «il sistema delle nullità risulta quindi chiuso: ogni possibile fattispecie non conforme al modello processuale e per la quale non è prevista una nullità speciale o ricade sotto il dominio della norma generale inclusiva o ricade sotto il dominio della norma generale esclusiva. In definitiva in tema di nullità processuali non esistono lacune».

<sup>454</sup> V. R. APRATI, *Il principio di tassatività delle nullità*, in A. MARANDOLA (a cura di), *Le invalidità degli atti processuali*, cit., 73 ss.; ID, *Nullità*, cit., loc. ult. cit.

non conseguono ad una previsione testuale di legge, ma che sono disposte in virtù di quei caratteri che fondano l'imperatività della norma»<sup>455</sup>.

È stato messo in evidenza, seguendo questo percorso, che «la struttura dell'art. 178 c.p.p. è la medesima delle nullità virtuali contrattuali, con l'unica differenza che non si fa riferimento alle norme imperative, ma alle disposizioni che riguardano [...] certi "valori"»<sup>456</sup> e, vale a dire, certe situazioni giuridiche<sup>457</sup>. La disposizione, in altre parole, dà risalto ad un dato sostanziale; sovviene a dirci che quando la nullità è predisposta in termini generali, non solo non è necessaria una specifica previsione di legge, ma il giudizio di invalidità e la nascita della nullità non deriva da un mero raffronto tra fattispecie astratta e concreta, trovando piuttosto fondamento nella circostanza per la quale le disposizioni di legge violate sono preordinate alla salvaguardia delle situazioni giuridiche elencate nell'art. 178 c.p.p.

Il contemperamento tra forma e sostanza, dunque, è raggiunto prendendo in considerazione una serie di violazioni sostanziali che involgono tanto la valutazione legale quanto quella giudiziale.

Il legislatore, dal canto suo, si impegna a costruire una sequenza di atti tipizzata, capace di orientare e vincolare gli atti – e i poteri di cui sono esercizio – in modo da preservare certi valori, assunti a fondamento del giudizio di validità\invalidità e racchiusi nella clausola generale<sup>458</sup>. La stretta aderenza tra aspettativa di rimozione e prerogativa giuridica violata, d'altro canto, consente al giudice di non appuntarsi sulla verifica della deviazione da un modello di atto, permettendogli, invece, di tarare il suo sindacato sulla lesione; dovendo dichiarare la fondatezza della pretesa di rimozione ogni qualvolta e solo a condizione che la mancata conformità dell'atto e del potere ai vincoli formali determini un pregiudizio sostanziale, avendo colpito le situazioni giuridiche contemplate nell'art.178 c.p.p.

Ne deriva che il riscontro di un vizio sostanziale – intendendosi per tale quello radicato sulla lesione di una situazione soggettiva e non sul solo difetto di conformità –

---

<sup>455</sup> Cfr. G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993, 4.

<sup>456</sup> Così, R. APRATI, *Nullità*, cit., 388; G. DI PAOLO, *La sanatoria delle nullità nel processo penale*, Padova, 2012, 40 ss.

<sup>457</sup> *Infra* cap. II.

<sup>458</sup> V. F. CAPRIOLI, *op. cit.*, 2413 ss. O. DOMINIONI, sub *art. 177 c.p.p.*, in E. AMODIO-O. DOMINIONI (diretto da) *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, vol. II, Milano, 1990, 257-258; C. IASEVOLI, *La nullità nel processo partecipato: ovvero legalità e garanzie nell'etica della responsabilità*, cit., 665 ss.

comporta sempre una valutazione sull'alterazione dello scopo previsto dalla fattispecie legale tipica e la contraddizione tra l'atto tipico e quello concreto invalido va letta in termini di disfunzione, essendo pregiudicato il raggiungimento del fine: l'esercizio del diritto processuale tutelato.

Ciò, a patto che il sindacato sul pregiudizio sia effettuato a livello astratto<sup>459</sup>, dovendo l'organo giurisdizionale verificare soltanto se le disposizioni processuali non osservate siano poste a presidio delle situazioni previste dalla norma, avvalendosi di tutti i canoni interpretativi a cui si può attingere in base alle disposizioni preliminari al codice civile. Se la risposta è positiva, entra in gioco una presunzione legale<sup>460</sup> accreditata da una legge di copertura giuridica forte, in quanto le deviazioni dal modello sono già pensate in termini lesivi; tale per cui all'inosservanza di quelle disposizioni, orientate *ex lege* alla soddisfazione di predeterminate situazioni giuridiche incluse nell'art. 178 c.p.p., il giudice è costretto a dare seguito all'aspettativa di rimozione e alla domanda di invalidazione, in quanto la loro violazione è indice di una elevata probabilità di lesione che diviene, per effetto della presunzione legale, certezza.

Un conto, infatti, è verificare se il difetto di conformità non cagiona la nullità, perché la norma regolatrice dell'atto non era a tutela della capacità del giudice, dell'iniziativa del pubblico ministero o dei diritti della difesa. Operazione, questa, frutto dell'interpretazione della clausola aperta di cui all'art. 178 c.p.p. Altra questione è riconoscere che la disposizione violata era strumentale alla salvaguardia di simili valori, ma precludere la nascita della nullità, pur prevista, perché in concreto non si è verificato alcun pregiudizio per difetto di lesività. Solo il primo tipo di sindacato è ammesso; mentre il secondo va escluso<sup>461</sup>.

Vale la pena sottolineare che il sindacato di lesività astratta imposto dall'art. 178 c.p.p. si pone in linea con il principio di tassatività, poiché la suddetta previsione legale soddisfa la necessaria positività dell'aspettativa di rimozione richiesta dal precedente art. 177 c.p.p., allargando il sistema apparentemente chiuso a prefigurate classi generali di lesioni sottese presuntivamente ma puntualizzate, di volta in volta, dall'opera interpretativa del giudice. Quest'ultimo è, così, chiamato a guardare la proiezione

---

<sup>459</sup> Cfr. R. APRATI, *Nullità*, cit., 390.

<sup>460</sup> Osserva F. CAPRIOLI, *op. loc. ult. cit.*, che «in simili circostanze, come vedremo, l'offesa è da ritenersi presunta, o, meglio, implicita nella difformità dal modello legale, e poco importa che la parte processuale si avvalga in maniera strumentale della tutela che il legislatore accorda ai suoi diritti».

<sup>461</sup> Cfr. R. APRATI, *Nullità*, cit., 392

finalistica delle disposizioni processuali per stabilire se esse siano funzionali o meno alla tutela di certe prerogative per trarne deduttivamente tutte le conseguenze del caso. Si tratta, all'evidenza, di comune attività interpretativa che non integra «una violazione della legalità sostanziale, in quanto non viene aggiunto nella disposizione un elemento che non vi è contemplato, ma, piuttosto, viene assegnato un significato a una disposizione [...] proprio in virtù della tecnica di redazione delle prescrizioni normative»<sup>462</sup>.

Inoltre, va soggiunto che simile tipologia di valutazione, radicata più che sulla difformità direttamente sulla lesione in astratto della situazione giuridica compromessa dall'atto vietato, è l'unica possibile per le nullità indisponibili di cui all'art. 179 c.p.p. selezionate, come noto, dal dominio di quelle generali.

Ulteriori scarti tra fattispecie astratta e realtà concreta, in questa eventualità, sono del tutto irrilevanti, in quanto, rispetto all'esigenza di coagulare i due profili, è più forte l'istanza di garanzia sottesa alla tutela dei diritti indisponibili presidiati da nullità assolute, che consiglia di sottrarli ai rischi di arbitrio e incertezza riscontrabili tanto nel libero apprezzamento dell'organo giurisdizionale quanto da contingenti scelte del titolare. Visto che essi devono essere preservati su entrambi i fronti, la presunzione di nascita dell'aspettativa di rimozione, fondata sulla corrispondenza tra il difetto di conformità e la violazione della situazione indisponibile, pur ammettendo una tecnica di accertamento radicata sull'ingiusta lesione in astratto, assume carattere assoluto e opera, quindi, *de iure*.

A parte la verifica sulla lesività astratta, invero, la discrezionalità del giudice è doppiamente blindata dalla convergenza della combinazione tra la presunzione assoluta e il principio di tassatività; sul piano degli effetti, la prima obbliga a considerare la nullità esistente e il secondo vincola a dichiararla. Inoltre, neppure il soggetto titolare e interessato è dotato della legittimazione a screditare la presunzione legale, invincibile sotto ogni punto di vista.

Una lettura *latu sensu* teleologica della norma processuale, al contrario, è radicalmente preclusa per le nullità speciali e relative<sup>463</sup>, per via della minore immediatezza del legame che intercorre tra difetto di conformità, situazione protetta e aspettativa di rimozione. Il nesso è implicito nella previsione di legge, che fa discendere

---

<sup>462</sup> Cfr. R. APRATI, *Nullità, loc. ult. cit.*

<sup>463</sup> Cfr. R. APRATI, *Nullità, cit.*, 391.



la nullità sul presupposto del solo difetto di conformità, senza bisogno di volgere lo sguardo ai valori infranti.

Premessa la tecnica impiegata dal legislatore, immaginare che la fattispecie concreta difforme rispecchi nella sostanza la fattispecie tipica e astratta sotto il profilo dello scopo, pur in presenza di violazioni formali, è ipotesi di più frequente verifica, giacché l'equazione difformità uguale lesione, priva dell'indagine sui valori sottesi, da un risultato solo approssimato.

E il legislatore è ben consapevole del margine di errore sotteso alla *fictio iuris*. L'esigenza di correggere lo scarto rifluisce, allora, già nella disciplina legale e, segnatamente, nell'ottica del processo partecipato, all'interno dei requisiti di legittimazione fissati per l'esercizio del potere di eccezione e dei poteri dispositivi che, tramite la sanatoria, aggiustano l'incongruenza, sempre sul presupposto che l'aspettativa di rimozione sia connessa a diritti disponibili.

Dal primo angolo visuale, occorre sempre valutare, a norma dell'art. 182, comma 1, c.p.p. la sussistenza dell'interesse in capo al soggetto che lamenta il pregiudizio. Sul punto, già si è detto che il processo penale è governato dal principio dell'interesse e che esso muove ogni attività processuale, sempre destinata a conseguire un'utilità pratica e non certo preordinata ad un fine potenziale<sup>464</sup>. A tal riguardo, si è messo in evidenza che, quando la legge autorizza la configurazione di una situazione di vantaggio per un soggetto, tale astratta considerazione consente al titolare di sfruttarla anche se è mancata una reale lesione delle sue ragioni<sup>465</sup>.

Dal secondo punto di vista, una volta che il vizio è stato costruito, non già in termini lesivi, ma attraverso la mera difformità dal modello, può accadere più facilmente che alla violazione della regola procedimentale non corrisponda un effettivo pregiudizio; nonostante la prognosi legale, il soggetto titolare potrebbe essersi avvalso delle prerogative che la legge gli riconosce e a cui l'atto invalido risultava strumentale.

In ordine a diritti disponibili, dunque, si abbassa il livello di probabilità che la difformità dal modello implichi la loro lesione e, perciò, la *praesumptio* opera solo *iuris tantum*. Di conseguenza, essa è vincibile quando il titolare della situazione giuridica, presuntivamente lesa dall'atto invalido, sfruttando il margine di autonomia strategica che

---

<sup>464</sup> In proposito, emblematicamente, R. PANNAIN, *Le sanzioni processuali penali*, cit., 409. *Infra* cap. II.

<sup>465</sup> R. PANNAIN, *Le sanzioni processuali penali*, loc. ult. cit.; V. MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale*, vol. III, cit., 89.

la legge gli concede nell'ambito del processo di parti, pone in essere un comportamento posteriore alla nascita dell'aspettativa di rimozione ma con essa incompatibile<sup>466</sup>. Ecco che viene in gioco la sanatoria per esercizio della «facoltà a cui era preordinato l'atto omesso o nullo»<sup>467</sup> quale elemento significativo impiegabile per superare la presunzione legale e di cui, giunti a questo punto dell'indagine, è possibile districare i nodi interpretativi.

Con l'esercizio della facoltà, il titolare pone in evidente risalto la divergenza tra l'astratta lesività e l'assenza in concreto del pregiudizio oggetto della presunzione relativa, vinta attraverso la sanatoria con cui egli finisce per disporre dell'aspettativa di rimozione, con relativa consumazione del potere di eccezione.

Certamente, viene in rilievo la funzionalità dell'atto rispetto allo scopo. Ciò è inevitabile, dato che lo stesso art. 183, comma 1, lett. b) c.p.p. sottolinea la preordinazione dell'atto invalido rispetto all'esercizio di una prerogativa altrui, con ciò, da un lato, evidenziando la sequenza potere-atto-facoltà<sup>468</sup>, e, dall'altro, orientando l'interprete a focalizzarsi su aspetti teleologici della vicenda che fuoriescono dall'ordinario giudizio di sussunzione.

Il richiamo allo scopo, nondimeno, non trova il medesimo spazio – amplissimo – in cui viene riconosciuto nell'omologo processo civile<sup>469</sup>. La norma si appunta esclusivamente sull'impatto del comportamento non conforme sulla situazione giuridica soggettiva, *sub specie* di facoltà, imputata ad un soggetto diverso dall'autore dell'atto. Il che vale a delimitarne, già sotto l'aspetto strutturale, il campo di elezione. In questo

---

<sup>466</sup> Sul punto, C. IASEVOLI, *La nullità nel sistema processuale penale*, cit., 257; ID, *La nullità nel processo partecipato: ovvero legalità e garanzie nell'etica della responsabilità*, cit., 670 ss.

<sup>467</sup> Cfr. E. CIABATTI, sub *Art. 183 c.p.p.*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, cit., 354.

<sup>468</sup> V. C. IASEVOLI, *La nullità nel sistema processuale penale*, loc. ult. cit.

