

QUESITI

FABRIZIA PAGLIONICO

Garanzie ed efficienza in un sistema multilivello dei diritti

Il rapporto tra garanzie ed efficienza è condizionato dall'interazione tra legalità processuale e principi di matrice sovranazionale, tra i quali emerge quello della ragionevole durata del processo. L'opera di bilanciamento affidata al giudice solleva non poche perplessità in ordine alla derogabilità delle norme processuali in materia di nullità, che formalizzano precise scelte di valore a tutela dei diritti delle parti. L'affermazione di criteri sostanzialistici porta inevitabilmente ad interrogarsi sulle ripercussioni della teoria del pregiudizio effettivo sui principi identitari del nostro ordinamento. E sul piano sovranazionale, iniziano ad emergere le prime contraddizioni.

The relationship between guaranties and efficiency is conditioned by the interaction of procedural legality and supranational principles, among which the reasonable duration of the trial stands out. The duty of balance assigned to the judge raises many concerns about the possibility to derogate from the procedural laws regulating the mistrial, those rules that formalize specific value choices for the protection of the parties' rights. The establishment of substantial criteria make us question about the consequences of the effective prejudice theory on the essential principles of our legal system. And the first contradictions begin to arise on the supranational level.

SOMMARIO. 1. Premessa. - 2. L'omesso interrogatorio nel giudizio immediato custodiale. - 3. L'invalidità degli atti tra legalità processuale e tesi antiformalistiche. - 4. L'anima inquisitoria del pregiudizio effettivo - 5. Il diritto all'*equo* processo. - 6. Conclusioni.

1. Premessa

Il tentativo di ordinare sistematicamente principi e norme all'interno di un sistema multilivello dei diritti si imbatte nella complessità del rapporto tra tradizioni giuridiche ed evoluzione normativa. Le prime hanno ad oggetto la cura delle garanzie processuali, la seconda tende verso l'efficienza della giurisdizione¹. In questo quadro, la protezione dei diritti fondamentali continua ad essere l'obiettivo, ma viene assunta, al contempo, quale fondamento giustificativo delle nuove istanze efficientiste.

Si vuole dimostrare che la categoria dei diritti inviolabili vive nella dimensione della legalità, che ne garantisce la tutela a fronte del rischio di prevalenza di esigenze di accertamento². L'obiettivo è arduo, collocandosi l'istanza di buon funzionamento dell'apparato giurisdizionale sullo stesso livello della riserva di legge (art. 97, co. 2, Cost.)³.

¹ RICCIO, *Introduzione al Seminario su "Errori e rimedi nel processo penale"*, relazione al Convegno "Errori e rimedi nel processo penale" tenutasi il 28 aprile 2016, *questa Rivista*, 2, 2016, 2.

² IASEVOLI, *La nullità nel sistema processuale penale*, Napoli, 2008, 36.

³ Cfr. SPANGHER, *Prelazione*, in *Le invalidità processuali. Profili statici e dinamici*, a cura di Marandola, Milano, 2015, 1, sottolinea che «il riferimento all'art. 97 Cost. [...] non è mai messo dalla Corte costitu-

La domanda che ci poniamo è se l'attuazione del *giusto processo*, inteso anche come il diritto ad ottenere giustizia in tempi ragionevoli, possa giustificare il ridimensionamento della legalità attraverso opere di bilanciamento.

Sul versante interno, le garanzie costituzionali della riserva di legge e, con essa, dell'uguaglianza formale dei cittadini costituiscono il nucleo duro dell'intero sistema democratico. Su quello esterno, le “*derive antilegalitarie*” del diritto convenzionale infondono incertezza ed affidano la sorte delle norme interne a decisioni giudiziarie con efficacia limitata al caso concreto⁴.

È evidente il punto di frizione!

Dalla giurisprudenza della Corte EDU emerge un'attenzione privilegiata per l'art. 7 della Convenzione, che si pone come principio di rilevanza assolutamente primaria, destinato a prevalere in caso di bilanciamento con altri diritti fondamentali⁵.

In tale prospettiva, è significativo che la stessa Corte di Strasburgo accerti, in molti casi, la violazione tanto dell'art. 7 quanto dell'art. 6 § 1, pur in presenza di un ricorso proposto per far valere solo la violazione del *fair trial*.

Pare, quindi, contraddittorio predicare l'assoluta preminenza della legalità e consentirne, al tempo stesso, la deroga per la salvaguardia di altri diritti riconosciuti dalla Convenzione.

Come è noto, l'obiezione, sollevata in dottrina e non di rado nella giurisprudenza di legittimità, è che la nullità sia tra le cause dell'irragionevole durata del processo⁷, determinando regressioni superflue e dannose per la definizione dei procedimenti. Tuttavia, la scelta della tassatività è garanzia irrinunciabile di inviolabilità⁸ ed è incompatibile con la disapplicazione discrezionale delle norme processuali. Diversamente, l'aspirazione convenzionale di massimizzazione della tutela⁹ è destinata a scontrarsi con gli elementi identitari e le

zionale a parametro dei principi che devono assicurare il funzionamento della macchina giudiziaria, ritenuta sicuramente impostata secondo canoni di efficienza; ma non caratterizzanti la funzione giurisdizionale governata dalle regole del processo e quindi dal canone della legalità».

⁴ PALAZZO, *Principio di legalità e giustizia penale*, in *Percorsi giuridici della postmodernità*, a cura Kostoris, Bologna, 2017, 241.

⁵ DI GIOVINE, *Il principio di legalità tra diritto nazionale e diritto convenzionale*, in *Scritti in onore di Mario Romano*, IV, Napoli, 2011, 2205, «la legalità, con il suo portato di garanzia nei confronti del singolo, parrebbe non soltanto collocata, ma ad oggi effettivamente vissuta dalla (giurisprudenza della) Corte nel novero dei diritti fondamentali come principio di rilevanza assolutamente primaria».

⁶ Corte EDU, 30 giugno 2015, 30123/10, Ferreira Santos Pardal v. Portugal. Si noti che la ricorrente invoca solo la violazione dall'art 6. § 1 CEDU e non anche dell'art. 7.

⁷ Cfr. LA ROCCA, *La tassatività delle nullità negli itinerari mutevoli della giurisprudenza*, in *questa Rivista*, 2017.

⁸ IASEVOLI, *La nullità nel processo partecipato: ovvero legalità e garanzie nell'etica della responsabilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 666.

⁹ IASEVOLI, *Determinatezza e prevedibilità nel sistema processuale penale*, in *La nomofilachia come*

caratteristiche strutturali del sistema interno¹⁰.

2. L'omesso interrogatorio nel giudizio immediato custodiale.

Un terreno spinoso ove si assiste alla disapplicazione di norme in nome di principi sovranazionali è quello delle sanzioni processuali, ove l'efficienza della giurisdizione conferisce al giudice un'ampia discrezionalità interpretativa¹¹.

Vi è da premettere che le implicazioni delle invalidità processuali ricadono sul ruolo delle parti nella corretta progressione dell'*iter* procedimentale¹², secondo un'impostazione dinamica, l'unica realmente efficace quando oggetto della discussione siano i diritti fondamentali¹³.

La consapevolezza da cui si muove è che oggi il termine *legge* non comprende soltanto regole e forme, ma concetti di valore e principi. E sul versante dell'integrazione tra legalità europea e legalità nazionale non può trascurarsi la delicata opera di mediazione realizzata dalla Corte di Strasburgo. Ne è conseguenza immediata il ridimensionamento del principio di legalità interna, nella sua manifestazione più pregnante di riserva di legge¹⁴, nonché il rischio di una rottura della «comunione tra giurisdizione e garanzie costituzionali»¹⁵.

Ad incidere profondamente sugli assetti giuridici statuali sono le esigenze di attuazione del principio della ragionevole durata del processo nell'ambito della CEDU. La via privilegiata è quella del ricorso a *standard* antiformalistici, che potrebbero portare allo stravolgimento del sistema della nullità attraverso l'imposizione del canone valutativo della pregiudizialità effettiva della violazione¹⁶.

difesa dei diritti fondamentali, in *La Cassazione penale 'giudice dei diritti'. Tra chiusura al fatto e vincolo del precedente*, Napoli, 2018, 103, «[...] considerata l'opacità del criterio della massimizzazione della tutela, che potrebbe funzionare soltanto se si sapesse cosa va massimizzato, giacché all'interno dell'area della tutela effettiva vengono riversate logiche contraddittorie».

¹⁰ DI GIOVINE, *cit.*, 2218.

¹¹ RICCIO, *Introduzione al Seminario su "Errori e rimedi nel processo penale"*, relazione al Convegno "Errori e rimedi nel processo penale", 1.

¹² Cfr. CALANIELLO, *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nelle invalidità processuali penali*, Bologna, 2012, 169 ss.

¹³ SPAGNOLO, *Il modello europeo delle garanzie minime e il regime delle invalidità: un binomio conciliabile?*, in *Le invalidità processuali. Profili statici e dinamici*, a cura di Marandola, Milano, 2015, 17, afferma che «la tutela dei diritti fondamentali non è più soltanto una "questione nazionale", da affrontare con le tradizionali categorie giuridiche interne; essa si articola su una pluralità di livelli (C.E.D.U., C.D.F.U.E e singole costituzionali nazionali)».

¹⁴ PALAZZO, *Principio di legalità e giustizia penale*, *cit.*, 233.

¹⁵ RICCIO, *Le controverse istanze della legislazione processuale nella XVII legislatura*, in *Politica e giustizia nella postmodernità del diritto*, a cura di Iasevoli, Napoli, 2018, 43.

¹⁶ KOSTORIS, *Verso un processo penale non più stato-centrico*, in *Giurisprudenza europea e processo penale italiano. Nuovi scenari dopo il caso 'Dorigo' e gli interventi della Corte Costituzionale*, Torino, 2008, 8 ss., «da individuare oltretutto alla luce di una valutazione complessiva della vicenda processua-

Nell'epoca della postmodernità del diritto, si è affermata l'idea che le garanzie processuali siano «sterili formalismi»¹⁷; da qui la flessibilità delle forme di controllo.

Ne costituisce una chiara e pregnante esemplificazione l'orientamento dei giudici di legittimità¹⁸ secondo cui non si configura la nullità del decreto di giudizio immediato per omesso interrogatorio dell'indagato, richiesto dall'art. 453 c.p.p., quando egli sia stato già sottoposto ad interrogatorio *ex art.* 294 c.p.p. Peraltro, si tratta di un precedente consolidato¹⁹.

In tal sede, la Cassazione non si limita a rafforzare la tesi dell'*equipollenza* dei due atti sotto il profilo funzionale, a condizione che l'interrogatorio afferisca ai medesimi fatti e reati²⁰, ma va oltre. Essa perviene ad affermare la superfluità della ripetizione dell'atto anche nel caso di un ulteriore espletamento delle indagini, a seguito dell'interrogatorio di garanzia.

In dottrina, il concetto di equipollenza²¹ è stato ricostruito, ora in chiave di sostituzione dell'atto²², con la conseguenza che non si configurerebbe *a priori* l'invalidità della richiesta del pubblico ministero, ora in chiave di sanatoria del vizio per conseguimento dello scopo²³.

le».