<sup>469</sup> Ove lo scopo dell'atto, ai sensi dell'art. 156 c.p.c., viene in rilievo per ampliare (comma 2), ma anche per restringere (comma 3) il campo delle nullità. Sul punto, *ex multis*, F. AULETTA, *Nullità e "inesistenza" degli atti processuali civili*, Padova, 1999, 80 ss.; R. POLI, *Sulla sanabilità dei vizi degli atti processuali*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, 480. Dalla formulazione della disposizione si ricavano differenti forme di raggiungimento dello scopo, rassegnate in C. PUNZI, *Il processo civile*, cit. 84 ss. Una prima modalità per fattispecie intrinsecamente idonea allo scopo (G. MARTINETTO, sub *artt. 156-162 c.p.c.*, in E. ALLORIO (a cura di), *Commentario del codice di procedura civile*, Torino, 1973, vol. I, 1589). Una seconda forma che riproduce lo schema della sanatoria per fattispecie sussidiaria alternativa (L. MONTESANO, *Questioni attuali su formalismo, antiformalismo e garantismo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990, 4 ss.), all'interno della quale veicolano le ulteriori ipotesi. Segnatamente, l'integrazione del requisito mancante o la rinnovazione spontanea dell'atto nullo ad opera della stessa parte; l'integrazione de requisito mancante ad opera della controparte; l'atto o fatto di un soggetto diverso dalle parti costituite; l'atto o il fatto del giudice; l'esercizio della facoltà a cui l'atto nullo è preordinato; la realizzazione nel processo del risultato pratico a cui è finalizzato.

ambito, trova regolamentazione il potere di parte di attivare la tutela demolitoria. Esso incontra un limite deputato a scongiurare fenomeni abusivi.

L'attribuzione di una aspettativa di rimozione ha senso, invero, se rivolta alla tutela secondaria di situazioni giuridiche vulnerate; fuori dal contesto la garanzia smarrisce la propria funzione. Così, se il titolare facesse valere la nullità, sebbene l'atto invalido abbia, contro ogni prognosi legale, permesso l'esercizio della facoltà a cui era strumentale e il soggetto titolare se ne sia effettivamente avvalso, la tutela apparirebbe invocata in violazione dei canoni di lealtà processuale e, soprattutto, garantirne l'attuazione equivarrebbe a svuotare la garanzia del proprio significato, consentendosi impieghi per meri intenti dilatori e asserviti ad una pura formalità.

Per evitare l'inconveniente, però, non basta la certezza che il vizio sia innocuo, essendo da sola l'assenza del pregiudizio effettivo del tutto irrilevante. Come ogni altra ipotesi di sanatoria, essa è sottratta alla mera valutazione giudiziale e trova aggancio in un comportamento positivo e volontario, successivo rispetto alla realizzazione dell'atto invalido, intrapreso dal titolare dell'aspettativa. Senza tale ulteriore passaggio, il giudice non è autorizzato ad alcuna indagine sull'assenza di lesività concreta<sup>470</sup>.

In conclusione, è sì necessario che l'atto, benché invalido, sia riuscito ad assolvere la sua funzione, rendendo possibile l'esercizio della facoltà altrui. Ma la mera possibilità di esercizio non è sufficiente, richiedendo il legislatore anche l'effettivo avvalimento della situazione ad opera del titolare, che, anziché chiedere la rimozione degli effetti dell'atto, opta per utilizzarli, attuando la propria prerogativa e manifestando con ciò un atteggiamento incompatibile con la tutela – che, pertanto, se intrapresa gli viene negata – offerta dalla presunzione relativa di lesività che ha fondato la predisposizione della nullità.

Con l'art. 183, comma 1, lett. b) c.p.p. il legislatore, in definitiva, ha preso nota della separazione tra il profilo formale e quello sostanziale e ha collocato il correttivo nell'area della disponibilità, ma pur sempre nell'ottica della legalità, riuscendo, per tale via, a contemperare i due versanti.

Aspetti problematici possono risaltare, invece, con riferimento alle nullità parzialmente disponibili. Infatti, per le nullità *tertium genus*, operano entrambi i rimedi congegnati dal legislatore: quello della taratura sostanziale del vizio che affida una lettura

---

<sup>470</sup> *Supra* cap. II.

teleologica della fattispecie tipica al giudice e quello che rimette alla parte interessata la possibilità di correggere l'ulteriore scarto.

In linea di principio, il meccanismo è ben strutturato. Per allineare realtà processuale e dimensione astratta, si delineano valutazioni progressive affidate ad una platea di soggetti diversi che, in base alla loro posizione e al momento in cui il loro giudizio si colloca, possono fornire un apporto migliorativo. La prima, riservata all'organo legislativo, nel momento di ideazione del processo penale, volta a inserire nella fattispecie astratta elementi sostanziali che consentono di prefigurare un sindacato giurisdizionale di stampo teleologico; la seconda, quella del giudice, operante in sede applicativa, deputata a verificare se le disposizioni non rispettate erano serventi, in astratto, rispetto al valore impresso nella forma dal legislatore; la terza, demandata al titolare della situazione giuridica, l'unico soggetto che, in base alla propria strategia, nel momento in cui viene in rilievo l'effettiva esigenza di avvalersi di quelle situazioni, scegliendo di esercitare di fatto la prerogativa nonostante il difetto di conformità, rettifica quell'ulteriore scarto che può residuare e che il giudice, quale organo imparziale e garante dei diritti, non può giammai allineare.

Ciò risulta senz'altro funzionale al rinnovato ruolo delle parti nella prospettiva, tutta accusatoria, dell'autonoma elaborazione delle strategie processuali. Il che, all'evidenza, impone di conferire incidenza, ai fini del giusto processo, anche alle opzioni dei contraddittori; specie dell'imputato, dal momento che il diritto di difesa è soprattutto un diritto di libertà, articolato su una serie di prerogative e poteri, la cui attuazione, per essere veramente efficace, va lasciata alla totale libertà di scelta della parte privata<sup>471</sup>.

Disfunzioni del congegno sorgono dal cattivo uso che sovente se ne è fatto, sfruttando il rapporto di *genus a species* delle nullità intermedie e assolute e del labile confine che separa il vizio parzialmente disponibile da quello indisponibile. Si assiste, nella prassi<sup>472</sup>, sempre più spesso ad un fenomeno di degradazione delle nullità assolute

---

<sup>471</sup> Cfr. G. MARABOTTO, *op. loc. ult. cit.*; E. GIRONI, *Rilievi in tema di nullità relative nel nuovo processo penale, con particolare riguardo alle ordinanze impositive di misure cautelari personali*, cit., 142; C. IASEVOLI, *La nullità nel sistema processuale penale*, cit., 219.

<sup>472</sup> *Ex multis* Cass., Sez. II, 3 ottobre 2000, n. 4897, in *CED cass.*, rv. 217059; Cass., Sez. II, 7 novembre 2005, n. 40231, in *CED cass.*, rv. 232768; Cass., Sez. Un., 20 settembre 1997, Procopio, in *Dir. pen. e proc.*, 1997, 11, 1323; in *Giur. it.*, 1998, 11 con nota di M. NOFRI, *Efficacia immediata della nomina del difensore da parte dell'imputato detenuto*; in *Cass. pen.*, 1998, 45; in *Arch. Nuova proc. pen.*, 1997, 429; in *Foro.it*, 1998, II, 183. Esponenziali dell'indirizzo in esame Cass., Sez. I, 17 dicembre 2014, De Palmas, *inedita*; Cass., Sez. V, 13 dicembre 2013, n. 50581, in *CED cass.* 2013, rv. 257820; Cass., Sez. II, 4

in nullità intermedie, con conseguente applicazione del regime fondato sulla presunzione relativa piuttosto che su quella assoluta, in un sistema ove si percepisce l'insofferenza verso le garanzie formali e che preferisce dischiudere le porte verso forme di acquiescenza fulminante o improprie sanatorie per raggiungimento dello scopo<sup>473</sup>.

Il fenomeno poggia su un binomio interpretativo fatale: nel dettaglio, su un'interpretazione restrittiva, ai limiti della compatibilità con il suo pacifico significato testuale<sup>474</sup>, delle nullità assolute e, al contempo, su di una lettura ampia delle nullità *tertium genus*. Gioco facile, se si considera che l'art. 178 c.p.p. è costruito «intorno a predicati altamente vaghi [che lasciano] all'interprete un'ampia libertà di movimento, non riscontrabile, semmai, nella stessa misura nelle nullità speciali, dove la maggior determinatezza delle disposizioni consente meno manovre interpretative»<sup>475</sup>.

Su tale profilo, da ultimo, è intervenuta la Corte di cassazione, ristabilendo gli equilibri disegnati dal legislatore e preservando la razionalità del sistema legale da forzature che rischiano di frantumare gli argini della tassatività mandando alla deriva la legalità, non solo quella formale, ma anche quella sostanziale e, con essa, le situazioni giuridiche che questa rinnovata accezione di legalità riesce ad incarnare<sup>476</sup>. Segnatamente, la Suprema Corte ha risolto a favore dell'applicazione del regime delle nullità assolute la questione, <sup>477</sup>già oggetto di un precedente intervento delle Sezioni Unite<sup>478</sup>, relativa al

---

settembre 2009, Pellegrino, in *CED cass.*, 2009, rv. 245242; Cass., Sez. II, 3 gennaio 2005, Medile, in *Guida dir.*, 2005, 6, 90;

<sup>473</sup> In proposito R. APRATI, *Nullità*, cit., 393-395.

<sup>474</sup> Si segnala, in proposito, Cass., Sez. Un., 26 marzo 2015, n. 24630, con nota di I. SCORDAMAGLIA, *op. loc. ult. cit.*; M. JELOVICICH, *È assoluto il regime della nullità conseguente all'omesso avviso dell'udienza camerale al difensore di fiducia tempestivamente nominato*, cit.. Con la sentenza richiamata si è chiarito il significato di «suo difensore» e di «presenza».

<sup>475</sup> Così R. APRATI, *Nullità*, cit., 391.

<sup>476</sup> Cfr. Da ultimo v. Cass., Sez. Un., 24 novembre 2016, n. 7697, con nota di I. GUERINI, *Repetita iuvant: le Sezioni Unite si pronunciano (di nuovo) sull'omessa notifica dell'avviso di fissazione dell'udienza preliminare*, cit., pronunciatasi sulla questione di massima importanza sollevata da Cass., Sez. IV, ord. 22 settembre 2016, n. 42004, in *penalecontemporaneo.it*, 21 ottobre 2016, con nota di G. CENTAMORE, *Di nuovo alle Sezioni Unite il quesito concernente il regime di nullità dell'omessa notifica dell'avviso di fissazione dell'udienza preliminare*.

<sup>477</sup> Il contrasto aveva visto contrapposti due diversi orientamenti. Il primo, favorevole alla riconduzione del vizio nell'alveo dell'art. 179 c.p.p. faceva leva sul significato ampio del termine «citazione», tale da far riscontrare una sostanziale omogeneità tra l'avviso di fissazione dell'udienza preliminare e la *vocatio* nel giudizio dibattimentale. Il secondo filone, invece, si appuntava sulla alterità, sul piano strutturale e funzionale, tra le due fasi e tra l'avviso e la citazione, essendo, secondo questo indirizzo, solo quest'ultima deputata a consentire all'imputato la partecipazione attiva ed una difesa compiuta nel momento in cui è in gioco lo scioglimento dell'alternativa decisoria fra innocenza e colpevolezza.

<sup>478</sup> Cass., Sez. Un., 9 luglio 2003, Ferrara, in *CED cass.*, rv. 225361.

regime assoluto o intermedio della nullità che si verifica per omessa notifica dell'avviso di fissazione dell'udienza preliminare.

L'interpretazione teleologica dell'art. 179 c.p.p. ha fornito il destro alle Sezioni Unite per equiparare l'omesso avviso della celebrazione dell'udienza preliminare all'omessa citazione dell'imputato in dibattimento, sulla scorta della omogeneità di funzione dei due atti; entrambi deputati a spiegare incidenza sulla validità della *vocatio in iudicium*. Ed è tale dato sostanziale a contare.

La rilettura delle nullità processuali come elementi "dinamici", che sottendono l'esistenza di relazioni e di situazioni giuridiche, in definitiva, fornisce lo spunto per tentare di superare la crisi in materia di nullità processuali<sup>479</sup>. Tale crisi ha investito il valore stesso della legalità, messo in dubbio dai protagonisti della dialettica, giudice e parti, sempre più estraniati dalla costruzione del *due process of law*: il primo, insofferente rispetto agli ostacoli che si frappongono tra lui e una celere decisione; le seconde, intente a svuotare il significato delle garanzie, piegandole a intenti dilatori e finalista ostruzionistiche.

La delicata opera di «bilanciamento e di coordinamento della molteplicità delle situazioni giuridiche convergenti nel processo penale»<sup>480</sup> non è più questione astratta demandata una volta per tutte al disegno del legislatore; impone, invece, la collaborazione del giudice, al quale è affidata la tutela dei diritti processuali e della legalità, nonché dei "contendenti", in grado di influire sulla legalità del processo, adattandola anche alle proprie concrete esigenze e strategie, attraverso moduli partecipativi predeterminati<sup>481</sup>.

Il fenomeno, a ragione additato come «minimalismo in procedura penale»<sup>482</sup>, improntato alla «economia delle forme»<sup>483</sup>, «potrà anche piacere come forma dell'arte

---

<sup>479</sup> In proposito, E. AMODIO, *Crisi della legalità processuale, filosofia della rassegnazione e autorevolezza dei giuristi*, cit., 433; ID, *L'abuso delle forme degli atti processuali penali*, cit., 559; ID, *Estetica della giustizia penale*, loc. ult. cit.

<sup>480</sup> Cfr. C. IASEVOLI, *La nullità nel processo partecipato: ovvero legalità e garanzie nell'etica della responsabilità*, cit., 671 ss.

<sup>481</sup> V. C. IASEVOLI, *La nullità nel processo partecipato: ovvero legalità e garanzie nell'etica della responsabilità*, loc. ult. cit.

<sup>482</sup> Così, E. AMODIO, *Crisi della legalità processuale, filosofia della rassegnazione e autorevolezza dei giuristi*, cit. 438.

<sup>483</sup> E. AMODIO, *Crisi della legalità processuale, filosofia della rassegnazione e autorevolezza dei giuristi*, loc. ult. cit.

contemporanea, ma non si addice al processo penale che reclama la pienezza di tutela racchiusa»<sup>484</sup> in un sistema di garanzie formali-sostanziali.

---

<sup>484</sup> E. AMODIO, *Crisi della legalità processuale, filosofia della rassegnazione e autorevolezza dei giuristi*, loc. ult. cit.