¹⁷ IASEVOLI, *La nomofilachia come difesa dei diritti fondamentali*, in *La Cassazione penale 'giudice dei diritti'. Tra chiusura al fatto e vincolo del precedente*, Napoli, 2018, 66-67, si oppone a questa visione nel campo del diritto processuale penale, osservando che «le forme della procedura, cioè le modalità di tutela dei diritti, non sono sterili formalismi, orpelli che intralciano la giustizia o la ragionevole durata del processo, [...] dimenticando che la durata ragionevole è anche un diritto dell'imputato previsto dalla Costituzione e, per questa ragione, sottratto ad un'operazione di bilanciamento affidata al giudice».

Cfr. CATALANO, *Le invalidità alla deriva*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2017, 104, ove l'A. osserva che «il fenomeno della 'deriva delle invalidità' si articola e si ramifica in una pluralità di manifestazioni e distorsioni che vanno dalla pura e semplice disapplicazione o elusione di talune norme presidiate da sanzioni processuali alla rivalutazione del concetto pericoloso di vizio innocuo (v. sulla nozione CORDERO, *Nullità, sanatorie, vizi innocui*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1961) alla manipolazione del regime codicistico di rilevabilità delle invalidità».

¹⁸ Cass., Sez. III, 9 gennaio 2018, Batzella., in *Mass. Uff.*, n. 272382

¹⁹ Cass., Sez. II, 18 gennaio 2012, Cannone, in *Mass. Uff.*, n. 252820;

²⁰ Cass., Sez. II, 7 ottobre 2010, Salerno, in *Mass. Uff.*, n. 248873, relativamente alla assenza dell'interprete all'interrogatorio che precede la richiesta di giudizio immediato, esclude la nullità del decreto di giudizio immediato quando sia stato validamente espletato l'interrogatorio di garanzia sui medesimi fatti e reati, quale atto equipollente.

²¹ DI PAOLO, *La sanatoria delle nullità nel processo penale*, Padova, 2012, 124 ss., riporta entrambi gli orientamenti in tema di l'equipollenza intesa nel senso di "compensazione" della mancanza o invalidità dell'atto prescritto. Il primo, secondo cui il compimento di un atto, che per la sua struttura, funzione e provenienza soggettiva, assorbe o, meglio, sostituisce quello invalido impedisce il verificarsi della nullità; il secondo, che attribuisce ad un atto equipollente compiuto contestualmente o successivamente l'attributo di rimedio all'invalidità, cioè di causa di sanatoria per raggiungimento dello scopo.

²² Cfr. MOSCARINI, *Esigenze antiformalistiche e conseguimento dello scopo nel processo penale italiano*, Milano, 1988, 162 ss.

²³ Cfr. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, Padova, 2007, 439, 471,

Più specificamente, l'art. 453, co. 1, c.p.p. rientra tra quelle norme, che, pur prescrivendo una regola comportamentale per la parte pubblica, non prevedono alcuna sanzione in caso di inosservanza.

La norma fissa i presupposti di legittimità della richiesta di giudizio immediato, affidando al giudice per le indagini preliminari il sindacato sull'evidenza probatoria, che si sostituisce al controllo sul corretto esercizio dell'azione penale, svolto in sede di udienza preliminare. Il parametro di valutazione è sempre quello della proiezione finalistica dell'atto.

In altri termini, l'evidenza probatoria riflette l'idoneità degli elementi di prova, raccolti nei novanta giorni successivi all'iscrizione della notizia di reato, a sostenere l'accusa in giudizio²⁴.

Dunque, la valutazione del giudice per le indagini preliminari attesta la superfluità dell'udienza-filtro²⁵.

La semplificazione e razionalizzazione processuale riposa sulla consistenza ed univocità della piattaforma probatoria. A ciò il legislatore affianca la garanzia difensiva dell'interrogatorio sui fatti dai quali emerge tale evidenza, posto che l'assenza dell'avviso di conclusione delle indagini *ex art. 415-bis* c.p.p. non consente all'indagato né di chiedere un termine per presentare memorie, produrre documenti o depositare documentazione relativa alle investigazioni difensive di parte, né di essere sottoposto ad interrogatorio a seguito di una piena *discovery* degli atti²⁶.

evidenza le diverse prospettive adottabili. L'una evidenzia l'equivalenza funzionale dei due atti e, dunque, fa leva sull'equipollenza, l'altra valorizza il raggiungimento dello scopo e prospetta, così, una causa di sanatoria dell'invalidità.

²⁴ IASEVOLI, *Le patologie processuali nei riti alternativi*, in *Le invalidità processuali. Profili statici e dinamici*, Milano, 2015, 494, sottolinea che il processo e le forme non rilevano solo sotto il profilo di una mera concatenazione cronologica degli atti, bensì nella proiezione finalistica che è data dall'art. 125 disp. att., da cui dipende l'efficacia del sistema dei controlli e che funge da «regola cardine alla disomogeneità fasica che, a sua volta, implica l'obbligo di promuovere l'azione penale soltanto se sia stata verificata la mancanza dei presupposti dell'archiviazione». Cfr. GAITO, *Presupposti del giudizio immediato e processo equo*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, n. 5, 528, nello stesso senso, sottolinea che la legge affida al Gip, investito della richiesta, un controllo non solo formale, ma anche sostanziale parificabile a quello svolto dal giudice per l'udienza preliminare. A conferma di ciò andrebbe letta la previsione di incompatibilità di cui all'art. 34, co. 2, c.p.p. per cui, al pari del Gip, non può partecipare al giudizio il Gip che abbia deciso sulla richiesta di giudizio immediato, segnando così la equiparazione tra udienza preliminare e filtro di ammissione al giudizio immediato.

²⁵ Corte cost., n. 482 del 1992.

²⁶ Sulla compatibilità della disciplina del giudizio immediato con l'art. 24 e 3 Cost., la Corte costituzionale con sent. n. 203 del 2002 ha ritenuto che, ai fini della contestazione del fatto, le garanzie disposte dall'art. 453 c.p.p. siano sostanzialmente analoghe a quelle previsti dall'art. 415-bis c.p.p. Nel giudizio della Corte, la *discovery* totale degli atti è sopperita dalla contestazione verbale degli elementi e delle fonti da cui emerge l'evidenza probatoria, nonché dalla possibilità di presentare memorie e richieste scritte al pubblico ministero e di svolgere investigazioni difensive.

Tale atto costituisce, pertanto, una condizione di *legittimità* della richiesta di giudizio immediato.

La regola comportamentale, posta in termini di precondizione, definisce un modulo di partecipazione dell'indagato al procedimento, il cui mancato rispetto integra la violazione di una norma concernente l'intervento dell'imputato. L'assenza della previsione di una sanzione, derivante dall'omessa osservanza della disposizione, collima con il suo inquadramento nel novero delle nullità di ordine generale.

È pacifico, dunque, che la richiesta di giudizio immediato, proposta senza il previo interrogatorio dell'indagato, comporti la nullità a regime intermedio del decreto di giudizio immediato, quando il giudice per le indagini preliminari l'abbia accolta, deviando dal modello legale²⁷.

Tuttavia, la mancata rimessione degli atti al pubblico ministero in assenza dell'interrogatorio/presupposto, determina un'invalidità che, secondo la giurisprudenza di legittimità, avrà rilevanza in giudizio solo ove il giudice del dibattimento accerti la lesione effettiva di una garanzia dell'imputato, altrimenti dovrà considerarsi sanata²⁸.

La questione si pone anche in relazione al giudizio immediato cd. custodiale, disciplinato dall'art. 453, co. 1-*bis*, c.p.p. In caso di misura custodiale, il requisito dell'evidenza probatoria sfuma a fronte dei gravi indizi di colpevolezza²⁹, già verificati dal giudice cautelare, e l'interrogatorio di garanzia dovrebbe

²⁷ IASEVOLI, *Le patologie processuali nei riti alternativi*, cit., 495, la previsione di presupposti e condizioni per i particolari percorsi alternativi rispetto alla richiesta di rinvio a giudizio soddisfa «l'esigenza di certezza nel procedere, orientando l'organo di accusa nella identificazione della forma specifica dell'azione secondo paradigmi previsti al fine di tutelare i diritti inviolabili della persona, che si risolvono in parametri in misura della legalità del comportamento».

²⁸ IASEVOLI, *Le patologie processuali nei riti alternativi*, cit., 522, ritiene che la sanatoria prevista dall'art. 183 lett. b) c.p.p., per essersi la parte avvalsa della facoltà cui l'atto invalido era preordinato, sia l'unica a poter incidere sul giudizio di disvalore dell'atto. Se il giudice è chiamato a controllare che la parte, a seguito dell'atto nullo, abbia posto in essere il fatto o il comportamento che l'ordinamento prevede come conseguenza immediata dell'atto antecedente, nel caso si specie non opererebbe la causa di sanatoria. In tale controllo il pregiudizio effettivo diviene irrilevante. Dalla *Relazione al progetto preliminare del 1978*, in *Il nuovo codice di procedura penale delle leggi delega decreti delegati, vol. I, Il progetto preliminare del 1988*, a cura Conso, Grevi, Neppi Modona, Padova, 1990, 495, emerge che in Commissione consultiva era stata proposta, in aggiunta alla dizione adottata per l'art. 183 lett. b) c.p.p., anche l'espressione "o comunque l'atto ha raggiunto lo scopo". La scelta di non inserire tale inciso manifesta la volontà del legislatore di restringere l'ambito di operatività della causa di sanatoria per l'esercizio effettivo della facoltà tutelata dalla norma violata. Si è ritenuto, così, di espungere la nozione vaga ed incerta di raggiungimento dello scopo, onde per cui non sarà l'atto equipollente a sanare l'invalidità, ma uno specifico comportamento processuale della parte che corrisponda all'esercizio della facoltà cui l'atto era preordinato (DI PAOLO, *La sanatoria delle nullità nel processo penale*, cit., 132).

²⁹ Sull'autonomia del giudizio immediato custodiale rispetto all'ipotesi tradizionale e i relativi presupposti si attesta la Cassazione (Cass., Sez. II, 1 luglio 2009, Moramarco, in *Mass. Uff.*, n. 244804, Id., Sez.

aver coperto l'area dei fatti per i quali si procede nei confronti dell'indagato. In questa successione teleologica degli atti, l'esercizio dell'azione penale - nella forma speciale - è posticipato rispetto al deposito dell'ordinanza che dispone la misura e degli atti a fondamento della domanda cautelare (art. 293, co. 3, c.p.p.).

Dal combinato disposto degli artt. 453, co. 1-*bis* e 455 co. 1-*bis* c.p.p. si evince la stretta interdipendenza tra il procedimento principale ed il procedimento *de libertate*, connessa allo *status* cautelare della persona sottoposta alle indagini. Tale interdipendenza è del tutto svincolata dal concetto di evidenza della prova: ad assumere rilevanza è unicamente lo *standard* probatorio di cui all'art. 273 c.p.p. Di conseguenza, imporre il rigetto della richiesta di giudizio immediato in caso di annullamento o revoca del provvedimento cautelare, per sopravvenuta insussistenza del *fumus commissi delicti*, equivarrebbe a smentire anche l'evidenza probatoria³⁰.