## BIBLIOGRAFIA

- M. ADORNO, *Sulla rilevabilità d'ufficio della nullità contrattuale: il nuovo intervento delle sezioni unite*, in *Foro it.*, 2015, 862
- M. ALLARA, *Vicende del rapporto giuridico, fattispecie, fatti giuridici*, Torino, 1941
- E. ALLORIO, *Osservazioni critiche sulla sanzione*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, 6 ss.
- E. ALLORIO, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*, in *Problemi di diritto*, Milano, 1957, 27 ss.
- G. ALPA – M. BESSONE, *Oggetti, situazioni soggettive, conformazione dei diritti*, Padova, 1980
- E. AMODIO, *Il processo penale tra disgregazione e recupero del sistema*, in *Ind. pen.*, 2003, 7 ss.
- E. AMODIO, *Ragionevole durata del processo penale, abuse of process e nuove esigenze di tutela dell'imputato. Processo penale diritto europeo e common law. Dal rito inquisitorio al giusto processo*, Milano, 2003, 153 ss.
- E. AMODIO, *Crisi della legalità processuale, filosofia della rassegnazione e autorevolezza dei giuristi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 433 ss.
- E. AMODIO, *Il fascino ingannevole del pregiudizio effettivo (a proposito di abuso del processo)*, in *Cass. pen.*, 2012, 3596 ss.
- E. AMODIO, *L'abuso delle forme degli atti processuali penali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2016, 559 ss.
- E. AMODIO, *Estetica della giustizia penale. Prassi, media, fiction*, Milano, 2016
- V. ANDRIOLI, voce *Preclusione (dir. proc. civ.)*, in *Novissimo Digesto italiano*, XIII, Torino, 1966, 567 ss.
- F. ANGIOINI, *Contenuti e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983
- M. ANSELMINI, *Conoscenza del provvedimento e termini per la richiesta di riesame*, in *Giur. it.*, 2004, II, 363 ss.
- M. ANTINUCCI, *Procedimento probatorio e oralità del processo: mutamento del giudice e diritto alla rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale*, in *Arch. pen.*, 2012, n. 1
- R. APRATI, *Nullità*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, Agg. VII, Torino, 2013, 386 ss.



- R. APRATI, *Il principio di tassatività delle nullità*, in A. MARANDOLA (a cura di), *Le invalidità processuali. Profili statici e dinamici*, Milano, 2015, 71 ss.
- R. APRATI, *Le nullità*, in G. SPANGHER- A. MARANDOLA-G. GARUTI- L. KALB (diretto da) *Trattato di procedura penale*, vol. I, Torino, 2015, 642 ss.
- D. ARRIGO, *Il giudicato « parziale » e le cause estintive del reato*, in *Giur. it.*, 1999, 607 ss.
- A. ATTARDI, voce *Preclusione (principio di)*, in *Enc. dir.*, Agg. I, XXXIV, Milano, 1985, 893 ss.
- A. ATTARDI, *Interesse ad agire*, in *Digesto*, IV ed., *Discipline privatistiche. Sezione civile.*, vol. IX, Torino, 1993, 515 ss.
- F. AULETTA, *Nullità e “inesistenza” degli atti processuali civili*, Padova, 1999
- F. BALDI, *Se muta il giudice, la lettura delle deposizioni già assunte necessita del consenso delle parti*, in *Quot. Giur.*, 2015, n.1/1
- A. BALSAMO, *Il contenuto dei diritti fondamentali*, in R.E. KOSTORIS (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, 2a ed., Milano, 2014, 109 ss.
- A. BARGI, *Controllo di legittimità ed errore di fatto nel giudizio di cassazione*, Padova, 2004
- A. BARGI, *No all'arbitraria valutazione degli elementi in fatto nell'annullamento con rinvio, un primo passo verso il riconoscimento dell'error iuris invalidante il dictum del giudice di legittimità*, in *Giur. it.*, 2005, 1035 ss.
- C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, ed. a cura di R. FABIETTI, Milano, 1973
- A. BELLOCCHI, *L'atto abnorme nel processo penale*, Torino, 2012
- T. BENE, voce *Giudizio immediato*, in *Enc. giur. Treccani*, Agg., Roma, 2002, 5 ss.
- F. BENVENUTI, *Sul concetto di sanzione*, in *Jus*, 1955, 228 ss.
- F. BENVENUTI, *Appunti di diritto amministrativo*, Padova, 1959
- I. BERLIN, *Two concepts of liberty* (1958), trad. it. Santambrogio, Milano, 2000
- C. BETOCCHI, *Il binomio imputato-difensore: garanzie concrete di effettività della difesa e criteri di composizione delle situazioni di conflittualità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1983, 92 ss.
- E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in F. VASSALLI (diretto da) *Trattato di diritto civile italiano*, XV, 2, Torino, 1950, 464 ss.

- E. BETTI, voce *Interesse (teoria generale)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, VIII, Torino, 1962, 839 ss.
- C. BIANCA, *Manuale di diritto civile*, vol. III, *Il contratto*, Milano, 2015
- N. BOBBIO, *Sanzione*, in *Novissimo Dig. it.*, XVI, Torino, 1969, 530 ss.
- N. BOBBIO, *Libertà*, in *Eguaglianza e libertà*, Torino, 1995
- R.T. BONANZINGA, *Abuso del diritto e rimedi esperibili*, in [www.comparazioneDirittocivile.it](http://www.comparazioneDirittocivile.it)
- G. BORSANI- L. CASORATI, *Codice di procedura penale italiano commentato*, Milano, 1878, vol. VI, § 2113, 351-352 e vol. VII, § 2350, 526
- M. BOSCHI, *Prospettive sulla riforma del processo penale sulle nullità*, in *Foro it.*, V, 1976, 243
- M. BOVE, *Rilievo d'ufficio della questione di nullità e oggetto del processo nelle impugnative negoziali*, in *Giur.it.*, 2015, 1387
- R. BRICHETTI, *Il sistema delle nullità degli atti*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 1410 ss..
- F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Novissimo Dig. It*, XIX, Torino, 1974
- G. BRUNETTI, *Norme e regole finali nel diritto*, Torino, 1913
- M. CAIANIELLO, *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nelle invalidità processuali penali*, Bologna, 2012
- M. CAIANIELLO, *Il principio di proporzionalità nel procedimento penale*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3-4, 2014, 143 ss.
- M. CAIANIELLO, *La nuova direttiva UE sull'ordine europeo di indagine penale tra mutuo riconoscimento e ammissione reciproca delle prove*, in *Proc. pen. e giust.*, 2015, 3, 6 ss.
- M. CAIANIELLO, *Dal Terzo Pilastro ai nuovi strumenti: diritti fondamentali, "Road Map" e l'impatto delle nuove Direttive*, in [penalecontemporaneo.it](http://penalecontemporaneo.it), 2015 (4 febbraio 2015)
- P. CALAMANDREI, *Vizi della sentenza e mezzi di gravame*, in *Studi di diritto processuale*, I, Padova, 1930
- A.E. CAMMARATA, *Il significato e la funzione del "fatto" nell'esperienza giuridica*, in *Annali Macerata*, Macerata, 1929, 393 ss.
- A.E. CAMMARATA, *Limiti tra formalismo e dogmatica nelle figure di qualificazione giuridica*, (1936) ora in *Formalismo e sapere giuridico*, Milano, 1963, 52 ss.

- O. CAMPO, *Inammissibilità e improcedibilità. II) Diritto processuale penale*, in *Enc. giur.*, XVI, roma, 1989, 2 ss.
- G. CANZIO- E. MARZADURI-G. SILVESTRI, *Preclusioni processuali e ragionevole durata del processo*, in *Criminalia*, 2008, 241 ss.
- G. CANZIO, *Giudicato "europeo" e giudicato penale italiano dopo la sentenza n. 113/2011 della Corte costituzionale*, in *Riv. ass. it. cost.*, 2/11, 3-4
- A. CAPONE, *Art. 625 bis c.p.p.*, in *Atti processuali penali. Patologie, sanzioni, rimedi*, in G. SPANGHER, (diretto da), Milano, 2013, 3395 ss.
- A. CAPONE, *Gli errori della Cassazione e il diritto al controllo di legittimità*, Padova, 2005
- A. CAPONE, *L'invalidità nel processo penale*, Padova, 2012
- F. CAPRIOLI, *Abuso del diritto e nullità inoffensive*, in *Cass. pen.*, 2012, 2410 ss.
- G. CARCATERRA, *Del potere giuridico*, in P. DI LUCIA (a cura di), *Ontologia sociale, potere deontico e regole costitutive*, Macerata, 2003, 55 ss.
- F. CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile*, I, 122. Padova, 1920
- F. CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, vol. II, Padova, 1938
- F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951
- B.G. CARPINO, *La rescissione del contratto*, Milano, 2000
- A. CARRATTA, *Il fondamento del principio di preclusione*, in L. MARAFIOTI-R. DEL COCO (a cura di), *Il principio di preclusione nel processo penale*, Torino, 2011, 17 ss.
- M. CARTABIA, *La CEDU e l'ordinamento italiano: rapporti tra fonti, rapporti tra giurisdizioni*, in R. BIN-G. BRUNELLI-A. PUGIOTTO-P. VERONESI (a cura di), *All'incrocio tra Costituzione e CEDU. Il rango delle norme della Convenzione e l'efficacia interne delle sentenze di Strasburgo*, Torino, 2007
- C. CARVELLI, *Rescissione del giudicato e reformatio in peius*, in *Dir. pen. e proc.*, 2014, n. 9, 1039 ss.
- S. CASSARINO, *Le situazioni giuridiche e l'oggetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 1956
- E.M. CATALANO, *L'abuso del processo*, Milano, 2004

E.M. CATALANO, *Manipolazioni concettuali della nozione di abuso del processo*, in *Proc. pen. giust.*, 2012, 4, 91 ss.

E. M. CATALANO, *L'abnormità tra crisi della legalità e crisi della Cassazione*, in *Ind. pen.*, 2016, 113 ss.

V. CAVALLARI, *Il diritto dell'imputato al rifiuto della difesa tecnica*, in *Riv. it. dir. proc. e pen.*, 1977, 842 ss.

G. CENTAMORE, *Di nuovo alle Sezioni Unite il quesito concernente il regime di nullità dell'omessa notifica dell'avviso di fissazione dell'udienza preliminare*, in *penalecontemporaneo.it* (21 ottobre 2016)

P. CERAMI, *Aequum iudicium e "giusto processo"*, in P. CERAMI-G. DI CHIARA-M. MICELI, *Profili processualistici dell'esperienza giurica europea. Dall'esperienza romana, all'esperienza moderna*, in *Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo*, vol. XLVI, 2000, 5 ss.

A. CERRI, *Potere e potestà*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1998

S. CHIARLONI, *Etica. Formalismo processuale, abuso del processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 1281 ss.

M. CHIAVARIO, *Inoppugnabilità delle sentenze di Cassazione ed art. 24 Cost.*, in *Giur. cost.*, 1972, 1379 ss.

M. CHIAVARIO, *Appunti sulla problematica dell'"azione" nel processo penale italiano: incertezze, prospettive, limiti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1975, 906 ss.

M. CHIAVARIO, *Dichiarazioni a carico e contraddittorio tra l'intervento della Consulta e i progetti di riforma costituzionale*, in *Legisl. pen.*, 1998, 4, 949 ss.

M. CHIAVARIO, *Giudicato e processo «iniquo»: la Corte si pronuncia, ma non è la parola definitiva*, in *Giur. Cost.*, 2008, 1522 ss.

S. CHIMICI, *Art. 625-ter. La rescissione del giudicato*, in C. CONTI-A. MARANDOLA-G. VARRASO, (a cura di), *Le nuove norme sulla giustizia penale*, Padova, 2014, 321 ss.

D. CHINNICI, *Brevi note in tema di "giudicio progressivo"*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2000, 235 ss.

G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1923

G. CHIOVENDA, *Cosa giudicata e preclusione*, ora in *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*, III, Milano, 1993

E. CIABATTI, *sub Art. 183 c.p.p.*, in M. CHIAVARIO (coordinato da) *Commento al nuovo codice di procedura penale*, I agg., Milanofiori Assago, 1993, 354 ss.

- G. CODACCI PISANELLI, *Invalidità come sanzione di norme non giuridiche*, Milano, 1940
- L.P. COMOGLIO - G. ZAGREBELSKY, *Processo accusatorio e deontologia dei comportamenti nella prospettiva comparatistica*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1993, 435 ss.
- G. CONSO, *I fatti giuridici processuali penali*, Milano, 1955
- G. CONSO, *Il concetto e le specie di invalidità. Introduzione alla teoria dei vizi degli atti processuali penali*, Milano, 1955
- G. CONSO, *La sanatoria delle nullità assolute nell'odierno processo penale*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1956, 550 ss.
- G. CONSO, *Questioni nuove di procedura penale*, Milano, 1959
- G. CONSO, *Capacità processuale penale*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, 137 ss.
- G. CONSO, *Rimeditare le nullità*, in *Giust. pen.*, 1976, fasc. spec. *In memoria di Giuseppe Sabatini*, 153 ss.
- C. CONTI, *Le due "anime" del contraddittorio nel nuovo art. 111 Cost.*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, 198
- C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, Padova, 2007
- C. CONTI, *Nullità e inutilizzabilità: problemi attuali e prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2008, 1657 ss.
- F. CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, Torino, 1956
- F. CORDERO, *Nullità, sanatorie, vizi innocui*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1961, 704 ss.
- F. CORDERO, *Chi abusa del processo*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 1421 ss.
- F. CORDERO, *Procedura penale*, ed. VIII, Milano, 2006
- P. CORSO, *La difesa tecnica "nel processo" e "dal processo"*, *Studi Parmensi*, 2002
- M.R. DAMASKA, *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo*, Bologna, 1991
- M. DANIELE, *Regole di esclusione e regole di valutazione*, Torino, 2009
- M. DANIELE, *La metamorfosi del diritto delle prove nella direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, in *Dir. pen. cont.* 4/2015

- R. DEL COCO, *La preclusione*, in A. MARANDOLA (a cura di), *Le invalidità processuali. Profili statici e dinamici*, Milano, 2015, 410 ss.
- R. DEL COCO, *Ordine europeo d'indagine e poteri sanzionatori del giudice*, in *penalecontemporaneo.it*, 2015, (21 dicembre 2015)
- A.A. DALIA- R. NORMANDO, *Nullità degli atti processuali. II) Diritto processuale penale*, *Enc. giur.*, XXI, Roma, 1990, 12 ss.
- V. DENTI, *Note sui vizi dell avolontà negli atti processuali civili*, Pavia, 1959
- L. DE MATTEIS, *Tra Convenzione europea dei diritti dell'uomo e Costituzione: la Corte costituzionale in tema di revisione a seguito di condanna da parte della Corte di Strasburgo*, in *Cass. pen.*, 2008, 3994 ss.
- F. DI CIOMMO, *La rilevabilità d'ufficio ex art. 1421 c.c. secondo le sezioni unite: la nullità presa (quasi) sul serio*, in *Foro it.*, 2015, I, 922 ss.
- A. DIDI, *Novità in materia di impugnazioni e di restitutio in integrum*, in D. VIGONI (a cura di), *Il giudizio in assenza dell'imputato*, Torino, 2014, 209
- F.R. DINACCI, *Gli ambiti decisori del giudizio di rinvio*, in A. GAITO (a cura di), *Le impugnazioni penali*, II, Torino, 1998, 720 ss.
- F.R. DINACCI, *L'inutilizzabilità*, in A. GAITO (a cura di), *La prova penale*, vol. III, *La valutazione della prova*, Torino, 2008, 184
- F.R. DINACCI, *Giurisdizione penale e giusto processo verso nuovi equilibri*, Padova, 2003, 314
- F.R. DINACCI, *Vecchio e nuovo nei limiti di rilevazione delle invalidità nel giudizio di rinvio: verso letture rispettose della legalità processuale*, in A. MARANDOLA (a cura di), *Le invalidità processuali. Profili statici e dinamici*, Milano, 2015, 673 ss.
- G. DI PAOLO, *La sanatoria delle nullità nel processo penale*, Padova, 2012
- G. DI PAOLO, *Nullità processuali e sanatoria, tra tassatività e tendenze antiformalistiche*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2014, I, 246 ss.
- B. DE GIOVANNI, *La nullità nella logica del diritto*, Napoli, 1964
- G. DE LUCA, voce *Giudicato (dir. proc. pen.)*, in *Enc. giur.*, XV, Roma, 1988, 4 ss.
- A. DE MARSICO, *Lezioni di diritto processuale penale*, Napoli, 1952, 28
- O. DOMINIONI, sub *Art. 33 c.p.p.*, in E. AMODIO – O. DOMINIONI (diretto da), *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, Milano, 1989, 216 ss.