Il nesso funzionale dimostra che la *ratio* sottesa alla innovazione legislativa è quella di contrarre i tempi processuali in ragione dell'esigenza di evitare scarcerazioni per decorrenza dei termini di durata della custodia³¹.

Sarebbe, invece, opportuno valutare il *fumus commissi delicti*, con prognosi di elevata probabilità di condanna (art. 273 c.p.p.). Da qui, poi, l'utilità del dibattimento, verifica, questa, interamente affidata al giudice per le indagini preliminari, non essendo prevista l'udienza preliminare³².

Anche a voler ritenere che lo scrutinio sui gravi indizi di colpevolezza assorba la prognosi inerente alla superfluità dell'udienza preliminare³³, non è esclusa

VI, 20 gennaio 2011, Guarcello, *ivi*, n. 249476) e parte della dottrina (TONINI, *Considerazioni sul giudizio immediato custodiale*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 12, 1395; MAFFEO, *Giudizio immediato custodiale ed evidenza della prova: la posizione della Corte di Cassazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 5, 560).

³⁰ VALENTINI, *La poliedrica identità del nuovo giudizio immediato*, in *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica (d.l. 23 maggio 2008, n. 92 conv. In legge 24 luglio 2008 n. 125)*, a cura di Mazza, Viganò, Torino, 2008, 291.

³¹ Cfr. VALENTINI, *cit.*, 289, sulle ragioni che portano a ritenere che l'introduzione del giudizio immediato custodiale risponda ad esigenze diverse da quella di garantire all'indiziato che la misura limitativa della libertà personale si protragga troppo a lungo.

³² VALENTINI, *cit.*, 295.

³³ MAFFEO, *Giudizio immediato custodiale ed evidenza della prova: la posizione della Corte di Cassazione*, *cit.*, 561, in commento alla sentenza Cass., Sez. II, 6 ottobre 2009, Moramarco, in *Mass. Uff.*, n. 244804, ove la S. C. ha affermato che il presupposto dell'evidenza probatoria non trova applicazione nel giudizio immediato custodiale in quanto la valutazione dei gravi indizi di colpevolezza è sufficiente a fondare la richiesta di giudizio immediato. In senso contrario DE CARO, *Controlli sulla ricorrenza dei presupposti, La giustizia penale differenziata. I procedimenti speciali*, a cura di Gaito, Spangher, Torino, 2010, 250 ss. sottolinea la diversità sostanziale tra i gravi indizi di colpevolezza ed evidenza probatoria, dovuta alla diversità tra valutazioni cautelari e valutazioni di merito (anche se la scelta sulle modalità di esercizio dell'azione non può dirsi fondata su valutazioni di merito in senso stretto). L'A. si interroga sulle conseguenze del sacrificio dell'evidenza probatoria in termini di adeguatezza di fronte alla scelta di

la possibilità che emergano dalle attività investigative circostanze tali da rendere contraddittori alcuni aspetti del quadro accusatorio. In questa prospettiva, l'interrogatorio successivo del soggetto *in vinculis*, sulle nuove circostanze, consente non soltanto l'esercizio del diritto ad interloquire sui nuovi elementi raccolti a carico, ma anche di eliminare quelle contraddittorietà che, nel rito ordinario, porterebbero ad una conclusione anticipata del procedimento in sede di udienza preliminare.

La variabilità del quadro complessivo attesta che la presenza di gravi indizi di colpevolezza, accertata dal giudice per le indagini preliminari, in sede di applicazione della misura, non necessariamente postula l'accertamento positivo in ordine alla sostenibilità dell'accusa in giudizio.

Prescindendo del tutto da questa considerazione, la giurisprudenza e parte della dottrina hanno ritenuto che vi sia una totale equipollenza tra l'interrogatorio *ex art. 453 c.p.p.* e quello di garanzia *ex art. 294 c.p.p.* Addirittura, non sarebbe prospettabile l'invalidità del decreto di giudizio immediato per mancata ripetizione dell'atto, prima della formulazione della richiesta, a causa dell'assenza della previsione nel co. 1-*bis* dell'art. 453 c.p.p. di presupposti analoghi a quelli richiesti nel primo co. In particolare, la Cassazione ha ricostruito in termini di abnormità l'ordinanza del giudice che aveva rigettato la richiesta di giudizio immediato custodiale per carenza del requisito dell'evidenza probatoria, poiché tale potere valutativo gli è riconosciuto solo nei casi di giudizio immediato *ex art. 453, co. 1, c.p.p.*³⁴.

Tuttavia, sarebbe auspicabile che le norme processuali, nel dubbio, venissero interpretate *pro reo* e lo stesso concetto di equipollenza, in questa chiave, potrebbe consentire l'estensione di garanzie previste per il compimento di certi atti e non di altri.

Si pensi all'art. 294, co. 1 c.p.p. in cui si rinviene la strutturazione del rapporto tra due atti in termini di equipollenza; difatti, non si procederà, per volontà del legislatore, all'interrogatorio della persona in stato di custodia quando esso sia stato già espletato nel corso dell'udienza di convalida dell'arresto o del fermo di indiziato di delitto.

Eppure, si è posto il problema, in relazione alla tutela del diritto di difesa, in sede di giudizio direttissimo, qualora il pubblico ministero abbia presentato l'imputato in stato di arresto direttamente davanti al giudice del dibattimento per la convalida ed il contestuale giudizio. In tale ipotesi era stata sottolineata la diversità della situazione rispetto all'indagato sottoposto a misura custodia-

saltare l'udienza preliminare.

³⁴ Cass., Sez. II, 6 ottobre 2009, Moramarco, in *Mass. Uff.*, n. 244804.

le, che – prima dell’interrogatorio *ex art. 294 c.p.p.* – ha avuto la possibilità di visionare ed estrarre copia della richiesta del pubblico ministero di misura cautelare e dei relativi atti. A fronte di tale lacuna, la dottrina auspicava un’estensione della garanzia prevista dall’art. 293, co. 3, c.p.p. anche al caso predetto, istanza che è stata in parte accolta dalle Sezioni unite nel 2010³⁵, attraverso un’esegesi garantista.

Viceversa, sembra attestare una tendenza fortemente involutiva l’orientamento che afferma la validità del decreto di giudizio immediato custodiale in mancanza di interrogatorio sull’evidenza probatoria, quando vi sia già stato quello di garanzia *ex art. 294 c.p.p.*

Esso, addirittura, si spinge sino al punto da ricomprendervi l’ipotesi in cui il pubblico ministero abbia svolto ulteriori indagini a seguito dell’atto. E non costituisce un dato di poco conto la maggiore ampiezza del termine per la proposizione della richiesta di immediato custodiale, rispetto al termine di cui all’art. 453, co. 1, c.p.p.³⁶.

La questione si pone all’interno del sistema multilivello, con ricadute sull’accezione non soltanto di *giusto processo*, ma anche e soprattutto di *equo processo*, sovrapponendosi alla prima nozione la dimensione convenzionale della seconda, connotata da concretezza ed effettualità dei diritti. In particolare, il *quid pluris* della *fairness* processuale è caratterizzato, per un verso, da una costante valutazione concreta e complessiva della singola vicenda processuale, per altro verso, dal riconoscimento di una serie di garanzie non esplicite, ma desumibili dall’art. 6 CEDU e dal concetto stesso di *fair trial*³⁷.

Ebbene, la negazione del diritto del soggetto *in vinculis* di essere ascoltato, in relazione ai dati probatori emersi nel corso delle attività di indagine, a nostro avviso si pone in contrasto con l’art. 111, co. 3, Cost. e con l’art. 6 § 3 CEDU. Difatti, non è escluso che in quella sede possano emergere elementi idonei ad influire sulle scelte difensive di parte, tra le quali rientra la facoltà di chiedere il giudizio abbreviato, sia pure nel breve termine di quindici giorni dalla noti-

³⁵ Cass., Sez. un., 11 ottobre 2010, Gemeanu, in *Mass. Uff.*, n. 247939; IASEVOLI, *Le patologie processuali nei riti alternativi*, cit., 498-499.

³⁶ VALENTINI, *La poliedrica identità nel nuovo giudizio immediato*, cit., 293, esamina il caso inverso: il rigetto della richiesta di giudizio immediato in caso di revoca o annullamento dell’ordinanza cautelare, quandanche siano proseguite le indagini ed il fascicolo contenga elementi di prova ulteriori rispetto a quelli su cui si era fondata la richiesta di misura cautelare. In riferimento a tale ipotesi, l’A. evidenzia che il controllo affidato al gip sembrerebbe ridursi ad una mera verifica formale.

³⁷ SPAGNOLO, *Il modello europeo delle garanzie minime e il regime delle invalidità: un binomio conciliabile?*, cit., 24, come il diritto a non incriminarsi, il diritto al silenzio o il diritto a partecipare personalmente al processo, pur non essendo espressamente sanciti nella Convenzione, sono pacificamente ricavabili dall’art. 6, poiché la stessa norma deve garantire ogni diritto individuale che possa subire una lesione dal complessivo svolgimento del processo.

ficazione di decreto di giudizio immediato.

Inoltre, le dichiarazioni rese in relazione ai nuovi elementi emersi dalle indagini potrebbero influire in maniera determinante sulla valutazione dell'idoneità degli stessi a sostenere l'accusa in giudizio, a meno che non si intenda svuotare di contenuti il controllo sul corretto esercizio dell'azione penale.

La violazione del diritto ad essere informato degli elementi di prova a proprio carico e di disporre del tempo necessario per preparare le proprie difese, anche in termini di scelta del rito, legittimerebbe l'imputato, in caso di condanna, a proporre ricorso alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo per violazione dell'art. 6 § 3 C.E.D.U. E nell'eventualità in cui il ricorso fosse accolto, il ricorrente potrebbe, quindi, chiedere la revisione della sentenza *ex art.* 630 c.p.p., con conseguente riapertura del processo.

Dunque, costituisce una contraddizione in termini negare la rilevanza della nullità del decreto di giudizio immediato per l'assenza di un pregiudizio in concreto, allo scopo di impedire inutili regressioni in nome della ragionevole durata del processo, quanto meno in quelle ipotesi in cui la Corte di Strasburgo potrebbe accertare un *vulnus* al diritto all'equo processo.

Il paradosso sta nel fatto che se si fosse considerata operante la sanzione, trattandosi di un regime intermedio *ex art.* 180 c.p.p., la nullità avrebbe potuto essere rilevata entro e non oltre la sentenza di primo grado, in caso contrario il vizio si sarebbe considerato sanato, in conformità al dato normativo, e *nulla quaestio*.

Da qui il tentativo di voler dimostrare che il bilanciamento tra garanzie difensive e canoni di efficienza, non rientra negli oneri esegetici gravanti sul giudice interno³⁸, né l'operazione può essere legittimata ricorrendo a criteri sostanzialistici.

A voler ritenere diversamente, sarebbe messo in discussione il rispetto dei principi identitari del nostro ordinamento giuridico, nella misura in cui si ritiene che la legalità processuale possa essere derogata dal principio della ragionevole durata del processo³⁹.