- O. DOMINIONI, sub Art. 177 c.p.p., in E. AMODIO-O. DOMINIONI (diretto da) *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, vol. II, Milano, 1990, 257 ss.
- O. DOMINIONI, sub Art. 179 c.p.p., in E. AMODIO – O. DOMINIONI (diretto da), *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, vol. II, Milano, 1990, 283 ss.
- A. DONDI, *Abuso del processo (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir., Annali*, III, Milano, 2010, 1 ss.
- G.L. FANULI, *Le nullità nel processo penale*, Milano, 2013, XXIII
- A. FEDELE, *La invalidità del negozio giuridico di diritto privato*, Torino, 1943
- L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione, teoria del garantismo penale*, X ed., Roma- Bari, 1989
- L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. I, Roma-Bari, 2007
- L. FERRAJOLI, *Il paradigma garantista, Filosofia e critica del diritto penale*, (a cura di), D. IPPOLITO – S. SPINA, Napoli, 2014
- G. FERRI, *Istituzioni di diritto privato*, Pisa, 1946
- P. FERRUA, *La difesa nel processo penale*, Torino, 1988
- P. FERRUA, voce *Difesa (diritto di)*, in *Dig. pen.*, Torino, 1989, vol III, 466 ss.
- P. FERRUA, *Il processo penale dopo la riforma dell'art. 111 della Costituzione*, in *Quest. giust.*, 2000, 49 ss.
- P. FERRUA, *La regola d'oro del processo accusatorio: l'irrilevanza probatoria delle contestazioni*, in R.E. KOSTORIS, *Il giusto processo, tra contraddittorio e diritto al silenzio*, 2002, 8 ss.
- P. FERRUA, *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, in P. FERRUA – F.M. GRIFANTINI – G. ILLUMINATI – R. ORLANDI, *La prova nel dibattimento penale*, IV ed., Torino, 2010, 370 ss.
- P. FERRUA, *Il giusto processo*, Bologna, 2012
- C. FIORE, *Reato impossibile*, Napoli, 1959
- G. FIORELLI, *La prova nel regime delle nuove contestazioni*, in in L. MARAFIOTI – G. PAOLOZZI, *“Incontri ravvicinati” con la prova penale*, , Torino, 2014, 181 ss.
- E. FLORIAN, *Appunti sulle nullità degli atti giuridici processuali penali*, in *Studi di diritto processuale in onore di Giuseppe Chiovenda nel venticinquesimo anno del suo insegnamento*, 1927, Padova, 439 ss.

- E. FLORIAN, *Pensieri sul progetto di codice di procedura penale*, in *Scuola positiva*, 1929, n. 1, 341 ss.
- E. FLORIAN, *Principii di diritto processuale penale*, Torino, 1932
- R. FORNASARI, *Il rilievo officioso della nullità: un presidio a tutela dell'interesse generale dell'ordinamento*, in *Danno e responsabilità*, 2015, 592
- G. FOSCHINI, *La giustizia sotto l'albero e i diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1963, 300 ss.
- G. FOSCHINI, *Il procedimento direttissimo inammissibile*, in *Arch. pen.*, 1947, II, 463
- M. FRANZONI, *Della nullità del contratto*, in A. SCIALOJA – G. BRANCA (a cura di), *Comm. cod. civ.*, Bologna-Roma, 1998, 182 ss.
- V. FROSINI, *Situazione giuridica*, in *Novissimo Dig. It.*, vol. XVII, II, Torino, 1970, 468 ss.
- A. FURGIUELE, *Concetto e limiti dell'acquiescenza nel processo penale*, Napoli, 1998
- A. GAITO, *Il giudizio direttissimo*, in A. GAITO (a cura di), *Giudizi semplificati*, Padova, 1989, 345 ss.
- A. GAITO, *La neutralità del giudice tra cadute di legalità e ipotesi di tentata giustizia*, in G. CERQUETTI – C. FIORIO (a cura di), *Sanzioni e protagonisti del processo penale*, Padova, 2004, 109 ss.
- A. GAITO, *La legalità del giudice tra cadute di legalità e ipotesi di tentata giustizia*, in G. CERQUETTI – C. FIORIO, *Sanzioni e protagonisti del processo penale*, Padova, 2004, 109
- N. GALANTINI, *Il divieto di doppio processo come diritto della persona*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1981, 97 ss.
- N. GALANTINI, *Inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Padova, 1992
- N. GALANTINI, *Vizi degli atti processuali penali*, in *Dig. pen.*, XV, Torino, 1999, 340 ss.
- A. GALATI, *Il comportamento delle parti nel regime delle nullità processuali*, Milano, 1970
- A. GALATI, voce *Nullità*, in *Enc. Dir.* XXVIII, Milano, 1978, 915 ss.
- A. GALATI, *Gli atti*, in D. SIRACUSANO-A. GALATI- G. TRANCHINA- E. ZAPPALÀ, *Diritto processuale penale*, I, Milano, 2011, 288 ss.
- M. GALLO, voce *Dolo* (dir. pen.), in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, 786 ss.



- M. GALLO, *Appuntidi diritto penale*, vol. II, Torino, 2000
- A. GAMBARO, *Abuso del diritto: II) diritto comparato e straniero*, in *Enc. giur. Treccani*, I, Roma, 1988
- F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, XVII ed., Napoli, 2015
- G. GAVAZZI, *Sanzione (Teoria generale)*, vol. XXVIII, in *Enc. giur.*, Roma, 1992, 1 ss.
- G. GAVAZZI, *L'onere*, in *Studi di teoria del diritto*, Torino, 1993, parte III
- A. GENTILI, *Le invalidità*, in GABRIELLI (a cura di), *I contratti in generale*, Torino, 1999, 1289 ss.
- A. GENTILI, *L'abuso del diritto come argomento*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2012, 297 ss.
- M. GIALUZ, *Il ricorso straordinario per cassazione*, in G. UBERTIS- G.P. VOENA (diretto da) *Trattato di procedura penale*, XXXIX.2, Milano, 2005, 186 ss.
- M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione: concetto e problemi*, Milano, 1939
- A. GIARDA, *La lealtà nell'esercizio della difesa penale*, in *Corr. merito*, 2005, 919 ss.
- E. GIRONI, *Rilievi in tema di nullità relative nel nuovo processo penale, con particolare riguardo alle ordinanze impositive di misure cautelari personali*, in *For. It.*, 1992, II, 142 ss.
- V. GREVI, *Garanzie soggettive e garanzie oggettive nel processo penale secondo il progetto di revisione costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 727 ss.
- V. GREVI, *Presunzione di non colpevolezza, garanzie dell'imputato ed efficienza del processo nel sistema costituzionale*, in *Presunzione di non colpevolezza e disciplina delle impugnazioni*, (Atti del Convegno, Foggia-Mattinata, 25-27 settembre 1998), Milano, 2000, 48 ss.
- F.M. GRIFANTINI, *Inutilizzabilità*, in *Dig. pen.*, vol. VII, Torino, 1993, 243 ss.
- F.M. GRIFANTINI, sub art. 191, in G. CONSO – V. GREVI (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura penale*, Padova, 2005, 341 ss.
- F. GRISPIGNI, *Diritto processuale penale*, I, Roma, 1945
- P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2001
- G. GUARINO, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, in *Rass. Dir. pubbl.*, 1949, 238 ss.

- I. GUERINI, *Repetita iuvant: le Sezioni Unite si pronunciano (di nuovo) sull'omessa notifica dell'avviso di fissazione dell'udienza preliminare*, in *penalecontemporaneo.it* (3 aprile 2017)
- A. GUISSANI, *Appunti dalla lezione sul giudicato delle Sezioni Unite*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 1560
- H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, trad. it a cura di Treves, Torino, 1942, 40
- E. JANNELLI, *La definizione costituzionale del giudicato penale: conseguenze sull'ammissibilità del c.d. giudicato parziale ovvero progressivo*, in *Cass. pen.*, 1996, 129 ss.
- M. JELOVCICH, *Alle Sezioni Unite una questione in tema di invalidità conseguente all'omesso avviso dell'udienza di trattazione del procedimento camerale al difensore di fiducia dell'imputato*, in *penalecontemporaneo.it* (9 febbraio 2015)
- M. JELOVCICH, *È assoluto il regime della nullità conseguente all'omesso avviso dell'udienza camerale al difensore di fiducia tempestivamente nominato*, *penalecontemporaneo.it*, (30 giugno 2015)
- D. IACOBACCI, *Il giudicato "progressivo" e le forme di manifestazione del giudicato "parziale"*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2011, 75 ss.
- F.M. IACOVIELLO, *Il quarto grado di giurisdizione: la Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, 2011, 794 ss.
- F.M. IACOVIELLO, *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, Milano, 2013
- A.M. IADECOLA, *Cassazione della sentenza penale e giudizio di rinvio*, in *Giur. merito*, 2003, 2585 ss.
- L. IAFISCO, *Il regime delle invalidità degli atti nel giudizio abbreviato: questioni vecchie e nuove prospettive dopo la legge n. 479 del 1999*, in *Giur.it.*, 2001, 116
- C. IASEVOLI, *La nullità nel sistema processuale penale*, Padova, 2008, 201 ss.
- C. IASEVOLI, *La nullità nel processo partecipato: ovvero legalità e garanzie nell'etica della responsabilità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2011, 664; (inserire da qualche parte iasevoli in marandola nuovo);
- C. IASEVOLI, *Le patologie processuali nei riti alternativi*, A. MARANDOLA (a cura di), *Le invalidità processuali. Profili statici e dinamici*, 493 ss.
- G. ILLUMINATI, *Abuso del processo, legalità processuale e pregiudizio effettivo*, in *Cass. pen.*, 2012, 3593 ss.

- R.E. KOSTORIS, *Verso un processo penale non più statocentrico*, in A. BALSAMO- R.E. KOSTORIS *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, Torino, 2008, 3 ss.
- R.E. KOSTORIS, *La revisione del giudicato iniquo e i rapporti tra violazioni convenzionali e regole interne*, in *Leg. pen.*, 2011, 478 ss.
- R.E. KOSTORIS, *Diritto europeo e giustizia penale*, in R.E. KOSTORIS (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, II ed., Milano, 2014, 59 ss.
- P. LAGHEZZA, *Declaratoria ufficiosa della nullità del contratto e Sezioni Unite 2.0: il giudicato implicito*, in *Giusto proc. civ.*, 2015, 137 ss.
- L. LOMBARDO, *Il controllo del giudice sull'imputazione e i poteri del pubblico ministero*, in *Giur. merito*, 2009, 10, 2618 ss.
- A. LENER, *Potere (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano 1985, 610 ss.
- G. LEONE, *Lineamenti di diritto processuale penale*, Napoli, 1956
- G. LEONE, *Azione penale*, in *Enc. dir.*, vol. IV, Milano, 1959, 856 ss.
- G. LEO, *L'abuso del processo nella giurisprudenza di legittimità*, in *Dir. pen.proc.*, 2008, 508 ss.
- A. LEVI, *Teoria generale del diritto*, Padova, 1967
- G. LOZZI, *Sui tentativi giurisprudenziali di ampliare le possibilità di sanatoria delle nullità assolute*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1961, 897 ss.
- G. LOZZI, *Favor rei*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, 26 ss.
- G. LOZZI, voce *Preclusioni (dir.pen.proc.)*, in *Enc. giur.*, XXVI, Roma, 1989, 6 ss.
- G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, XI ed, Torino, 2016
- L. LUCCHINI, *Elementi di procedura penale*, Firenze, 1908
- L. LUPÁRIA, *La maschera e il volto della preclusione nei delicati equilibri del rito penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 135 ss.
- V. MAFFEO, *I vizi dell'azione tra nullità e inammissibilità*, in *Cass. pen.*, 1997, 239 ss.
- C. MANDRIOLI, *Appunti sulla sanzione e sua attuazione giurisdizionale*, in *Jus*, 1956, 86 ss.
- C. MANDRIOLI, *Svolgimenti sulla sanzione*, in *Jus*, 1956, 13, nota 54.;
- F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2007, 181 ss.;

- V. MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale*, vol. I, II, III, VI ed., (a cura di), G. CONSO, Torino, 1968, 543. (controllare anno)
- G. MARABOTTO, *Nullità nel processo penale*, in *Dig. pen.*, vol. VIII, Torino, 1994, 268;
- L. MARAFIOTI, *Scelte autodifensive dell'indagato e alternative al silenzio*, Torino, 2000
- L. MARAFIOTI, "Prova negoziata" e contraddittorio, in *Cass. pen.*, 2002, 2937 ss.
- L. MARAFIOTI, *Selezione dei ricorsi penali e verifica d'inammissibilità*, Torino, 2004
- L. MARAFIOTI, *Le scelte dell'accusa: 'orgoglio' e 'pregiudizio'*, in P. MARCHETTI (a cura di), *Atti del Convegno di Teramo, 4 maggio 2006 "Inchiesta penale e pregiudizio: una riflessione interdisciplinare"*, Napoli, 2007, 1 ss.
- L. MARAFIOTI, *Imputazione e rapporti tra P.M. e G.I.P. secondo le Sezioni Unite: un abuso di disinvoltura"?*, in *Giust. Pen.*, 2008, 456 ss.
- L. MARAFIOTI, *Il controllo selettivo di legittimità in Cassazione verso nuovi equilibri*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 88 ss.
- L. MARAFIOTI – R. DEL COCO, *Il principio di preclusione nel processo penale*, Torino, 2011
- A. MARANDOLA, *La patologia dell'atto processuale: indirizzi sostanziali vs legalità formale*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 1054 ss.
- A. MARANDOLA, *Il modello nazionale tra vecchio e nuovo sistema processuale*, in A. MARANDOLA (a cura di), *Le invalidità degli atti processuali. Profili statici e dinamici*, Torino, 2015, 5 ss.
- G. MARTINETTO, sub *artt. 156-162 c.p.c.*, in E. ALLORIO (a cura di), *Commentario del codice di procedura civile*, Torino, 1973, vol. I, 1589 ss.
- M.C. MARZO, *Le nullità tra vivacità difensiva e abuso del processo*; in *Dir. pen e proc.*, 2012, 146 ss.
- C. MASSA, *Il principio dispositivo nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1961, 373 ss.
- O. MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, in G. UBERTIS - G. P. VOENA (a cura di), *Trattato di procedura penale*, VII, Milano, 2004, 10 ss.
- S. MENCHINI, *Le Sezioni Unite fanno chiarezza sull'oggetto dei giudizi di impugnativa negoziale: esso è rappresentato dal rapporto giuridico scaturito dal contratto*, in *Foro it.*, 2015, I, 931 ss.