³⁸ RUGGERI, *Interpretazione conforme e tutela dei diritti dei diritti fondamentali, tra internazionalizzazione (ed "europeizzazione") della Costituzione e costituzionalizzazione del diritto internazionale e del diritto eurounitario*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, afferma che l'interpretazione conforme delle norme interna al diritto sovranazionale non può ricondurre alla «riconformazione della sostanza normativa della legge», cit. in CAPRIOLI, *Abuso del diritto di difesa e nullità inoffensive*, in *Cass. pen.*, 2012, 2454, per rimarcare che l'adeguamento al modello sovranazionale comporterebbe un ripudio del principio di tassatività ed uno sconfinamento nel terreno dell'interpretazione *contra legem*.

³⁹ KOSTORIS, *La ragionevole durata del processo nella convenzione europea dei diritti dell'uomo e nell'art. 111 Cost.*, in ID., *La ragionevole durata del processo. Garanzie ed efficienza della giustizia pe-*

Autorizzare l'inosservanza del modello legale consentirebbe l'apertura ad epiloghi processuali potenzialmente diversi⁴⁰ e, quindi, a possibili sperequazioni trattamentali.

3. L'invalidità degli atti tra legalità processuale e tesi antiformalistiche

Condividendo questa premessa, si vuole dimostrare che la nullità degli atti processuali è incompatibile con teorie fondate sul concetto di *lesività sostanziale* o *pregiudizio effettivo*⁴¹.

Quanto alla lesività sostanziale va osservato che essa si fonda su una concezione dommatica di raggiungimento dello scopo che strumentalizza la nozione di funzione dell'atto, palesando una posizione di conflittualità inconciliabile con il principio di legalità processuale⁴².

Ora, se la funzione dell'atto è sottesa al paradigma legislativo, in base ad una valutazione operata *ex ante*, solo la corrispondenza al modello tipico ne garantisce la realizzazione⁴³. Al contrario, concepire il raggiungimento dello scopo nella prospettiva del soddisfacimento dell'interesse tutelato fa sì che sia affidato al giudice un giudizio *ex post* sulla concretizzazione del pregiudizio⁴⁴.

nale, Torino, 2005, 4-5, individua tre modi di intendere la ragionevole durata del processo: ora come garanzia soggettiva spettante all'imputato (enunciata in termini di diritto della parte a che la sua causa si esamini entro un termine ragionevole, art. 6 § 1 C.E.D.U.); ora come garanzia di una efficiente amministrazione della giustizia che prevenga uno spreco di risorse che trova il suo epilogo nella prescrizione del reato (il che dimostra che «il processo ha girato a vuoto»). La durata irragionevole del processo comporterebbe una negazione delle istanze di prevenzione generale, sia in quanto all'affievolimento della minaccia della sanzione penale sia in quanto alla frustrazione della funzione della pena, a causa della lontananza temporale tra la commissione del fatto e la risposta sanzionatoria. In questi due modi di intendere il principio emerge il carattere soggettivo della garanzia. Vi sarebbe una terza prospettiva, ancora intesa in termini di efficienza dell'amministrazione della giustizia, presa in considerazione dall'art. 111, co. 2, Cost., secondo cui è compito della legge assicurare la ragionevole durata di ogni processo, prescindendo dalle singole vicende processuali.

⁴⁰ NOBILI, *Torbide fonti e adorati errori*, in *Crit. dir.*, 2012, 160, osserva che l'area del difendersi nel merito e quella del difendersi in rito sono indissolubili; «è infatti assodato che l'esito (l'accertamento dei fatti; il cd. merito) può mutare: uscire del tutto diverso, a seconda delle modalità dell'*iter*»; PASTORE, *Giudizio, prova, ragion pratica*, Milano 1992, 87-89, la verità nel processo risulta «gnoseologicamente orientata» come una «realtà costruita».

⁴¹ IASEVOLI, *La Cassazione Penale "Giudice dei diritti". Tra chiusura al fatto e vincolo del precedente*, Napoli, 2018, 56.

⁴² IASEVOLI, *La nullità nel processo partecipato: ovvero legalità e garanzie nell'etica della responsabilità*, cit., 668. L'A. richiama LOZZI, voce *Atti processuali*, (dir. proc. pen.) in *Enc.giur. Treccani*, vol. III, Roma, 1995, 7. Nello stesso senso CORDERO, *Nullità, sanatorie, vizi innocui*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 704 ss., individua le ragioni di inapplicabilità del canone.

⁴³ RICCIO, *Introduzione allo studio del sistema sanzionatorio nel processo penale*, in *Quaderni di scienze penalistiche, Università degli Studi di Napoli Federico II*, 2006, n. 2, Napoli, 34. «per l'attuazione del fine, l'interessato deve compiere le attività nel modo predeterminato se vuole che il procedimento prosegua verso la sua naturale conclusione».

⁴⁴ IASEVOLI, *La nullità nel sistema processuale penale*, cit., 247.

Un sindacato di questo tipo perde la natura di giudizio di disvalore dell'atto, operato sulla base della comparazione con il modello normativo.

Due sono, dunque, gli elementi, che si prestano a falsificazioni nella teoria del pregiudizio effettivo: l'interesse e la funzione.

C'è chi⁴⁵ ha paragonato la teoria del pregiudizio effettivo nel sistema processuale alla 'concezione realistica del reato' sul piano di diritto penale sostanziale. Il parallelo si fonda nuovamente sul concetto di interesse. Se nel primo caso si intende subordinare la rilevanza della violazione di una prescrizione alla sussistenza del 'danno', nel secondo si condiziona la punibilità del fatto costituente reato all'offesa dell'interesse specificamente protetto dalla norma incriminatrice⁴⁶. Ciò equivale, come si è già detto, a considerare quale elemento costitutivo della fattispecie nulla anche il pregiudizio.

Tale ricostruzione si pone evidentemente in contrasto con l'impianto codicistico nella misura in cui rileva un *quid pluris* nel dato normativo, che collide con gli ordinari criteri interpretativi dettati nell'art. 12 disp. prel.

Lo spirito antiformalistico, che anima la teoria del pregiudizio effettivo, potrebbe condurre, per questa via, ad una negazione di valori essenziali del sistema processuale. Ad esempio, può considerarsi violato il principio di imparzialità tutte le volte in cui la giurisprudenza non considera il giudice, che conduce l'esame, destinatario dei divieti di porre domande suggestive o che possano nuocere alla genuinità delle risposte⁴⁷. Nel caso di specie, l'indirizzo interpretativo non si limita a chiarire la portata di una disposizione dal significato incerto, bensì svuota di contenuti la *littera legis*, già sufficientemente nitida nella rubrica dell'art. 499 c.p.p.⁴⁸.

⁴⁵ APRATI, *Effettivo pregiudizio e nullità*, Milano, 2018, 11-12.

⁴⁶ RICOLA, *Teoria generale del reato*, in Nss. Di., XIX, Torino, 1973, 84.

⁴⁷ CATALANO, *Le invalidità alla deriva*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2017, 104. L'A. richiama, inoltre, l'espressione giudice *partisan* di AMODIO, *Estetica della giustizia penale. Prassi, media, fiction*, Milano, 2016, 74. L'A. osserva che proprio in questo campo vi è una ricca giurisprudenza volta ad escludere che i divieti di cui all'art. 499, co. 2 e 3 c.p.p. si rivolgano al giudice che procede alla conduzione dell'esame; la giurisprudenza arriva addirittura ad escludere che la conduzione per intero del controesame da parte del giudice generi un qualsiasi vizio della prova dichiarativa (Cass., Sez. VI, 30 gennaio 2013, Rionero, in *Mass. Ull.*, n. 257026; anche Id., Sez. VI, 8 ottobre 2008, Pagano, in *Mass. Ull.*, n. 241318).

⁴⁸ La giurisprudenza ha assunto una posizione altalenante sul tema. La soluzione cui si è giunti è che proprio la lettera della rubrica "*regole per l'esame testimoniale*" evidenzia in maniera chiara che il destinatario delle regole è il giudice stesso, che ne fa uso in sede di controllo sulla regolarità della conduzione dell'esame in qualità di parametri di ammissione della prova dichiarativa. Non potrebbe, quindi, che eserne destinatario in prima persona quando rivolge direttamente domande al teste, in virtù del potere conferitogli dall'art. 506, co. 2, o quando è egli stesso a condurre l'esame (art. 498, co. 4). Cfr. IASEVOLI, *Il minore 'fonte di prova', Tra assiologia ed effettività*, Satura editrice, 2012, 146, ove richiama anche alcuni orientamenti della Cassazione, da un lato propensi all'applicazione dei divieti anche nei confronti

Inoltre, accentuando la dicotomia tra efficienza e garanzie, si conferisce al giudice il delicato compito di scegliere quale tra il diritto a far valere la nullità di un atto ed il diritto a veder concludersi il processo in tempi ragionevoli sia più “fondamentale” dell’altro.

Riteniamo che la regola della tassatività⁴⁹ e il binomio nullità speciale-regime relativo inducano a circoscrivere l’interesse all’ambito della deducibilità del vizio.

Se l’art. 182, co. 1, c.p.p. qualifica l’interesse in termini di presupposto di azionabilità del rimedio, da esso può dedursi che questo assume rilevanza solo nella misura in cui la parte non sia legittimata a far valere il vizio⁵⁰.

La norma fa riferimento a delle situazioni o accadimenti successivi, che escludono la legittimazione a sollevare l’eccezione quando, nonostante la nullità dell’atto, l’interesse sia venuto meno in ragione di fattori esterni e non dipendenti dalla volontà della parte⁵¹.

Ci si è chiesti perché, allora, si parli di assenza o irrilevanza della nullità e non

del presidente (Cass., Sez. III 11 maggio 2011, M., in *Mass. Uff.*, n. 250615), dall’altro ne escludono l’operatività tanto nei confronti del presidente come dell’ausiliario di cui si avvale nell’esame del minore (Cass., Sez. III, 28 maggio 2009, C., in *Mass. Uff.*, n. 246205; Cass. Pen. sez. III 20 maggio 2008, in *Mass. Uff.*, n. 240261).

⁴⁹ Cfr. GALATINI, voce *Vizi degli atti processuali penali*, in *Digesto disc. pen.*, vol. XV, Torino, 1999, 357, «per la nullità, in particolare, la non necessarietà del pregiudizio deriva dalla tassatività in senso stretto, stimata da un espresso disposto» citato in IASEVOLI, *La nullità nel sistema processuale penale*, cit., 250.

DOMINIONI, *Commento all’art. 177 c.p.p.*, in *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, diretto da Amodio-Dominioni, II, Milano, 1989, 257 ss., evidenzia che, da un lato, la regola vieta al giudice di dichiarare nullo un atto in assenza di una previsione legislativa che disponga una comminatoria di invalidità, che non può desumersi da principi generali dell’ordinamento o, per analogia, da altre disposizioni processuali; ciò anche in presenza di un dimostrabile pregiudizio sofferto dalla parte. Dall’altro, *a contrario*, non può ritenersi irrilevante la deviazione dal paradigma legislativo, quando ciò sia sanzionato espressamente in termini di nullità dell’atto, invocando la inoffensività della violazione.

In senso ancor più deciso APRATI, *Effettivo pregiudizio e nullità*, cit., 9, «le nullità sono il luogo più ostico dove applicare l’effettività, vista la presenza nel nostro sistema del principio di tassatività».