- S. MESSINA, *Sull'utilità della nozione di "fattispecie" nel diritto processuale penale*, in *Scritti giuridici in onore di Vincenzo Manzini*, Padova, 1954
- F. MESSINEO, *Annulabilità e annullamento*, a) *Diritto privato*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, 659 ss.
- D. MESSINETTI, *Abuso del diritto*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento, II, Milano, 1998, 1 ss.
- G. MIELE, *Principidi diritto amministrativo*, I, Padova, 1953
- L. MONTESANO, *Questioni attuali su formalismo, antiformalismo e garantismo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990, 4 ss.
- P. MOSCARINI, *Esigenze antiformalistiche e conseguimento dello scopo nel processo penale italiano*, Milano, 1988
- G. NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, Milano, 1965
- G. NEPPI MODONA, voce *Reato impossibile*, in *Noviss. Dig. it.*, XIV, Torino, 1967, 974 ss.
- F.M. NICOSIA, *Potere ed eccesso di potere nell'attività amministrativa non discrezionale*, Napoli, 1991
- M. NOBILI, sub *art. 25 Cost.*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, I ed., Bologna, 1981, 151 ss.
- M. NOBILI, *Il nuovo "diritto delle prove" e un rinnovato concetto di prova*, in *Leg. pen.*, 1989, 397 ss.
- M. NOBILI, *La nuova procedura. Lezione agli studenti*, Bologna, 1989
- M. NOBILI, *Concetto di prova e regime di utilizzazione degli atti nel nuovo codice di procedura penale*, in *Foro it.*, 1989, 275 ss.
- M. NOBILI, *Divieti probatori e sanzioni*, in *Giust. pen.* 1991, III, 642 ss.
- M. NOBILI, *Principio di legalità e processo penale*, in *Riv. it. proc. pen.*, 1995, 657 ss.
- M. NOFRI, *Efficacia immediata della nomina del difensore da parte dell'imputato detenuto*, in *Cass. pen.*, 1998, 45 ss.
- P. NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, Padova, 1982
- F. NUZZO, *I limiti oggettivi dell'appello incidentale*, in *Cass. pen.*, 2007, 2313 ss.
- R. ORIANI, voce *Nullità degli atti processuali (dir. proc. civ.)*, in *Enc. giur.*, XXI, Roma, 1990, 3 ss.

- M. ORLANDI, *Contro l'abuso del diritto (in margine a Cass. 18.9.2009, n. 20106)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 2010, 129 ss.
- 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*, IV ed., Torino, 2010, 397 ss.
- R. ORLANDI, *Principio di preclusione e processo penale*, in *Proc. pen. e giust.*, 2011, 5, 1 ss.
- R. ORLANDI, *Abuso del diritto o diritto all'abuso?*, in *Cass. pen.*, 2012, 3599 ss.
- T. PADOVANI, *A.D.R. sul c.d. abuso del processo*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 3610 ss.
- F.M. PAGANO, *Considerazioni sul processo criminale. Storia dell'avvocatura italiana*, VI, Milano
- S. PAGLIANTINI, *Nullità di protezione e facoltà di non avvalersi della dichiarabilità: "quid iuris"?*, in *Foro. it.*, 2015, I, 928 ss.
- F. PALAZZO, *L'abuso del processo e i suoi rimedi tra legalità processuale e legalità sostanziale*, in *Cass. pen.*, 2012, 3609 ss.
- A. PALMIERI-R. PARDOLESI, *Nullità negoziale e rilevazione officiosa a tutto campo (o quasi)*, in *Foro it.*, 2015, 3, 916 ss.
- R. PANNAIN, *Le sanzioni processuali penali*, Napoli, 1933
- G. PAOLOZZI, *Difesa e "autodifesa"*, in *Notiziario dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Roma*, 1978, n. 4, 61 ss.
- S. PAREZZAN, *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*, in L. MARAFIOTI – G. PAOLOZZI, *"Incontri ravvicinati" con la prova penale*, Torino, 2014, 211 ss.
- S. PAREZZAN – M. PITTIRUTI, *Vizi e sanzioni in materia di prova*, in L. MARAFIOTI – G. PAOLOZZI, *"Incontri ravvicinati" con la prova penale*, Torino, 2014, 243 ss.
- S. PATANÉ, *Nuovi orientamenti sulla capacità del giudice*, in *Giust. pen.*, 1997, 452 ss.
- S. PATTI, *Abuso del diritto*, in *Dig. civ.*, I, Torino, 1987, 2 ss.
- P.P. PAULESU, *Sui limiti di applicabilità dell'art. 152 c.p.p. 1930 nel giudizio di rinvio conseguente all'annullamento parziale*, in *Giur. it.*, 1994, 469 ss.
- P.P. PAULESU, *"Effettivo pregiudizio" e nullità degli atti processuali*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 882 ss.

- T. PERASSI, *Introduzione alle scienze giuridiche*, Padova, 1922, rist. 1967
- C. PEYRON, *Sulla necessità assoluta dei procedimenti instaurati con rito diverso da quello consentito*, in *Scuola positiva*, 1966, 98 ss.
- C. PEYRON, *Invalidità. d) Diritto processuale penale*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, 618
- M. PIERDONATI, *Formazione “progressiva” del giudicato penale e preclusioni nel giudizio di rinvio*, in L. MARAFIOTI-R. DEL COCO, *Il principio di preclusione nel processo penale*, Torino, 2011, 89 ss.
- G. PIERRO, *Una nuova specie d'invalidità: l'inutilizzabilità degli atti processuali penali*, Napoli, 1992
- G. PINO, *L'abuso del diritto tra teoria e dogmatica (precauzioni per l'uso)*, in G. MANIACI (a cura di), *Eguaglianza, ragionevolezza e logica giuridica*, Milano, 2006, 115 ss.
- A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, II, Milano 1962
- R. POLI, *Sulla sanabilità dei vizi degli atti processuali*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, 480 ss.
- P. POLLASTRO, *Fenomenologia delle regole costitutive*, in *Mat. St. cult. Giur.*, 1983, 233, 251 ss.
- O. POLLICINO, *I rapporti tra Corti in uno scenario ancora più complesso e articolato dopo Lisbona*, in [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it), 2010
- A. PRESUTTI, *Legalità e discrezionalità nella disciplina delle nullità processuali penali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1976, 1191 ss.
- A. PRESUTTI, *La declaratoria delle nullità nel regime delle impugnazioni penali*, Milano, 1982
- A. PRESUTTI, *Autodifesa giudiziaria*, in *Enc. dir.*, agg., vol. I, Milano, 1997, 234 ss.
- M. PROSPERETTI, *Contributo alla teoria dell'annullabilità*, Milano, 1972
- A. PROTO PISANI, *Rilevabilità d'ufficio della nullità contrattuale: una decisione storica delle Sezioni Unite*, in *Foro it.*, 2015, I, 944.
- S. PUGLIATTI, voce *Autoresponsabilità*, in *Enc. giur.*, IV, Milano, 1959, 463 ss.
- D. PULITANÒ, *Paradossi della legalità fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, in *Dir. pen. cont.*, 2, 2015, 1 ss.

- D. PULITANÒ, *DDL n. 2067: sulle proposte di modifica al codice di procedura penale*, in *Giur. pen. web*, 2017
- C. PUNZI, *Il processo civile. Sistema e problematiche*, vol. I, Torino, 2010
- S. QUATTROCOLO, *Il contumace cede la scena processuale all'assente, mentre l'irreperibile l'abbandona. Riflessioni a prima lettura sulla nuova disciplina del procedimento senza imputato*, in *penalecontemporaneo.it* (30 aprile 2014)
- T. RAFARACI, *Nullità (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir., Agg.*, II, Milano, 1998, 597 ss.
- A. RAVÀ, *Il diritto come norma tecnica*, in *ID, Diritto e stato nella morale idealistica*, Padova, 1950, 3 ss.
- N. RECCHIA, *Il principio europeo del ne bis in idem tra dimensione interna e internazionale*, in *Dir. pen. cont.*, 3, 2015, 71 ss.
- P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv.dir. civ.*, I, 1965, 203 ss.
- G. RICCIO, *La volontà delle parti nel processo penale*, Napoli, 1967
- G. RICCIO, *Ideologie e modelli del processo penale*, Napoli, 1995
- G. RICCIO, *La procedura penale. Tra storia e politica*, Napoli, 2010
- S. RICCIO, *La preclusione processuale penale*, Milano, 1951
- N. RIZZO, *Il rilievo d'ufficio della nullità preso sul serio*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2015, 299
- S. ROMANO, *Poteri. Potestà*, in *ID, Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, 172 ss.
- S. ROMANO, *Abuso del diritto*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 168 ss.
- M. ROTONDI, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1923, 105 ss.
- 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*, in *Leg. pen.* 2011, 486 ss.
- C. RUSSO, *Brevi riflessioni sulla preclusione per consumazione nel processo penale*, in *Giust. pen.*, 2011, 111 ss.
- G. SABATINI, *Il principio di conversione nelle impugnazioni plurime*, in *Giust. pen.*, III, 1952, 389 ss.



- F. SALUTO, *Commenti al codice di procedura penale per il Regno d'Italia*, vol. VIII, Torino, 1884, 156 ss.
- C. SALVI, *Abuso del diritto. I) Diritto civile* in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, 5 ss.
- A.A. SAMMARCO, *Il ricorso straordinario per errore materiale o di fatto e la rescissione del giudicato*, in G. SPANGHER (a cura di), *Procedura penale*, Vol. IV, 2015, Milanofiori Assago, 406 ss.
- A.M. SANDULLI, *Considerazioni sul concetto di invalidità degli atti giuridici*, in *Stato e dir.*, 1941, 403 ss.
- A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, XV ed., Napoli, 1989
- C. SANTORIELLO, *La legalità della prova*, in F.R. DINACCI (a cura di), *Processo penale e Costituzione*, Milano, 2010, 411 ss.
- F. SANTORO PASSERELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1957
- R. SACCO, *Il diritto soggettivo*, in R. SACCO (diretto da), *Trattato di diritto civile*, 2001, 326 ss.
- S. SATTA, *Soliloqui e colloqui di un giurista*, Padova, 1968
- M. SCAPARONE, *Evoluzione e involuzione del diritto di difesa*, Milano, 1980
- A. SCELLA, *L'inutilizzabilità della prova nel sistema del processo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 214 ss.
- R. SCOGNAMIGLIO, *"Fatto giuridico e fattispecie complessa"*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1954, 331 ss.
- I. SCORDAMAGLIA, *È generale ed assoluta la nullità derivante dal mancato intervento al procedimento partecipato in camera di consiglio del difensore di fiducia erroneamente pretermesso. Le Sezioni Unite impartiscono una lezione di garantismo penale!*, in *Giust. pen.*, III, 2015, 476 ss.
- P. SECHI, *Nullità assolute e durata ragionevole dei processi: prassi applicative e riflessioni de iure condendo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 250 ss.
- G. SILVESTRI, *Le preclusioni nel processo penale*, in *Arch. pen.*, 2011, 555 ss.
- M. SINISCALCO, *La struttura del delitto tentato*, Milano, 1959
- P. SPAGNOLO, *Il modello europeo delle garanzie minime e il regime delle invalidità: un binomio conciliabile?*, in A. MARANDOLA (a cura di), *Le invalidità processuali. Profili statici e dinamici*, Torino, 2015, 17 ss.

- L. SCOMPARIN, sub Art. 627, in G. CONSO – G. ILLUMINATI (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura penale*, Padova, 2014, 2162 ss.
- G. SPANGHER, Bis in idem *delle Sezioni Unite sui limiti di applicabilità dell'art. 152 c.p.p. 1930 nel giudizio di rinvio con annullamento parziale*, in *Cass. pen.*, 1993, 2505 ss.
- G. SPANGHER, *DDL n. 2067: sulle proposte di modifica al codice di procedura penale*, in *Giur. pen. web*, 2017
- F. STELLA, *La teoria del bene giuridico e i c.d. fatti inoffensivi conformi al tipo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1973, 3 ss.
- A. STOPPATO, *Relazione definitiva del Codice. I. Relazione al Re del Ministro Guardasigilli (Finocchiaro-Aprile)*, in L. MORTARA – A. STOPPATO (a cura di), *Commento al Codice di procedura penale*, Torino, 1914, n. 53, 244 ss.
- A. STOPPATO, *Commento al codice di procedura penale*, IV, 1918, Torino, 754 ss.
- O.T. SCOZZAFAVA, *Onere (nozione)*, in *Enc. dir.*, vol. XXX, Milano, 1980, 99 ss.
- M. TARUFFO, voce *Preclusioni (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, Agg. I, Milano, 1997, 791 ss.
- M. TARUFFO, *L'abuso del processo: profili generali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, I, 2012, 117 ss.
- R. TOMMASINI, *Nullità (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 873 ss.
- R. TOMMASINI, *Annullabilità e annullamento (dir. priv.)*, in *Enc. giur.*, I, Roma, 1988, 11 ss.
- R. TOMMASINI, *La patologia dei contratti*, in AA. VV., *Lezioni di diritto civile*, Napoli, 1990, 185 ss.
- P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, XV ed., Milano, 2014
- P. TROISI, *La nozione giurisprudenziale di litispendenza penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 729 ss.
- G. UBERTIS, *Art. 124 c.p.p.*, in E. AMODIO – O. DOMINIONI (diretto da), *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, Milano, 1989, 71 ss.
- G. UBERTIS, *La conoscenza del fatto nel processo penale*, Milano, 1992
- G. UBERTIS, *Sisifo e Penelope. Il nuovo codice di procedura penale dal progetto preliminare alla ricostruzione del sistema*, Torino, 1993, 50 ss.
- G. UBERTIS, *Prova e contraddittorio*, in *Cass. pen.*, 2002, 1182 ss.