⁵⁰ La parte non è legittimata a far valere il vizio quando non è portatrice di un interesse all’osservanza della disposizione o ha concorso a dar causa alla violazione (art. 182 comma 1 c.p.p.). Cfr. IASEVOLI, *La nullità nel processo partecipato: ovvero legalità e garanzie nell’etica della responsabilità*, cit., 686; APRATI, *Effettivo pregiudizio e nullità*, cit., 176, riporta gli orientamenti giurisprudenziali sulla carenza di interesse. Una parte della giurisprudenza, anche quella sotto la vigenza del vecchio codice, riteneva che il giudice dovesse verificare la carenza di interesse nell’assenza di un danno illegittimo direttamente derivato dall’atto nullo, che si risolvesse in uno specifico, concreto ed attuale pregiudizio per la parte (Cass., Sez. IV, 19 febbraio 1992, Sità, in *Mass. Uff.*, n. 189947). Altra parte della giurisprudenza ha, invece, ritenuto sufficiente, perché sussista l’interesse a sollevare l’eccezione di nullità, che vi sia anche solo la possibilità che il provvedimento viziato produca una lesione di un diritto di un interesse giuridico della parte (Cass., Sez. III, 22 giugno 1994, Panicocolo, in *Mass. Uff.*, n. 198695).

⁵¹ APRATI, *Effettivo pregiudizio e nullità*, cit., 207, circostanze [...] che giustificano l’impossibilità di chiedere la nullità in quanto il danno è stato comunque riparato, compensato dall’esterno».

di difetto di interesse⁵², così da consentire che l'atto resti invalido e che tale invalidità possa essere rilevata dal giudice o eccepita dalle altre parti legittimate⁵³, quand'anche si sia verificato un fatto impeditivo⁵⁴ della dichiarazione di nullità nei confronti di una di esse.

Nella stessa prospettiva, la scelta della parte di non dedurre il vizio entro i termini previsti (art. 182, co. 3, c.p.p.) o entro il compimento dell'atto - quando vi assiste - (art. 182, co. 2, c.p.p.) rientra nella concezione di interesse quale presupposto di azionabilità del rimedio e non di sanatoria del vizio⁵⁵.

Se le cose stanno in questi termini, «il primo canone dell'efficienza del processo è il rispetto delle sue regole»⁵⁶, essendo *giusto* il processo regolato dalla legge, quella stessa legge che definisce le patologie in relazione alla funzione processuale⁵⁷.

La questione è strettamente interpretativa: confluiscono all'interno dello statuto del giusto processo e delle garanzie minime processuali, contenuto nell'art. 6 CEDU, tanto il diritto alla rimozione di un atto invalido (garanzia implicita del principio di legalità processuale), quanto il diritto alla conclusione del procedimento in tempi ragionevoli, senza, quindi, regressioni "superflue"⁵⁸.

⁵² *Ivi*, 203, «perché non optare per un difetto di interesse e non già per l'assenza di nullità?». Il quesito viene posto in relazione ad alcuni casi concreti, quali la esclusione della nullità per il mancato rinvio per legittimo impedimento dell'imputato alle udienze in cui si articola l'udienza preliminare, poiché non si verificherebbe alcun pregiudizio concreto quando sono trattate solo questioni preliminari e tecniche inidonee ad essere pregiudicate dall'assenza dell'imputato; o ancora la esclusione della nullità della sentenza per difetto di correlazione se la condanna per un fatto diverso sia stata preceduta da un pieno contraddittorio sui fatti diversi non contestati ma poi addebitati in sentenza (Cass., Sez. III, 21 giugno 2013, Maniscalco, in *Mass. Uff.* n. 255699).

⁵³ SPANGHER, *Atti*, in *Procedura penale*, Torino, 2014, 268.

⁵⁴ APRATI, *cit.*, 209, sulla distinzione tra difetto di interesse quale fatto impeditivo della dichiarazione di nullità, cui è ricollegabile un semplice onere di allegazione (e non un onere probatorio in senso stretto), e causa di sanatoria quale fatto estintivo della pretesa riparatoria, cui non è ricomesso nessun genere di onere.

⁵⁵ Cfr. IASEVOLI, *ivi*, 679, ove afferma che «l'eccezione, risentendo [...] dell'interesse all'osservanza della disposizione violata, assume una connotazione squisitamente tecnica intesa come *conditio sine qua non* per la declaratoria del giudice e diviene manifestazione pregnante del principio dispositivo nell'ambito della specie delle nullità a regime relativo».

⁵⁶ Cfr. LA ROCCA, *La tassatività delle nullità negli itinerari mutevoli della giurisprudenza*, in *Arch. Pen.*, 2017, n. 1, 5, sul fondamento della legalità processuale e della tassatività e, dunque, del divieto di interpretazioni analogiche *in malam parte* limitative dei diritti dell'imputato.

⁵⁷ SPANGHER, *Prefazione*, *cit.*, 1. Cfr. IACOVIELLO, *Il quarto grado di giurisdizione: la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Cass. pen.*, 2011, 2, 800, rileva la distinzione tra l'art. 111 Cost. che concepisce il processo come funzione e l'art. 6 CEDU che ne valorizza la dimensione di diritto dell'imputato. A tal proposito sottolinea che «per la Costituzione il giusto processo è quello "regolato dalla legge", mentre per la Convenzione EDU è un diritto che preesiste alla legge e va affermato anche contro la legge processuale ingiusta».

⁵⁸ SECHI, *Nullità assolute e durata ragionevole dei processi: prassi applicative e riflessioni de iure condendo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, 250, «accanto all'esaltazione delle garanzie difensive contenute

È inevitabile, a questo punto, rilevare la differenza sostanziale che corre tra il ragionamento giudiziale svolto dalla Corte europea rispetto a quello svolto dal giudice interno⁵⁹.

«La Cassazione è il giudice del sistema, delle regole». Al contrario, «La Corte di Strasburgo è il giudice dei diritti, del caso»⁶⁰.

La cognizione del giudice interno ha ad oggetto il singolo atto ed è incentrata sul concetto di fattispecie, così come delineata all'interno di un sistema di nullità chiuso, cioè dominato dai principi di legalità e tassatività delle invalidità⁶¹.

Viceversa, la Corte di Strasburgo considera l'intero processo e si sofferma sulle lesioni concrete, indipendentemente dalla correttezza dell'*iter* processuale. Con il suo giudizio, la Corte mira ad accertare se nel caso di specie si sia prodotta una lesione dei diritti fondamentali dell'imputato, prescindendo del tutto dalle categorie di nullità, inutilizzabilità o sanatoria⁶². Confondere gli *iter* logici argomentativi porterebbe, in sostanza, al paradosso per cui il giudice nazionale si troverebbe ad operare senza fattispecie, solo in base a principi⁶³. Ciò equivarrebbe a chiedergli di stabilire l'esistenza di una violazione del diritto di difesa senza alcun parametro normativo ulteriore rispetto alla norma di principio contenuta nell'art. 24 Cost⁶⁴.

In breve, quindi, la Corte europea non accerta una violazione di legge. Ben potrebbe aversi un atto invalido, ma che di per sé non leda alcun diritto fondamentale o, viceversa, un atto pienamente legittimo, ma lesivo⁶⁵.

nell'art. 111 Cost., che imporrebbe, correlativamente, un rafforzamento del regime delle invalidità, poste a tutela, sia pure posteriore, di tali prerogative, il legislatore costituzionale ha previsto, altresì, il principio della ragionevole durata del processo, che a sua volta orienta a “valorizzare il principio della conservazione degli atti imperfetti, attuando l'incidenza del vizio sull'*iter* procedimentale” (PAULESU, *sub art. 177*, in *Commentario breve al codice di procedura penale*, a cura di Conso Grevi, Padova, 2005, 488)».

⁵⁹ La Rocca, *La tassatività delle nullità negli itinerari mutevoli della giurisprudenza*, cit., 13, rileva una contraddizione: derogare al rigido regime delle invalidità mina la certezza e prevedibilità del diritto, cui – secondo la giurisprudenza europea – non si deve rinunciare quando vi in gioco sono i diritti fondamentali.

⁶⁰ Cfr. IACOVELLO, *Il quarto grado di giurisdizione: la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, cit., n. 2, 795 – 802 ss.

⁶¹ *Ibidem*, «la Corte EDU ragiona usando il principio di proporzionalità; la Cassazione, invece, è fedele al principio di tipicità».

⁶² SPAGNOLO, *Il modello europeo delle garanzie minime e il regime delle invalidità: un binomio conciliabile?*, cit., 34-35. IACOVELLO, *Il quarto grado di giurisdizione: la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Cass. pen.*, 2011, n. 2, 811 ss. Cfr. ID., *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, Milano, 2013, 882, ove si fa riferimento ad una dicotomia tra un processo il cui risultato deve essere conforme alle regole e un processo il cui risultato deve essere conforme ai diritti fondamentali.

⁶³ NOBILI, *Torbide fonti e adorati errori*, in *Crit. dir.*, 2012, 161.

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ IACOVELLO, *Il quarto grado di giurisdizione: la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, cit. 803.

D'altra parte, il diritto di difesa - nelle sue diverse espressioni - non deve, secondo la giurisprudenza costituzionale, essere bilanciato con il principio di ragionevole durata del processo, posto che ciò che assume rilevanza è la *durata del giusto processo*⁶⁶ ai sensi dell'art. 111 Cost.

In estrema sintesi, se si legittimasse ogni deroga utile allo scopo di abbreviare la durata del procedimento, si aprirebbero le porte ad un processo non giusto, perché carente sotto il profilo delle garanzie e non conforme al modello costituzionale⁶⁷.

4. L'anima inquisitoria del pregiudizio effettivo

La transizione dal codice di procedura penale Rocco al codice Vassalli non ha segnato un cambiamento di direzione negli orientamenti giurisprudenziali in materia di nullità degli atti processuali, se la *littera legis* tuttora recede di fronte a vizi ritenuti non pregiudizievoli.

Risalente è la tesi che considerava sanata la nullità in caso di notificazione del decreto di citazione all'udienza, recante una data errata, quando l'imputato ne avesse comunque avuto "piena ed esatta conoscenza"⁶⁸. Si considerava altresì sanata la nullità del decreto di citazione a giudizio che concedesse alla difesa un certo termine dalla data dell'udienza dibattimentale, per prendere visione di atti o documenti, più breve rispetto a quelli previsti dalla legge⁶⁹. Tali indirizzi ermeneutici trovano un seguito nel diritto 'vivente', consolidatosi sotto la vigenza del codice del 1988⁷⁰.

Si colloca, infatti, sulla stessa linea l'indirizzo che nega la sussistenza della nul-

⁶⁶ AMODIO, *Giusto processo, procès équitable e fair trial: la riscoperta del giusnaturalismo processuale in Europa*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2003, 95-96, il termine giusto processo costituisce una formula tutt'altro che neutra o teorica (GREVI, *Garanzie soggettive e garanzie oggettive nel processo penale secondo il progetto di revisione costituzionale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1998, 728) poiché «racchiude l'esercizio della *iurisdictio* entro un preciso orizzonte di principi senza il rispetto dei quali viene meno il *minimum* necessario a definire "processo" la sequenza delle attività dirette ad accertare un fatto penalmente rilevante». L'A. si schiera contro quella parte della dottrina che considera la garanzia del giusto processo (art. 111 comma 1 Cost.) autonoma da quella della ragionevole durata ex art. 111 comma 2 Cost, ritenendo di conseguenza inconcepibile un conflitto tra i due principi con necessario bilanciamento.