- G. UBERTIS, *Diritti umani e mito del giudicato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2012, 787 ss.
- R. VANNI, *Giudicato progressivo e limiti di applicabilità dell'art. 129 c.p.p. nel giudizio di rinvio*, in *Giur. it.*, 1997, 780 ss.
- G. VASSALLI, *La potestà punitiva*, Torino, 1942
- G. VERDE, *L'abuso del diritto e l'abuso del processo (dopo la lettura del recente libro di Tropea)*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 1085 ss.
- F. VERGINE, *Obbligo di reiterazione dell'eccezione di nullità a regime intermedio e lealtà processuale*, in *Cass. pen.*, 2014, 2554 ss.
- F. VIGANÒ, *L'adeguamento del sistema penale italiano al "diritto europeo" tra giurisdizione ordinaria e costituzionale. Piccolo vademecum per giudici e avvocati penalisti*, in *Dir. pen. cont.*, 2, 2014, 1 ss.
- G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993
- M. VILLANI, *La Corte ribadisce i rapporti tra legalità costituzionale, legalità sostanziale e legalità processuale*, in *Giur. cost.*, 2009, 4832 ss.
- A. VITALE, *Nullità assoluta e inutilizzabilità delle prove nel "nuovo" giudizio abbreviato*, in *Cass. pen.*, 2001, 2033
- G.P. VOENA, *Difesa III) Difesa penale*, in *Enc. giur.*, vol. X, Roma, 1988, 12 ss.
- G.P. VOENA, *Atti*, in G. CONSO- V. GREVI (a cura di), *Compendio di procedura penale*, Padova, 2010, 270 ss.
- G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge diritti e giustizia*, Torino, 1992
- E. ZAPPALÀ, sub Art. 33 c.p.p. in M. CHIAVARIO (diretto da), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, vol. I, Torino, 1989, 207 ss.
- S. ZIRULIA, *Ne bis in idem: la Consulta dichiara l'illegittimità dell'art. 649 c.p.p. nell'interpretazione datane dal diritto vivente italiano (ma il processo Eternit bis prosegue)* in *penalecontemporaneo.it* (24 luglio 2016)

# LA NULLITÀ PROCESSUALE E LA DINAMICA DELLE SITUAZIONI GIURIDICHE

## Capitolo I

### PREROGATIVE PROCESSUALI VIOLATE E GARANZIE DI EFFETTIVITÀ

La dinamica processuale può essere letta come catena in cui si alternano atti e situazioni giuridiche: ogni atto è al tempo stesso esercizio di una situazione propria e causa di una situazione altrui. Nel solco di tale impostazione, la nullità può essere raffigurata come il punto di emersione di una serie di diritti processuali, che ne fondano la previsione legislativa: essa nasce in conseguenza di un atto invalido che costituisce la violazione di una prerogativa processuale per garantire la sua riparazione. Ma, in quanto conseguenza di un atto, anche la nullità si identifica in una situazione soggettiva di natura spiccatamente processuale, imputata al soggetto titolare della situazione lesa dal mancato adeguamento dell'atto al suo modello legale e tesa a ripristinare l'effettività della situazione primaria compromessa. Ai fini dell'impostazione del discorso, tuttavia, prima di addentrarsi nel definire le caratteristiche della situazione di nullità è opportuno rintracciare il senso giuridico che ne giustifica l'attribuzione. Per far ciò, occorre risalire al significato implicato dall'esistenza di una procedura penale improntata al principio di legalità degli atti e, per il tramite di essi, delle situazioni prodotte.

Accanto al significato "debole", che attrae la legalità nella dimensione delle fonti, come riserva di legge, l'istanza di legalità, nell'accezione forte, viene in rilievo *sub specie* di tipicità degli atti processuali-penali. Non sfugge la vocazione di garanzia insita alla costruzione del modello legale di un atto processuale. La legalità, subordinando l'atto processuale al rispetto di regole prescrittive di doveri di conformità, diviene garanzia di legittimità delle situazioni soggettive e, nel dettaglio, sia del potere di cui l'atto è esercizio sia delle variazioni giuridiche arrecate alla sfera *iuris* dell'imputato di cui l'atto è causa. Il processo penale, allora, lungi dal rappresentare un mero strumento asettico di applicazione del diritto sostanziale, impermeabile ai valori dell'ordinamento, è la sede in cui i poteri dell'autorità vengono regolati e contrastati dai diritti processuali individuali dell'accusato, presunto innocente.

La capacità del principio di legalità di plasmare le strutture processuali, costruendo atti che siano, al contempo, congruo e legittimo esercizio delle situazioni giuridiche, viene indirizzata, oggi, dalla dimensione costituzionale. È la Costituzione a dire quali sono le situazioni soggettive che sono destinate a concretizzarsi nella dinamica processuale, nonché ad individuarne la portata minima. Viene in rilievo l'analisi e l'interrelazione, da un lato, delle situazioni imputate agli organi a cui è affidata la giurisdizione penale – vale a dire l'obbligo del pubblico ministero di esercitare l'azione penale e la funzione giurisdizionale – e dall'altro lato, del diritto di difesa dell'imputato. Oltre che dalle singole disposizioni attributive, la penetrazione delle situazioni all'interno del processo si evince dall'art. 111 Cost., nella misura in cui richiede che «la giurisdizione si attu[i] mediante il giusto processo regolato dalla legge». Così facendo, l'ordinamento esprime una considerazione positiva solo con riferimento al potere giurisdizionale legittimo, in ossequio ai requisiti di forma e sostanza previsti dalle norme che lo disciplinano. Con ciò, viene istituito un nesso tra legalità e giustizia della procedura tale per cui non è la seconda ad essere corollario della prima ma il contrario: è la regolazione legislativa che ha il compito di performare le strutture processuali in modo che ne venga assicurata la giustizia intrinseca.

Premesso che le categorie processuali vengono piegate ai valori costituzionali attraverso il principio di stretta legalità, risulta chiara la funzione assolta dalla previsione di schemi legali e astratti di atto. La regolamentazione positiva offre ai soggetti processuali lo strumento per mezzo del quale devono essere esercitati i poteri a loro assegnati e con cui si possono ottenere determinati effetti, ricollegati

dalla legge a quella fattispecie. Così, l'atto conforme "ha valore" per l'ordinamento ed è, in virtù di ciò, autorizzato a produrre effetti, che, oltre ad essere congruenti con la volontà del titolare del potere, sono accettati come conseguenze che legittimamente incidono nella sfera altrui. L'impiego della qualifica di validità serve a sottolineare la portata teleologico-valutativa favorevole del comportamento processualmente rilevante che si è adeguato al tipo. Compiere un atto valido equivale a esercitare correttamente il potere, incastonato, quanto al *modus*, dal dovere di conformità al modello legale e dall'implicito divieto di allontanarsi dallo schema. Di qui, una rivalutazione della *figura iuris* di onere: ridotto all'osso, l'onere è una sintesi di altre situazioni giuridiche non altrimenti scomponibili, il potere e il dovere, eppure ha un ruolo centrale nella costruzione del concetto di validità, poiché vale ad esprimere l'esistenza del vincolo nel *quomodo* a cui è avvinto il potere nel processo penale e il sostrato valutativo che involge il comportamento a seconda che si adegui o meno allo schema di riferimento.

Ci si aspetterebbe che la figura giuridica dell'onere possa essere impiegata, inversamente, anche per spiegare il fenomeno dell'invalidità. Si tratterebbe, però, di una conclusione troppo affrettata. Se l'onere di conformità non fosse neppure intrapreso, ci si muoverebbe, infatti, sul terreno dell'inqualificazione giuridica, ovverosia dell'inesistenza. Non tutti, ma, almeno qualcuno tra i requisiti imposti dall'onere di conformità dovrà essere integrato per far venire ad esistenza l'atto e farne oggetto della qualifica negativa di invalidità. Questa valutazione sfavorevole si estende, inoltre, anche agli effetti dell'atto invalido. L'atto invalido, in altre parole, costituisce, estingue o modifica indebitamente situazioni giuridiche che, per tale motivo, sono viziate. Più che un omaggio al principio di conservazione, la produzione di effetti si spiega per una ragione pratica: non esiste una tecnica in grado di impedire *ex ante* la nascita di conseguenze una volta compiuto l'atto che ne è causa, il quale, ancorché indesiderato, è esistente. Esclusa, quindi, l'automatica inefficacia come conseguenza possibile dell'invalidità, ciò che, invece, l'ordinamento ricollega al fenomeno è il disconoscimento della legittimità delle situazioni prodotte, che saranno, parimenti all'atto, vietate. Sono, questi, i c.d. vizi processuali, la cui esistenza e qualificazione prescinde da vicende demolitorie posteriori, la cui mancata previsione non è d'ostacolo a simili valutazioni giuridiche, come, del resto, si evince dall'art. 124 c.p.p.

Già si intuisce dall'art. 124 c.p.p. che la nullità rappresenta un presidio solo successivo e, per giunta, eventuale. Il dato trova conferma nell'art. 177 c.p.p. Oltre ad enunciare il principio di tassatività, la disposizione sottolinea l'esistenza di un nesso causale tra l'invalidità, definita come «inosservanza delle disposizioni stabilite per gli atti del procedimento», e la nullità, conseguenza generata dal medesimo atto che è causa degli effetti illegittimi. Se si delinea il rapporto tra l'atto invalido e la nullità in termini di causa ed effetto, si è costretti a negare l'impostazione tradizionale che classifica la nullità come tipologia d'invalidità. Non fosse altro che causa ed effetto non possono riassumersi in un medesimo concetto, ma appaiono logicamente e cronologicamente distinti. La mutata prospettiva impone di spiegare diversamente l'instabilità degli effetti prodotti dall'atto invalido. La precarietà degli effetti si risolve nell'eventualità che la legge riconnetta all'atto invalido una situazione giuridica di aspettativa che punta ad attivare, tramite l'esercizio del potere di iniziativa che la assiste, una «fattispecie ad efficacia eliminativa della vicenda a cui ha dato luogo l'atto» non conforme. La ragione che ne giustifica la nascita risiede nel legame tra la nullità e le situazioni giuridiche che la precedono nella sequenza procedimentale. L'atto invalido, venendo meno a quei requisiti formali che ne indirizzano la funzione rispetto alle prerogative altrui, sottende non solo l'inottemperanza (parziale) all'onere di conformità, ma anche la violazione di quella situazione giuridica a cui il potere di compiere l'atto risulta connesso. Per reazione, l'ordinamento ricollega all'atto non conforme un'ulteriore conseguenza *iuris*, conferendo al titolare dell'interesse leso una legittima aspettativa di rimozione dell'atto e delle sue conseguenze vietate. La situazione di nullità risolve un problema: quello relativo al come riparare, all'interno del processo, l'insoddisfazione di una determinata prerogativa/aspettativa processuale, vulnerata dal compimento di un atto invalido. Con ciò la situazione assolve una funzione di garanzia, visto che

garantire un diritto significa anche individuare i rimedi in caso di infrazione, stabilendo la possibilità di rivendicarne l'attuazione coattiva a fronte del pregiudizio subito.

## Capitolo II

### **ASPETTATIVA DI RIMOZIONE E POTERE D'INVALIDAZIONE**

Postulato il binomio compimento di un atto invalido-compromissione di una prerogativa processuale, è naturale che il titolare della situazione si aspetti che la lesione possa essere riparata tramite la rimozione del pregiudizio. Ma, una simile aspettativa acquista consistenza giuridica solo allorché la legge ne stabilisca la rilevanza. In quest'ottica, il principio di tassatività in materia sta ad indicare il carattere positivo della situazione di nullità. Così facendo, il legislatore seleziona le situazioni che meritano, secondo i canoni del «giusto processo», di essere garantite, tramutando un'aspettativa di fatto in aspettativa di diritto. Qualificata come aspettativa legittima, la nullità è in grado di esprimere, però, solo una virtuale demolizione di efficacia. Essa non equivale a caducazione certa dei vizi ma impone una *chance* di neutralizzazione che passa attraverso un microprocedimento incidentale demandato all'organo giurisdizionale, che, accertata la fondatezza della pretesa, pronuncia un'ordinanza ad efficacia eliminativa. L'esistenza del meccanismo implica che le parti non possono farsi «giustizia da sé» rimuovendo immediatamente le iniquità processuali che si verificano a loro danno. Nondimeno, esse non sono estranee al congegno, dal momento che hanno al riguardo un potere di iniziativa. Ciò premesso, l'articolata ed eterogenea disciplina dei poteri in materia di nullità consente di approntare gradi di tutela differenziata alla situazione giuridica in oggetto. L'elaborazione scientifica non ha mancato di sottolineare che l'incidenza sul sistema processuale della nullità dipende dalle opzioni prescelte in punto di rilevanza e sanatoria, con la cui disciplina si costruiscono i differenti regimi delle nullità assolute, relative ed intermedie. A ben vedere, però, nella prospettiva seguita, non è la nullità ad essere frantumata in categorie. In quanto aspettativa legittima di rimozione, proiettata all'eliminazione del pregiudizio subito, essa rimane una costante intangibile della posizione soggettiva del singolo. Sono, invece, i poteri di iniziativa e di disposizione ad essa correlati che vengono modulati in base a ragionate scelte legislative.