⁶⁷ Corte cost., 4 dicembre 2009, n. 317, *Considerato in diritto* § 8.

⁶⁸ Cass., Sez. II, 15 luglio 1960, in *Giust. pen.* 1961, III c. 46. Sugli indirizzi giurisprudenziali più recenti in materia di notificazione della citazione all'imputato e dell'omessa notifica dell'avviso dell'udienza preliminare, LA ROCCA, *La tassatività delle nullità negli itinerari mutevoli della giurisprudenza*, cit., 7.

⁶⁹ Cass., Sez. III, 6 novembre 1958, in *Giust. pen.*, 1958, III c. 326.

⁷⁰ Cfr. CAPRIOLI, *Abuso del diritto di difesa e nullità inoffensive*, in *Cass. pen.*, 2012, 2444 ss. riporta le due pronunce della Cassazione nella ricostruzione operata da CORDERO, *Nullità, sanatorie, vizi innocui*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1961, 728 ss., il quale osserva come - nonostante nella disciplina dei termini vi sia una chiarezza tale da non lasciare margini apprezzabili di interpretazione - la giurisprudenza abbia ugualmente travalicato il lessico legislativo.

lità per violazione del principio di correlazione tra l'accusa e la sentenza *ex art. 522 c.p.p.*, quando il fatto contestato non sia mutato nei suoi elementi essenziali in modo da comportare un effettivo pregiudizio ai diritti della difesa⁷¹.

Segue, ancora, la pronuncia delle Sezioni unite⁷² che nega la sussistenza di una nullità a regime intermedio quando il giudice abbia concesso all'imputato un termine più breve rispetto a quello previsto dall'art. 108 c.p.p., in seguito a revoca, rinuncia, incompatibilità o abbandono della difesa, ogni qualvolta la condotta processuale della parte, secondo la lettura dell'organo giudicante, sia inquadrabile nel fenomeno dell'avvicendamento dei difensori, che integra gli estremi dell'abuso del processo⁷³. Avendo ritenuto che un termine più breve non incida negativamente sui diritti della difesa, le Sezioni unite aderiscono, così, alle tesi che ritiene l'offensività dell'atto viziato un elemento integrativo della fattispecie invalidante⁷⁴.

È indubbio che la previsione della sospensione del dibattimento per la concessione di un termine alla difesa, quando ad essa non si affianca la correlativa sospensione dei termini di custodia cautelare e di decorrenza della prescrizione, presti il fianco a prassi abusive⁷⁵.

Tali condotte processuali si sostanziano in una strumentalizzazione degli istituti processuali per scopi altri rispetto a quelli perseguiti del legislatore. Tuttavia, la soluzione non può essere individuata nella disapplicazione di norme dettate al fine di salvaguardare il diritto inviolabile di difesa, senza che ciò si traduca in una prassi non solo contraria al sistema processuale, ma anche incompatibile con l'ordinamento costituzionale *in primis*.

⁷¹ *Ex plurimis*, Cass., Sez. III, 12 novembre 2009, Cavalera, in *Mass. Uff.*, n. 243776.

⁷² Cass., Sez. un., 29 settembre 2011, Rossi, in *Mass. Uff.*, n. 251496.

⁷³ CAPRIOLI, *cit.*, 2446. L'A. ripercorre il percorso argomentativo della sentenza che individua nella condotta della parte, finalizzata ad ottenere una dilatazione dei tempi processuali tale da consentire la maturazione della prescrizione, un abuso del processo; tale figura costituisce un fattore che spinge all'applicazione di canoni antiformalistici. Si definisce abuso del processo l'uso dannoso di strumenti processuali per uno scopo diverso da quello fisiologico, che realizza una distorsione funzionale dell'atto (CATALANO, *L'abuso del processo*, Padova, 2004; IASEVOLI, *Le nullità nel sistema processuale penale*, cit., 229).

⁷⁴ *Ivi*, 2449. Rispetto all'affermazione delle Sezioni unite per cui l'imputato «non aveva titolo» per vedere accolta la propria richiesta di concessione di termini a difesa, l'A. osserva sembra alludersi ad un *deficit* di legittimazione della parte assimilabile al difetto di interesse, da cui dovrebbe seguire, al più, una declaratoria di inammissibilità della richiesta (e non una mancata verifica della nullità). Il rilievo ci consente di ricollegarci alle osservazioni fatte nel paragrafo precedente sulla concezione di interesse quale requisito di legittimazione *stricto sensu* (v. *supra* §2).

⁷⁵ Sull'abuso del diritto e la sanatoria delle nullità derivanti dalla violazione di norme concernenti l'assistenza e di difesa dell'imputato al processo, LA ROCCA, *La tassatività delle nullità negli itinerari mutevoli della giurisprudenza*, cit., 14 ss.

Del resto, è lo stesso legislatore ad aver espressamente previsto al comma 2 dell'art. 108 c.p.p. l'eccezione alla regola, ossia la possibilità per il giudice di concedere un termine inferiore a sette giorni se vi sono specifiche esigenze processuali, che possono determinare la scarcerazione dell'imputato o la prescrizione del reato. Sulla base di tale referente normativo, la scelta del giudice di concedere un termine inferiore può dirsi legittima fin quando siano ravvisabili tali *specifiche esigenze* e non oltre. È evidente che, se l'udienza è stata fissata a pochi giorni dalla data di maturazione della prescrizione del reato per cui si procede, il termine possa contrarsi nel rispetto del tempo minimo di ventiquattro ore imposto dalla norma. In questo modo, non residua alcuno spazio per la valutazione di lesività in concreto del termine più breve. È il legislatore ad aver operato *ex ante* un bilanciamento tra il diritto al termine a difesa per la parte e l'esigenza di concludere il procedimento prima che maturi la prescrizione.

Provando a seguire un ragionamento *a contrario*, rispetto al predetto orientamento, diviene possibile conciliare la tipicità con la lesività nei rapporti tra ordinamento interno e sovranazionale⁷⁶. Si prenda il caso in cui, in ottemperanza alle norme processuali, sia nominato in corso di dibattimento un difensore d'ufficio per l'imputato che ne sia sprovvisto (art. 97, co. 4, c.p.p.). Ciò non assicura, nella stragrande maggioranza dei casi, una tutela effettiva del diritto alla difesa della parte. Tuttavia, tale dato sostanziale non viene in rilievo rispetto alla verifica di eventuali invalidità processuali. Al contrario, la logica del *fair trial as a whole*, seguita dalla Corte EDU, impone di valutare che con tale nomina il diritto dell'imputato alla difesa tecnica sia stato realmente rispettato⁷⁷.

In quest'ottica l'osservanza delle regole processuali costituisce il grado minimo di tutela sul piano ordinamentale interno, al quale può eventualmente sommarsi il ricorso individuale alla Corte di Strasburgo per lesione di un diritto fondamentale, in presenza di una qualsivoglia situazione processuale. Difatti, il ricorso sarà proponibile anche in caso di totale mancanza di una previsione legislativa dettata per la protezione di quello specifico diritto.

Secondo questo inquadramento, è possibile tenere distinti i due piani, posta la necessità di aprire le porte a *standard* di tutela dei diritti fondamentali più elevati rispetto a quelli garantiti sul piano nazionale.

Ancor più recente è l'orientamento della giurisprudenza di legittimità secondo cui non si produrrebbe una nullità in caso di formazione del fascicolo per

⁷⁶ IACOVIELLO, *Il quarto grado di giurisdizione: la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, cit., 813.

⁷⁷ *Ibidem*.

il dibattimento al di fuori del contraddittorio per l'assenza di un pregiudizio effettivo alle esigenze della difesa⁷⁸. La Suprema Corte esclude la rilevanza della violazione dell'art. 431 c.p.p., cioè della mancata formazione del fascicolo dibattimentale all'interno di un'udienza celebrata in contraddittorio tra le parti dinanzi al giudice dell'udienza preliminare. In tale ipotesi, si è negata la sussistenza di una nullità di ordine generale, in particolare concernente la partecipazione dell'imputato al processo (art. 178 lett. c), sulla base dell'osservazione che tutte le questioni, astrattamente proponibili in quella sede, potranno essere riproposte nella fase degli atti introduttivi al dibattimento *ex art. 491 c.p.p.*⁷⁹.

È questo un caso in cui l'interpretazione della legge processuale va oltre la *littera legis*. La prescrizione contenuta nell'art. 431 c.p.p. rappresenta inopinabilmente un'attuazione delle direttive contenute nella legge delega del 1987 (art. 2, co. 1), essendo un elemento indefettibile del modello accusatorio la formazione della prova in contraddittorio tra le parti, dinanzi ad un giudice terzo ed imparziale. Di conseguenza, un'interpretazione derogatoria della norma processuale si pone in contrasto con il precetto costituzionale secondo cui il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova (art. 111, co. 4, Cost.)⁸⁰.

La disomogeneità fasica dà attuazione al principio costituzionale, poiché consente di filtrare gli atti compiuti nel corso delle indagini in un contraddittorio pieno ed effettivo tra le parti, in assenza del quale dovrebbe indiscutibilmente escludersi la transizione degli stessi alla fase del giudizio per il mezzo del fascicolo dibattimentale.

Non può considerarsi irrilevante, nel caso di specie, l'esclusione della nullità rilevabile anche d'ufficio entro la sentenza di primo grado. Neutralizzare la sanzione ed affidare alle questioni preliminari, sollevabili dalle parti, il compi-

⁷⁸ Cass., Sez. II, 3 dicembre 2013, Mitidieri, in *Mass. Uff.*, n. 251081.

⁷⁹ Cass., Sez. II, 3 dicembre 2013, Mitidieri, in *Mass. Uff.*, n. 251081. In senso contrario, Cass., Sez. I, 8 novembre 2007, in *Mass. Uff.*, n. 239187, che ha ritenuto sussistere una nullità a regime intermedio nel caso in cui «l'udienza per la formazione del fascicolo del dibattimento sia tenuta nonostante la documentata impossibilità del difensore dell'imputato di parteciparvi per legittimo impedimento».

⁸⁰ Cfr. sulla questione GAITO, *Presupposti del giudizio immediato e processo equo*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, n. 5, 533-534, ove sottolinea la necessità che sia rispettata la regola della formazione nel contraddittorio del fascicolo per il dibattimento anche in ipotesi di giudizio immediato, affidando al Gip dinanzi al quale è avanzata la richiesta di rito alternativo il compito di provvedervi (e non al p.m.). L'A. richiama l'orientamento della Suprema Corte in materia (Cass., Sez. I, 8 maggio 2008, Ervin, in *Mass. Uff.*, n. 239998, Id., Sez. II, 7 febbraio 2003, Chakara) secondo cui, pur richiedendo l'art. 431 c.p.p. in astratto l'esistenza di un contesto di contraddittorio già esistente, quando ciò manca non potrebbe che provvedervi il giudice che dispone il giudizio immediato «senza alcun pregiudizio per le questioni sul contenuto risolvibili in sede di questioni preliminari e senza danno per la difesa».

to di ripristinare la legalità dell'*iter* procedimentale determina un pregiudizio per la parte, già solo in considerazione della contrazione dei tempi processuali per eccipire il vizio. La mancata proposizione delle questioni preliminari, *subito* dopo il compimento *per la prima volta* delle formalità previste dall'art. 484 c.p.p., determina una preclusione che, secondo questa impostazione, cristallizzerebbe il compendio probatorio su cui si formerà il libero convincimento del giudice. Difatti, il potere di sollevare la questione anche successivamente è limitato all'ipotesi in cui la possibilità di proporla sia sorta durante il giudizio: non configurandosi la nullità a regime intermedio, non vi sarebbe più alcun rimedio esperibile sino alla conclusione del giudizio.

La possibilità per le parti di concordare l'acquisizione al fascicolo dibattimentale degli atti contenuti in quello del pubblico ministero, nella fase degli atti introduttivi al giudizio (art. 493, co. 3, c.p.p.), non implica l'irrelevanza del vizio concernente gli atti che vi siano già transitati in assenza di contraddittorio. Piuttosto, la previsione di un modulo consensuale di acquisizione di atti unilateralmente formati rafforza l'imprescindibilità di un *accordo* tra le parti sull'utilizzabilità degli stessi ai fini probatori. L'accordo diviene strumento di rinuncia al contraddittorio sulla singola prova e legittima l'acquisizione dell'atto e la sua successiva utilizzabilità.

Risultando pacifica l'illegittimità degli atti in tal modo acquisiti al dibattimento, non potrebbe che operare la sanzione della inutilizzabilità (art. 526 c.p.p.), rilevabile in ogni stato o grado del procedimento (art. 191, co. 2, c.p.p.). Non può non considerarsi pregiudizievole per la parte il conseguente onere di tempestiva impugnazione della sentenza resa sulla base di prove illegittimamente acquisite, che, aprendo le porte ad un ulteriore grado di merito, incontestabilmente frustra lo scopo di concludere celermente il procedimento.

È evidente la contraddittorietà dell'indirizzo ermeneutico allo stesso principio cui vorrebbe dare attuazione, non producendo alcun effetto utile in termini di durata del *procedimento*, ma solo una compressione del diritto della difesa a partecipare alla formazione della prova in contraddittorio.

5. Il diritto ad un equo processo

E se le norme processuali «scandiscono la progressione degli atti»⁸¹, attribuendo alle parti il diritto ad un eguale trattamento sotto il profilo del *modus procedendi*; qualora ne venisse consentita la disapplicazione a seconda dei casi, sarebbe messo in discussione il concetto stesso di democrazia⁸².

⁸¹ IASEVOLI, *La nullità nel sistema processuale penale*, cit., 24.

⁸² *Ivi*, cit., 27.

Eppure, l'impegno assunto dai singoli Stati aderenti alla Convenzione è condizionato ad ottenere la massima estensione degli *standard* di tutela dei diritti fondamentali, anche a costo di ritenere prevalente la norma interna su quella convenzionale. In questo modo è possibile arginare la portata dell'obbligo di interpretazione conforme⁸³, in linea con le stesse previsioni della Carta⁸⁴.

La stessa Corte costituzionale⁸⁵ richiama l'attenzione sull'esistenza di un "margine di apprezzamento" lasciato ai singoli Stati nell'applicazione delle norme CEDU. È proprio sulla base di tale criterio che la giurisprudenza interna può ritenere di non dover ricorrere ad una strumentalizzazione di concetti, quali la lesività sostanziale, o ad una valutazione in concreto del pregiudizio derivante dal singolo vizio.

Viceversa, per realizzare l'adeguamento della legislazione vigente agli obblighi assunti nel contesto sovranazionale si finisce per travalicare notevolmente il dato normativo⁸⁶.

È estremamente eloquente l'affermazione della Corte per cui la Convenzione non mira a proteggere diritti solo astrattamente riconosciuti ("*rights that are purely theoretical*") e che, anzi, proprio in relazione alle circostanze del caso concreto, anche la compressione di una garanzia difensiva non assurge a violazione dell'art. 6 § 1 della Convenzione ogniqualvolta risulti che la stessa si traduca in un diritto senza un fine o un substrato sostanziale⁸⁷. Allo stesso

⁸³ Esprime un parere negativo sull'obbligo di interpretazione conforme PALAZZO, "*Principio di legalità e giustizia penale*", cit., 244, ove afferma che l'art. 12 disp. prel. c.c. è stato praticamente travolto dall'irrompere delle varie specie di interpretazione conforme, secondo cui il giudice non è tanto tenuto ad osservare delle regole "modali" della sua attività interpretativa quanto piuttosto a conseguire un certo "risultato interpretativo", con un'implicita ma evidente svalutazione dei canoni interpretativi che dovrebbero assicurare l'equilibrio tra la componente "creativa" della sua attività e la base testuale della decisione.

In senso favorevole, invece, GAETA, *Dell'interpretazione conforme alla C.E.D.U.: ovvero, la ricombinazione genica del processo penale*, in *questa Rivista*, 2012, 2, evidenzia i benefici derivanti da un uso sapiente di tale canone ermeneutico, che può arrivare a garantire un grado minimo ma irrinunciabile di armonizzazione dei sistemi processuali che si sostanzia nella protezione dei diritti fondamentali nella vicenda del processo.

⁸⁴ La Convenzione EDU (art. 53), come la Carta di Nizza (art. 53), riconoscono la propria affermazione in ambito interno solo quando consentano di raggiungere *standard* di tutela dei diritti fondamentali più elevati rispetto a quelli offerti dagli ordinamenti nazionali.

⁸⁵ Corte cost., n. 317 del 2009.

⁸⁶ Dello stesso parere APRATI, *Effettivo pregiudizio e nullità*, cit., 220. In senso contrario IACOVIELLO, *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, Milano, 2013, 147, ritiene che tanto l'art. 6 C.E.D.U. quanto l'art. 178 c.p.p. siano norme cogenti. Pertanto, non ci sarebbe scelta: l'unica soluzione possibile sarebbe quella di integrare le due norme. Per cui, «l'art. 178 c.p.p. pone il principio di tipicità e l'art. 6 C.E.D.U. quello di lesività. Integrando le due norme si avrà una nuova fattispecie processuale: le nullità generali tipiche e lesive [...]».

⁸⁷ Corte EDU, 15 giugno 2004, n. 1814/02, *Stepinska c. Francia*, sulla irrilevanza della negazione del diritto a rispondere alle difese orali dell'*advocate-general* nella procedura preliminare di ammissibilità

modo, essa ritiene che l'esigenza di salvaguardare il *fair trial* potrebbe consentire di superare gli ostacoli formali, cioè, quelle regole che si frappongono ad un'effettiva tutela.

Il diritto ad un *fair trial*, in quanto espressione di un valore democratico preminente nella nostra società, peraltro, fa sì che sia esclusa qualsiasi forma di interpretazione restrittiva dell'art. 6 § 1 CEDU⁸⁸.

È di tutta evidenza che la *pregiudizialità* è insita nella natura stessa del giudizio dinanzi alla Corte EDU, essendo ammissibile il ricorso solo in presenza di un errore di fatto o di diritto che si sia tradotto in una lesione concreta di un diritto fondamentale riconosciuto dalla Carta⁸⁹.

La Corte costituzionale ha, tuttavia, ribadito in diverse occasioni che l'art. 117, co. 1, Cost. rappresenta sì la valvola di accesso del diritto sovranazionale, ma anche uno sbarramento quando da esso deriverebbe una tutela inferiore rispetto a quella garantita dall'ordinamento nazionale⁹⁰.

L'orientamento si origina da una questione estranea all'ambito delle invalidità processuali: quella della consunzione del potere di impugnativa del condannato, assente al processo ed ignaro della sua esistenza, in caso di impugnazione proposta dal difensore d'ufficio (art. 175, co. 2, c.p.p.). Ciononostante, la vicenda è ugualmente connessa al corretto svolgimento del processo nel pieno rispetto delle garanzie difensive. D'altra parte, il giudice delle leggi pone in debito risalto la stretta relazione tra gli artt. 117 - in relazione all'art. 6 C.E.D.U., come interpretato dalla Corte di Strasburgo - 24 e 111 Cost., ovvero la compenetrazione delle prerogative offerte dalle tre norme ai fini di un adeguato esercizio della difesa. Non sfugge che ad essa sia riconducibile il diritto dell'imputato a che il processo si articoli in una sequenza di atti conforme alla legge e, in caso contrario, il diritto ad una rimozione del vizio.

In questa prospettiva, sarebbe opportuno rivalutare l'asserita preminenza del principio della ragionevole durata del processo alla luce degli orientamenti della Corte EDU in materia di violazione del contraddittorio.

La Corte di Strasburgo non esita a dichiarare la violazione dell'art. 6 § 1 della Convenzione in tutti quei casi in cui la difesa non abbia potuto esercitare pie-

del ricorso per Cassazione ai sensi dell'art. 6 § 1 C.E.D.U.

⁸⁸ Corte EDU, 12 febbraio 2004, n. 47287/99, *Perez c. Francia*, § 64.

⁸⁹ Cfr. IACOVIELLO, *Il quarto grado di giurisdizione: la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Cass. Pen.*, 2011, n. 2, *cit.*, 796.

⁹⁰ *Ex multis*, Corte cost., 4 dicembre 2009, n. 317. La Corte prosegue affermando che «la conseguenza di questo ragionamento è che il confronto tra tutela convenzionale e tutela costituzionale dei diritti fondamentali deve essere effettuato mirando alla massima espansione delle garanzie, anche attraverso lo sviluppo delle potenzialità insite nelle norme costituzionali che hanno ad oggetto i medesimi diritti», *Considerato in diritto* § 7.

namente ed effettivamente le proprie prerogative in posizione di parità tra le parti⁹¹.

Inoltre, seguendo il ragionamento giudiziale della Corte, alla luce della complessiva vicenda processuale, è plausibile che le argomentazioni sostenute in questa sede possano indurre – se condivise – a dichiarare la violazione del *fair trial* per lesione delle garanzie difensive in presenza di un pregiudizio effettivo per la parte. Lo stesso è concretamente determinato dall'onere di proporre un'impugnazione per inutilizzabilità della prova, quale unico rimedio per far valere il vizio, una volta esclusa la nullità a regime intermedio.

Il principio di diritto è ripreso da una più recente pronuncia⁹² in cui la Corte di Strasburgo ha applicato il criterio dell'offensività in relazione ad una nullità sorta durante lo svolgimento di un processo civile. Nella fattispecie, l'invalidità era stata generata dall'omessa notifica dell'ordinanza di ammissibilità del ricorso *per saltum* alla Suprema Corte e della memoria difensiva della controparte. La vicenda rappresenta un caso di scuola, a cui si è già fatto riferimento: la sanatoria del vizio di notificazione del provvedimento per averne la parte avuto conoscenza *aliunde*. A fronte della posizione del Governo portoghese, pienamente attestata sulla negazione della rilevanza della nullità per raggiungimento dello scopo, la Corte EDU coglie l'occasione per definire con più chiarezza i confini del *fair trial*.