La distinzione tra nullità in base al parametro della disponibilità non è un'arbitraria creazione legislativa, ma «riposa su criteri scientifici d'indubbia esattezza e risponde a sentite esigenze del processo penale moderno». Quei profili di indisponibilità a vocazione pubblicistica, sottratti alla logica della «libera negoziazione», coesistono con l'impronta del sistema accusatorio che colora il processo di parti. Convivono, così, aspettative di rimozione la cui soddisfazione è lasciata all'autodeterminazione delle strategie processuali dei contendenti, strutturate sull'interesse singolare e rimesse al corretto esercizio del potere di eccezione, con aspettative di rimozione indefettibili, ove la gestione della nullità è sottratta alle mutevoli linee strategiche delle parti. L'indisponibilità, qui, detta gli aspetti e struttura i connotati dei poteri associati alla nullità: rilevanza anche d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento; assenza di un onere di eccezione in senso tecnico; insanabilità. Con il che la nullità assoluta risulta radicalmente esclusa sia dalla sfera della disponibilità privata sia dalla sfera della disponibilità pubblica. Occorre, poi, chiedersi se la scelta operata sia fondata sul mero dato formale, oppure se esista un vincolo che imponga l'applicazione del trattamento tipico delle nullità indisponibili.

Al riguardo, si analizza il vasto panorama dogmatico. A seguito della diagnosi, si giunge a ritenere che la chiave di volta vada ricercata nella natura della situazione giuridica soggettiva che la nullità punta a preservare. È il tipo di situazione garantita che, riverberandosi sul precetto secondario, lo condiziona, sottraendolo, ove del caso, ad arbitrarie determinazioni del legislatore. Se, infatti, un diritto processuale fosse dotato delle caratteristiche dell'indisponibilità e dell'invulnerabilità sarebbe del tutto insufficiente, oltre che incoerente con le coordinate del sistema, rimetterne la tutela ad una forma di garanzia lasciata alla disponibilità del titolare. Un rimedio disponibile avrebbe per effetto quello di negare la stessa invulnerabilità e indisponibilità del diritto, ove prevista. La scelta del legislatore a favore delle nullità indisponibili non è, allora, frutto di

un'istanza paternalistica, né si configura come un'opzione impostata esclusivamente ai fini di tutela dell'interesse generale. Si tratta, piuttosto, di tradurre nel processo quella promessa di inviolabilità dei diritti fondamentali che vengono in gioco nel procedimento penale.

Segue l'analisi positiva delle nullità assolute previste nel codice ai fini di verificare la fondatezza dell'assunto. Al termine della diagnosi delle fattispecie contemplate dall'art. 179 c.p.p. e 525, comma 2, c.p.p., può concludersi che i dati normativi confortano l'idea che, nella dinamica processuale, a diritti indisponibili corrispondono nullità che ne riproducono il carattere, che nascono per effetto della inosservanza di regole normative inderogabili, in quanto funzionali alla tutela reclamata da situazioni giuridiche soggettive di tale spessore.

Caratteristiche esattamente opposte presentano le nullità disponibili. L'aspettativa di rimozione viene lasciata ad un meccanismo di protezione rimesso, in tutto o in parte, alla volontà dell'interessato. Il titolare della situazione giuridica lesa, infatti, diventa il centro di imputazione di specifici poteri il cui esercizio condiziona la soddisfazione dell'aspettativa, subordinando la pronuncia giudiziale e potendo finanche escludere la doverosità dell'intervento riparatore. Congegnata per dare spazio all'autonomia della parti nella libera determinazione delle scelte processuali più consone ai propri interessi singolari, l'autogestione del rimedio si pone «come riflesso dell'autonomia del diritto lesa», di cui il titolare può pretendere ma anche rifiutare la tutela. Siffatta autonomia, ancorché secondo modalità differenziate per le nullità relative e quelle intermedie, rende il titolare *dominus* dei propri diritti processuali; la nullità viene a radicarsi sull'interesse del soggetto a favore del quale viene costituita. Le parti ne sono, però, anche responsabili, dovendo attivarsi secondo i tempi e in base ai criteri imposti dalla legge, quali condizioni di ricevibilità della domanda o a pena dell'estinzione del potere stesso. Il sistema processuale, infatti, disconosce poteri assoluti e disciplina, limitandolo, anche il potere di deduzione con vincoli formali, risolvendolo in un onere, il quale, se non correttamente adempiuto, si percuote in senso negativo sulla posizione giuridica del singolo, precludendogli l'accesso alla tutela promessa. Tanto emerge dall'art. 182 c.p.p. La norma *de qua* prescrive, al primo comma, le condizioni di nascita del potere di deduzione. Dal secondo comma, invece, discende l'onere di tempestività dell'eccezione. Segue la critica dell'assimilazione dell'onere di tempestività alla sanatoria per acquiescenza tacita. Si concluderà nel senso che il decorso del tempo investe solo il potere di deduzione, senza estendersi, a differenza della sanatoria, all'aspettativa di rimozione.

### **Capitolo III**

#### **LA CONSERVAZIONE DEGLI EFFETTI TRA POTERI DISPOSITIVI E SOPRAVVIVENZA DELL'ATTO PROCESSUALE**

Nel diritto processuale-penale, l'istituto della sanatoria indica un mezzo a vocazione conservativa, a contenuto tipico, con cui «si pone riparo ad una condotta processuale non conforme allo scopo del processo». Ma, al di là dell'intuitiva ricostruzione, meno chiara è l'individuazione dell'oggetto e, conseguentemente, del modo di funzionamento del congegno riparatore. Le perplessità sorte intorno all'inquadramento della sanatoria sono frutto di un equivoco di fondo: l'apparente coincidenza tra invalidità e nullità, come due predicati, in rapporto di genere a specie, dell'atto, ha ingenerato l'equivoca idea della sanatoria come fattispecie volta alla riparazione dell'atto in sé considerato. Il discorso ha assunto contorni più definiti solo quando la speculazione scientifica ha colto l'evidenza del dato empirico. Si è, così, fatto notare che a seguito della sanatoria, non c'è alcuna magica riparazione dell'atto. Ciò su cui agisce la sanatoria, invece, sono i suoi effetti. Resterebbe da

chiarire come mai il codice di rito si ostini a riferire la sanatoria alla nullità. Seguendo l'indirizzo suddetto, invero, gli effetti su cui agirebbe la sanatoria sarebbero necessariamente qualcosa di diverso rispetto alla nullità in sé considerata, identificandosi con gli effetti corrispondenti a quelli dell'atto perfetto, originati, seppur in modo precario, dall'atto imperfetto sanabile. Il congegno sanante, in questi termini, darebbe luogo ad una fattispecie alternativa sussidiaria. Il ragionamento seguito fornisce una spiegazione del fenomeno sanante molto vicina alla realtà. Tuttavia permangono delle antinomie da risolvere. Anzitutto, la tesi ripercorsa non si concilia con l'art. 183 c.p.p., che si riferisce alla nullità come argomento della sanatoria. In secondo luogo, può apparire bizzarro che il legislatore abbia pensato per ogni ipotesi di fattispecie perfetta non realizzata una alternativa di fuga, benché di ripiego. Inoltre, non si capisce per quale ragione il legislatore, nella costruzione di fattispecie alternative, tra le miriadi di circostanze suscettibili di essere tipizzate abbia tenuto in debito conto solo quelle collegate a comportamenti successivi del titolare dell'aspettativa di rimozione. Tale ultimo dato lascia trasparire che la sanatoria opera sul presupposto dell'attribuzione di un potere dispositivo alla parte, che può scegliere strategicamente di avvalersi o meno delle garanzie previste o di prestare il consenso alla produzione di effetti quando l'ordinamento gli conferisca il potere di bloccarne il verificarsi. E tale potere dispositivo ha un senso in tanto in quanto sia riferito direttamente alla nullità intesa come situazione giuridica, a condizione che essa sia disponibile, come in effetti accade, potendo operare solo nell'ambito delimitato delle nullità intermedie e relative. Da quest'angolo prospettico, la stabilizzazione degli effetti dell'atto rappresenta una conseguenza indefettibile, ma pur sempre indiretta, di un atto dispositivo dell'aspettativa. La manifestazione di una volontà contraria a far valere la rimozione consolida gli effetti nati illegittimamente dall'atto invalido, perché l'aspettativa di nullità ricade, in potenza, su di essi. Sicché la rinuncia alla nullità si traduce nella irreversibilità degli effetti, avendo il titolare scelto di non chiederne l'eliminazione. Tuttavia, è pur sempre la legge che tipizza i comportamenti dispositivi, offrendo alla parte il mezzo per fargli perseguire un simile obiettivo.

Lo sguardo deve essere rivolto, a questo punto, ai fatti tipizzati, da cui emerge che il filo conduttore che accomuna le ipotesi di sanatoria è dato dalla cosciente e volontaria realizzazione di comportamenti stereotipati, necessariamente posteriori al compimento dell'atto invalido, espressivi di un potere di autonomia. Il significato che si ricollega a tali comportamenti è lo stesso per tutti e di tenore univoco, dovendo rappresentare la manifestazione di una volontà incompatibile con quella di avvalersi dell'aspettativa di rimozione degli effetti, *id est* consenso al consolidamento degli effetti dell'atto invalido. Ad identico senso logico, corrispondono, però, forme diverse di comportamenti che fungono da modalità dispositiva dell'aspettativa di nullità. Segue l'analisi di detti comportamenti.

L'esistenza di un meccanismo deputato all'accertamento dell'aspettativa di nullità, vuoi di quelle disponibili vuoi di quelle indisponibili, porta con sé l'eventualità che, in caso di mancato esercizio del potere di deduzione ad opera delle parti o di rilevazione ad opera dell'organo giurisdizionale, l'aspettativa di nullità non venga soddisfatta. Il decorso del tempo senza l'attivazione del rimedio è un fatto a cui l'ordinamento giuridico dà valore, ricollegandovi un'efficacia estintiva dei poteri di rilevazione. Una simile rilevanza del fattore temporale appare legata certamente all'esigenza di evitare che la situazione di instabilità ed incertezza connessa alla potenziale portata demolitrice della nullità si protragga al di là di un arco circoscritto. Ma va precisato che il tempo investe solo il potere, senza estendersi né alla qualificazione dell'atto e dei suoi effetti, che continuano ad esistere invalidamente, né coinvolge l'aspettativa di rimozione, che continua a "vivere virtualmente nel processo". È regola generale dell'ordinamento, del resto, che il decorso del tempo abbia un'efficacia, non già sanante, ma estintiva delle situazioni soggettive, e, più precisamente, del potere di azionarne la pretesa giuridica. Il fenomeno è assimilabile, per certi versi, alla prescrizione,



che estingue il diritto di azione, lasciando sopravvivere, in modo latente, il diritto sostanziale che si cela dietro.

A fronte di simile imperfezione fisiologica, si è costretti a riconoscere che la previsione di nullità fornisce una garanzia imperfetta, giacché l'ordinamento si arrende ad un certo grado di ineffettività delle situazioni che si agitano nel processo penale, tanto della situazione di aspettativa, quanto della situazione primaria oggetto di tutela, oramai rimasta irrimediabilmente compromessa.

Tale ineffettività tende a cristallizzarsi con la formazione del giudicato, che segna la preclusione massima al potere di rilevazione. Si rifiuta, invece, la tesi del giudicato come forma di sanatoria, poiché la fattispecie sanante agisce direttamente sull'aspettativa di rimozione; è rimessa al comportamento volontario della parte che ne è titolare e determina, solo in via indiretta, il consolidamento degli effetti. Viceversa con il passaggio in giudicato gli effetti si stabilizzano non in quanto voluti dalla parte che ne può disporre ma a causa della paralisi che investe il potere di rilevazione. La concezione del giudicato come sanatoria ha condotto, per diversi anni, a rifiutare l'idea di poter far valere le nullità nel giudizio di esecuzione. L'assunto è stato, nondimeno, radicalmente sconfessato a seguito di un percorso virtuoso intrapreso dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità, che è giunta a dare pieno spazio alle aspettative di rimozione anche nella "coda" del processo penale.

Una spia della resistenza latente della nullità si rinviene nella disciplina dell'aspettativa nel giudizio di rinvio a seguito dell'annullamento della Corte di cassazione e in virtù della formazione progressiva del giudicato in ordine alle iniquità consumatesi nei gradi antecedenti di giudizio. Se la situazione avesse trovato rimedio con una sanatoria, l'art. 627, comma 4, c.p.p., sarebbe privo di senso: al contrario le nullità esistono ancora, ma "non possono proporsi", in quanto il potere di iniziativa al riguardo si è estinto.

*De iure condendo*, la rivitalizzazione della nullità, specie se indisponibile, e la rinascita dei poteri ad essa connessi, trova nuovi spazi a fronte del fenomeno dell'erosione del giudicato che negli ultimi anni ha messo in discussione i tradizionali caratteri di intangibilità e stabilità.

L'ultimo paragrafo si occupa di una particolare conseguenza dell'erosione del giudicato a seguito del giudizio della Corte europea dei diritti dell'uomo in ordine alla violazione dell'art. 6 della CEDU e della nuova forma di revisione europea. La "riapertura" del processo, infatti, può essere determinata proprio da una nullità rimasta latente e sintomatica della lesione delle situazioni giuridiche implicate dal *due process of law* che hanno acquistato, oggi, valenza sovranazionale. Il che porta a rivitalizzare i poteri derivanti dalla previsione della nullità anche dopo la formazione del giudicato, facendo rientrare nel novero dei casi di revisione, oltre alle ipotesi legislative classiche di *errores in iudicando*, anche gli *errores in procedendo* attestanti l'iniquità del processo. Il che appare in linea con la natura indisponibile dei diritti fondamentali di stampo processuale: se veramente essi sono imprescrittibili, anche il versante dei poteri di tutela dell'aspettativa di rimozione si dovrebbero mostrare intangibili dal decorso del tempo.

#### **Capitolo IV**

### **NULLITÀ INNOCUE E ABUSO DEI DIRITTI PROCESSUALI: LO SCARTO TRA INVALIDITÀ E LESIVITÀ**

In tempi recenti si sono sviluppati diversi orientamenti tesi ad affrancare l'aspettativa di rimozione dall'accertamento del solo difetto di conformità dell'atto, in virtù di una esegesi teleologica che ritiene inadeguato e insoddisfacente il parametro conformità/difformità alla legge per assicurare un'effettiva tutela alle situazioni giuridiche nel processo. Sicché, si giunge a ritenere che il giudice possa statuire nullità non previste in presenza di una lesione delle prerogative processuali, ma anche

ad omettere di statuire la nullità allorché l'atto invalido sia conforme allo scopo, avendo consentito l'astratta possibilità di esercizio delle prerogative a cui era preordinato. In questa evenienza, la nascita dell'aspettativa di rimozione, pur contemplata dalla legge, sarebbe del tutto ingiustificata e andrebbe, pertanto, stroncata. Si rilegge, allora, il rapporto tra fattispecie astratta e concreta, per valorizzare lo scarto tra il difetto di conformità e l'effettiva lesione della situazione giuridica salvaguardata. Questo progressivo allontanamento del principio di legalità dal modello di conformità, rimetterebbe all'interprete la verifica dell'effettivo pregiudizio delle situazioni giuridiche cagionato dall'atto invalido, onde stabilire se la nascita della situazione di nullità, predisposta in astratto dalla legge, sia realmente giustificata dall'accadimento lesivo.

Le formule congegnate nella prassi per addivenire a tale risultato sono almeno due. La prima, inquadrando la nullità come sanzione giuridica, ritiene di poter applicare il principio di offensività per escluderne la comminatoria; la seconda, fa lesa sull'abuso del processo, da intendersi come uso strumentale e dannoso, benché formalmente legittimo, dei poteri che la legge assegna alle parti processuali.

La prima delle due tesi in esame attribuisce alla concreta offensività dell'atto processuale illegittimo il ruolo di elemento integrativo della fattispecie invalidante. Il precetto processuale sarebbe, così, integrato da un elemento extranormativo, ovverosia il pregiudizio effettivo, che, laddove mancante, impedirebbe la comminatoria della sanzione di nullità. Lo schema evoca immediatamente al giurista la concezione realista del reato, la quale postulando l'offesa come requisito aggiuntivo rispetto all'evento tipico, conduce ad escludere l'applicazione della sanzione penale tutte le volte che il fatto, pur tipico, non sia offensivo in concreto. L'antigiuridicità in concreto, sul piano processuale, anzi, sarebbe ancora più spinta che sul versante sostanziale: dall'affermarsi di patologie atipiche come l'inesistenza e l'abnormità si trae la convinzione che l'intera disciplina dei vizi processuali dovrebbe informarsi al principio di offensività, perché «se si accettano aperture del sistema della tassatività quando si ampliano i casi di invalidità rispetto al catalogo legale, si possono accettare aperture del sistema che consentano di non dichiarare una nullità anche quando formalmente è prevista dalla legge». L'accostamento della nullità all'idea di sanzione ha radici remote. Esso deriva dalla circostanza per la quale vi sarebbe una simmetria tra fatto illecito e atto invalido. Entrambi i fenomeni, invero, sarebbero oggetto di una valutazione negativa del comportamento da cui discendono conseguenze negative. In realtà, si è sottolineato che mentre il comportamento illecito è atto tipico contrario ad una situazione di dovere contemplato da una norma statica; l'atto invalido è, tutto all'inverso, atto atipico, fondato sulla mancata integrazione dello schema previsto per l'esercizio di un potere da una norma strumentale. A ben vedere, va riconosciuto che, sebbene distinti sul piano concettuale, non sono esclusi fenomeni di sovrapposizione, allorché la fattispecie del comportamento doveroso e quella del comportamento esercizio del potere siano costruite in riferimento al medesimo schema. Il che consente di qualificare un atto, al contempo, come illecito e invalido. Tanto è vero, in tema di nullità, che un atto può essere invalido e, contemporaneamente, costituire un illecito disciplinare o penale o civile che dir si voglia. Il rapporto tra illiceità ed invalidità, infatti, non è di antinomia ma di alterità, trattandosi di un concorso di norme che intervengono a qualificare il medesimo fatto, rimirandolo, però, da angoli visuali e ordinamenti giuridici che rimangono e devono rimanere distinti. Essi possono cumularsi ma non confondersi tra loro. Sicché, la traslazione delle categorie dell'illiceità, quali l'offensività, non può operare *sic et simpliciter* sul terreno dell'invalidità.

A voler concedere un'assimilazione dei concetti, comunque, andrebbe sottolineato che nell'ordinamento penale, la valutazione in merito all'assenza di lesività è autorizzata espressamente dall'art. 49, comma 2, c.p., ove, altrimenti, tipicità e tassatività del fatto condurrebbero ad escludere l'esistenza di un potere simile in capo al giudice. Viceversa, una disposizione di tal fatta non esiste

in campo processuale penale, ove al contrario impera senza deroghe il principio di tassatività. Per tale via, la tassatività viene a governare il rapporto tra precetto e situazione soggettiva, imponendo un duplice vincolo per il giudice a cui ne è demandato l'accertamento: di non creare nullità non previste, estendendo la tutela della situazione giuridica a casi per i quali non sia positivamente riconosciuta e, al contempo, l'obbligo di dichiararla in tutte le ipotesi in cui la nullità sia predisposta dalla norma processuale. Ciò vale a sottrarre la nullità all'arbitrio, all'incertezza, alla disparità di trattamento che si verificherebbero se la valutazione del pregiudizio fosse rimessa, in concreto, al giudice.

In continuità e sviluppo con la tesi dell'inoffensività, si pone la teoria dell'abuso del processo, riconducibile al paradigma dell'uso distorto di un potere processuale, impiegato per finalità oggettivamente non meritevoli e collidenti rispetto all'interesse in funzione del quale è riconosciuto. All'inoffensività dell'atto, seguirebbe una duplice condotta abusiva: quella che investe il potere di eccezione e quella che attiene alla prerogativa illesa di cui indebitamente si invoca tutela, con danno alla ragionevole durata del processo. L'idea ha trovato ampio spazio in sede ermeneutica.

Una volta ricostruita la nullità come situazione soggettiva, connessa ad una prerogativa processuale primaria e collegata all'esercizio di poteri demolitori, la tesi dell'abuso può apparire senz'altro suggestiva, alludendo a nuovi equilibri tra effettiva utilità della garanzia e ingiustificato ostruzionismo delle parti processuali. Nondimeno, l'applicazione di tale assunto è ostacolata dalla funzione di garanzia delle situazioni giuridiche che il principio di legalità riveste in sede processuale penale. Si è visto nei capitoli precedenti, infatti, che l'accertamento della situazione di nullità si fonda su un meccanismo automatico che attiene alla verifica di esistenza dell'aspettativa di rimozione, senza dover indagare la violazione della situazione primaria. Il meccanismo presuntivo non è, però, destituito di fondamento, poiché il sistema è costruito sull'implicita e immanente relazione tra il difetto di conformità dell'atto e la lesione della situazione giuridica primaria. La presunzione si fonda, infatti, su una legge di copertura giuridica accreditata, la quale trae la propria legittimazione direttamente dall'architettura del procedimento. In effetti, poiché nel processo l'esercizio del potere, specie pubblico, orientato alla soddisfazione di situazioni giuridiche altrui, si può esplicitare se e solo se vi sia una stretta conformità tra l'atto adottato e la regola legislativa che lo disciplina, è implicito nel sistema che l'inosservanza dei limiti sia l'indice della lesione della situazione soggettiva a cui il potere era diretto. Ciò vuol dire che l'attività conforme al paradigma giuridico realizza le prerogative processuali, poiché la valutazione della sua adeguatezza alla proiezione teleologica è considerata a monte nella predisposizione dello schema legale. E la previsione di un'aspettativa di rimozione ad opera della legge come conseguenza diretta dell'invalidità sottende l'esistenza di tale lesione. Di qui, la semplificazione di giudizio: si addiuvine all'annullamento, accertata l'aspettativa sul solo presupposto della verifica circa la mancata corrispondenza dell'atto all'archetipo legale. Inoltre, la tassatività, di nuovo, sottrae una tale discrezionalità al giudice, garante e non arbitro della legalità processuale.

La tendenza seguita dalla giurisprudenza interna si alimenta, altresì, dell'approccio sostanzialistico adottato in ambito europeo, ove la refrattarietà al principio di tassatività è duplice. Se, per un verso, in sede europea, si pone l'accento sulle esigenze di effettività delle situazioni giuridiche, tanto che i giudici di Strasburgo potrebbero anche ritenere compromessi i diritti dell'imputato in un'ipotesi di osservanza del modello legale o di violazione di una norma processuale non assistita da nullità; per altro verso, si alimenta lo spostamento verso un sindacato di tipo sostanziale, disancorato dalla valutazione dal mero confronto con il modello legale e tarato sull'interesse sostanziale alla base della situazione processuale riconosciuta dalla Convenzione. Proprio in ambito europeo ha trovato, del resto, fondamento il teorema dell'abuso del processo, per impedire l'accesso alla tutela sovranazionale, precludendo l'esercizio di poteri non conformi all'interesse per il quale il diritto è concesso. Tuttavia, simile approdo è connesso ad una diversa accezione del principio di legalità, che trova la propria matrice anche nel diritto giurisprudenziale, nonché nel diverso ruolo della Corte

che verte sull'operato dello Stato verso il singolo. La Corte di Strasburgo dichiara, infatti, la responsabilità di uno Stato per violazione della Convenzione quando risulta che in concreto gli organi giudiziari di quel paese hanno privato l'imputato di un diritto fondamentale processuale, la cui violazione, filtrata dall'art. 6, rappresenta il merito del sindacato giurisdizionale. Il giudice italiano accerta, invece, in via incidentale se sia stata osservata la norma processuale a presidio di simili situazioni giuridiche e dichiara la nullità quale tappa di un itinerario verso l'accertamento del merito dell'imputazione. È, quindi, vero che nella giurisprudenza europea si richiede l'effettività della lesione dell'interesse protetto, ma questa prospettiva non può essere trapiantata nel diritto interno per superare il quadro formale delle prescrizioni processuali.

Il disparte l'accettazione delle teorie formulate, un dato emerge nitidamente. L'esigenza di allineare la norma processuale alla realtà, evitando che la garanzia insita alla situazione di nullità possa scadere a inutile orpello, si è imposta come ineludibile problema da risolvere. Si avverte la necessità, tuttavia, di evitare il ricorso a parametri metanormativi che contrastano con l'istanza di legalità processuale, dovendosi, piuttosto, tentare di trovare soluzioni compatibili con i dati normativi.

Il risultato di tale operazione dipende da due fattori: il carattere disponibile o indisponibile della nullità e il modo, generale o speciale, di previsione. Le nullità generali di cui all'art. 178 c.p.p. sono, come si è visto, costruite sulla stretta aderenza tra aspettativa di rimozione e situazione giuridica violata, nel senso che la nullità nasce ogni qualvolta la mancata conformità dell'atto e del potere al vincoli formali determina un pregiudizio ai valori contemplati nell'art. 178 c.p.p. La clausola inclusiva aperta concede al giudice un tipo di controllo tarato sulla lesione. A patto che il sindacato sul pregiudizio sia effettuato a livello astratto, dovendosi verificare *ex ante* che le disposizioni processuali non osservate siano poste a presidio delle situazioni giuridiche contemplate dalla norma. Un conto, infatti, è verificare se il difetto di conformità non cagiona la nullità, perché la norma regolatrice dell'atto non era a tutela della capacità del giudice, dell'iniziativa del pubblico ministero o dei diritti della difesa. Operazione, questa, frutto dell'interpretazione della clausola aperta di cui all'art. 178 c.p.p.; altro è riconoscere che la disposizione violata era strumentale alla salvaguardia di simili valore, ma precludere la nascita della nullità, pur predisposta, perché in concreto non si è verificato alcun pregiudizio per difetto di lesività. Solo il primo tipo di sindacato è ammesso; mentre il secondo va escluso.

Simile valutazione è l'unica possibile per le nullità indisponibili, ove ulteriori scarti tra fattispecie astratta e concreta sono del tutto irrilevanti, in quanto più forte è l'esigenza garantistica della legalità.

Viceversa, la lettura *sensu latu* teleologica della norma è radicalmente preclusa per le nullità speciali e relative, per via della minore immediatezza del legame tra aspettativa di rimozione e situazione protetta a monte, il quale, pur esistente, rimane assorbito nella astratta valutazione legale che fa discendere la nullità dal difetto di conformità, senza guardare ai valori compromessi. Escluso un sindacato giurisdizionale sul pregiudizio *ex ante*, tuttavia, esso rientra dalla coda, in virtù del carattere disponibile della nullità, sotto un duplice angolo visuale. In primo luogo, per valutare la sussistenza dell'interesse a far valere l'aspettativa. Ma, in questo caso, si deve avere riguardo alla titolarità astratta e non alle circostanze concrete: premesso che la legge consente ad un soggetto «che si delinei una determinata situazione processuale, è per ciò solo che questi ha diritto a chiederne l'osservanza, se pur si dimostri che praticamente dalla inosservanza non gli è derivato alcun pregiudizio effettivo».

In secondo luogo, il controllo sfoga nell'accertamento della sanatoria *ex art. 183, comma 1, lett. b)*. Certamente, viene in rilievo la funzionalità dell'atto rispetto allo scopo. Ciò è inevitabile, dato che

lo stesso art. 183, comma 1, lett. b) c.p.p. sottolinea la preordinazione dell'atto invalido rispetto all'esercizio di una prerogativa altrui, con ciò, da un lato, evidenziando la sequenza potere-atto-facoltà, e, dall'altro, orientando l'interprete a focalizzarsi su aspetti teleologici della vicenda che fuoriescono dall'ordinario giudizio deduttivo. Il richiamo allo scopo, nondimeno, non trova il medesimo spazio – amplissimo – in cui viene riconosciuto nell'omologo processo civile. La norma si appunta esclusivamente sull'impatto del comportamento non conforme sulla situazione giuridica soggettiva, *sub specie* di facoltà, imputata ad un soggetto diverso dall'autore dell'atto. Così, se il titolare facesse valere la nullità, sebbene l'atto invalido abbia, contro ogni prognosi legale, permesso l'esercizio della facoltà a cui era strumentale e il soggetto titolare se ne sia effettivamente avvalso, la tutela apparirebbe invocata in violazione dei canoni di lealtà processuale e, soprattutto, garantirne l'attuazione equivarrebbe a svuotare la garanzia del proprio significato, consentendosi impieghi per meri intenti dilatori. Per evitare l'inconveniente, però, non basta la certezza che il vizio sia innocuo, essendo da sola l'assenza del pregiudizio effettivo del tutto irrilevante. Come ogni altra ipotesi di sanatoria, essa è sottratta alla mera valutazione giudiziale e trova aggancio in un comportamento positivo e volontario, successivo rispetto alla realizzazione dell'atto invalido, intrapreso dal titolare dell'aspettativa. Senza tale ulteriore passaggio, il giudice non è autorizzato ad alcuna indagine sull'assenza di lesività concreta.

Entrambi i rimedi sono, poi operanti per le nullità intermedie, in virtù del loro carattere generale e parzialmente disponibile.