Richiamandosi alla propria giurisprudenza consolidata in materia⁹³, la Corte preliminarmente ribadisce che la nozione di *equo processo* implica, in linea di principio, il diritto delle parti di prendere conoscenza di tutto ciò che è presentato al giudice ed è idoneo ad incidere sulla sua decisione, affinché possa essere oggetto di contraddittorio.

Qui l'offensività non viene ravvisata nell'impossibilità di reagire tempestivamente all'ordinanza perché non regolarmente notificata nei tempi prescritti. La Corte ha ritenuto che la conoscenza dell'atto fosse effettivamente desumibile da un parere della Procura della Repubblica, che vi faceva riferimento, e che solo dal momento della conoscenza di quest'ultimo sarebbe decorso, inutilmente, il termine per poter domandare la dichiarazione di nullità.

⁹¹ Corte EDU, Grande Camera, 20 febbraio 1996, n. 15764/89, *Lobo Machado c. Portugal*. Nel caso di specie la violazione del contraddittorio derivava dalla impossibilità per la difesa di prendere visione ed ottenere copia degli atti scritti dell'*Attorney-General's department* di sostegno alle tesi della pubblica accusa e determinanti ai fini della decisione della *Supreme Court*. Ne consegue una impossibilità per la parte di esercitare in maniera effettiva il proprio diritto a contraddire le tesi accusatorie.

⁹² Corte EDU, 17 maggio 2016, n. 4687/11, *Liga Portuguesa de Futebol Profissional c. Portugal*.

⁹³ *Lobo Machado c. Portogallo*, 20 febbraio 1996, § 31, Rapporti di sentenze e decisioni 1996-I, *Vermeulen c. Belgio*, 20 febbraio 1996, § 33, Rapporti 1996-I, *Nideröst-Huber c. Svizzera*, 18 febbraio 1997, § § 23-24, Rapporti 1997-I e *Novo e Silva c. Portogallo*, n. 53615/08, § 54, 25 settembre 2012.

Occorre rilevare, però, l'esistenza di una *dissenting opinion* della maggioranza dei membri della Corte, che è contrariamente attestata sulla sussistenza della violazione dell'art. 6 § 1 della Convenzione. La circostanza che la decisione si sia fondata su motivi che non sono stati presentati per la discussione alle parti (perché non regolarmente notificati) non può che rappresentare un *vulnus* del diritto di difesa, per violazione del principio contraddittorio, ed essere contrario alla natura di un processo fondato sul principio dispositivo. Le argomentazioni sono applicabili *a fortiori* anche e soprattutto ai procedimenti penali, ove le deduzioni delle parti non si limitino a definire il *thema decidendum* in ordine all'esistenza o alla lesione di un diritto, bensì contribuiscano a costituire la piattaforma probatoria relativa all'imputazione.

In buona sostanza, sottrarre alla dialettica processuale elementi su cui si fonderà il convincimento giudiziale equivale a sconfessare il carattere partecipato del processo penale e, dunque, dello stesso modello accusatorio.

Ebbene, se si volesse applicare la regola del caso *Liga Portuguesa de Futebol Profissional c. Portugal*⁹⁴ all'ipotesi di mancata proposizione della questione preliminare, relativa alla formazione del fascicolo del dibattimento, entro il termine indicato dall'art. 491 c.p.p., è altamente probabile che la Corte potrebbe determinarsi in senso contrario all'offensività del vizio.

L'estrema difficoltà di previsione degli esiti di una controversia avente ad oggetto questioni simili evidenzia la natura delle decisioni della Corte EDU, fondate su una *case-by-case basis*. È doveroso, pertanto, interrogarsi su quelli che potrebbero essere gli effetti di un ricorso individuale proposto per una violazione del contraddittorio (o più in generale del *fair trial*), rigettato o accolto a seconda delle valutazioni del caso, sul rispetto del principio di uguaglianza formale nel nostro ordinamento.

6. Conclusioni

L'esplicita affermazione dell'inviolabilità dei diritti della persona porta con sé il riconoscimento di una situazione giuridica soggettiva ed un impegno propositivo dello Stato nel garantirla, così che se ne possa predicare l'effettività. Autorevole dottrina ha ritenuto, inoltre, che l'aggettivo '*inviolabile*' debba intendersi come '*irrivocabile*'⁹⁵, cioè sottratto *in toto* al procedimento di revisione costituzionale⁹⁶. A questo versante, va ad affiancarsi quello relativo alla legi-

⁹⁴ Cioè la preclusione derivante dall'inutile decorrenza del termine per domandare la dichiarazione di nullità.

⁹⁵ Diffusamente IASEVOLI, *La nullità nel sistema processuale penale*, cit., 25 ss.

⁹⁶ Cfr. CARRETTI, *I diritti fondamentali: libertà e diritti sociali*, Torino, 2002; GROSSI P.F., *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, Padova, 1972; BARILE, *Diritti dell'uomo e*

slazione ordinaria, ove la garanzia di inviolabilità impone l'adozione di vincoli formali e procedurali, finalizzati al rispetto della dignità umana⁹⁷.

Se i diritti e le libertà inviolabili sfuggono alla revisione costituzionale, è ragionevole pensare che non possano altresì essere oggetto di bilanciamento da parte del giudice⁹⁸, come peraltro è già stato affermato dalla stessa Corte Costituzionale⁹⁹.

L'affermazione della categoria generica del raggiungimento dello scopo¹⁰⁰, su cui si fonda la teoria del pregiudizio effettivo, andrebbe ulteriormente rivalutata alla luce della giurisprudenza costituzionale, in particolar modo in seguito alla dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 630 c.p.p.¹⁰¹ nella parte in cui non prevede tra i casi di revisione anche una condanna per iniquità processuale ex art. 6 CEDU¹⁰².

Si è osservato che la pronuncia ha messo seriamente in discussione il valore del giudicato nel nostro ordinamento, ma non solo. Ha rafforzato il carattere assoluto delle nullità previste come tali dal legislatore, proprio in virtù del giusto processo.

Dunque, già il passaggio ad un modello accusatorio aveva determinato la necessità di affiancare al concetto di lesività sostanziale un ulteriore elemento giustificativo, dotato di una forte incisività sulle norme processuali. La scelta di individuare nel principio di ragionevole durata del processo tale fattore rafforzante ha portato, tuttavia, ad un paradossale conflitto ermeneutico¹⁰³.

Nella sentenza 113 del 2011 il Giudice delle leggi non solo si conforma al proprio precedente orientamento in tema di bilanciamento tra garanzie difen-

libertà fondamentali, Bologna, 1984.

⁹⁷ IASEVOLI, *La nullità nel sistema processuale penale*, cit. 30, «[...] nella più alta e tipica manifestazione del principio di legalità processuale».

⁹⁸ GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, 2004, 216 ss., osserva che sembra di che vi siano una serie di forze nel processo che si fronteggiano e che non si possa rinunciare a nessuna di esse, né possa effettuarsi un bilanciamento: l'una non può essere sacrificata in favore dell'altra.

⁹⁹ Si ricordi Corte cost., n. 317 del 2009.

¹⁰⁰ Cfr. CORDERO, *Nullità, sanatorie, vizi innocui*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1961, 704, rileva come un atteggiamento di insofferenza verso le forme conduca l'interprete alla tentazione di 'plasmare' il precetto: la nullità scade a mera irregolarità; le prescrizioni si affievoliscono per essere intese come semplici raccomandazioni; gli atti processuali sembrano quasi trasformarsi in atti a forma libera, cui l'ordinamento si interessa solo per statuire il singolo scopo, lasciando liberi le parti ed il giudice di scegliere la via meno difficile per realizzarlo. «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 in ordine al *quomodo* dell'atto.»

¹⁰¹ Corte cost., n. 113 del 2011.

¹⁰² Pronunce cui lo Stato italiano deve conformarsi in virtù dell'art. 46 CEDU.

¹⁰³ Cfr. APRATI, *Effettivo pregiudizio e nullità*, cit., 211, «semberebbe che la riscoperta teoria dell'effettivo pregiudizio delle nullità non aspetti altro che essere legittimata alla luce dell'equo processo».

sive delle parti e ragionevole durata del processo, ma assume una posizione ancora più decisa in tema di invalidità degli atti processuali.

Infatti, la Consulta specifica che – in deroga al principio per cui i vizi processuali si considerano coperti dal giudicato – il giudice della revisione valuterà le cause di iniquità del processo, rilevate dalla Corte di Strasburgo, in chiave *di vizi degli atti processuali*, adottando i provvedimenti idonei a rimuoverli¹⁰⁴. Posta l'indiscutibilità dei valori della certezza e della stabilità della cosa giudicata, non sarebbe contrario alla Costituzione il venir meno degli effetti preclusivi del giudicato quando ad essere compromessa è una garanzia connessa ad un diritto fondamentale, accertata dalla Corte EDU, ancor di più in ragione della copertura costituzionale del *fair trial* ex art. 111 Cost.

Ci si è chiesti, quindi, come una questione di diritto – quella relativa all'interpretazione delle norme processuali alla luce del parametro fornito dalla Corte EDU – possa giustificare l'utilizzo di tale rimedio¹⁰⁵. Ebbene, la pronuncia della Corte fornisce delle puntuali motivazioni sul perché la revisione, nella sua nuova riqualificazione giurisprudenziale, costituisca l'istituto più adatto allo scopo e, proprio facendo leva sulla sua *eterogeneità* rispetto ai casi ordinari, dissolve ogni dubbio.

Oltre all'incompatibilità con il diritto inviolabile di difesa (art. 2 e 24 Cost.) e con il principio di legalità processuale (art. 111 Cost.), è stato già evidenziato come l'attribuzione al giudice di un'eccessiva discrezionalità in tema di invalidità entri in collisione anche con il principio di parità di trattamento dei cittadini di fronte alla giurisdizione (art. 3, co. 1, Cost.) ed il principio di soggezio-

¹⁰⁴ Corte cost., n. 113 del 2011, § 8, «il giudice della revisione valuterà anche come le cause della non equità del processo rilevate dalla Corte europea si debbano tradurre in vizi degli atti processuali alla stregua del diritto interno, adottando nel nuovo giudizio tutti i conseguenti provvedimenti per eliminarli».

¹⁰⁵ Cfr. IACOVIELLO, *Il quarto grado di giurisdizione: la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, cit., 818-819, evidenzia le ragioni per le quali la revisione non sarebbe la soluzione più adatta ai fini dell'adeguamento. L'A. propone, invece, di ricorrere all'art. 670 c.p.p., come fattispecie integrata dagli artt. 35 e 46 CEDU, per cui la norma dovrebbe essere letta nel senso che il giudice dell'esecuzione dovrebbe procedere alla sospensione dell'esecuzione, con liberazione dell'interessato, «anche quando accerta l'esistenza di un obbligo di rinnovare un grado processuale ai sensi dell'art. 46 CEDU». Altre soluzioni proposte in giurisprudenza furono l'impiego in via analogica del ricorso straordinario per cassazione ex art. 625-bis c.p.p. e l'istituto della restituzione in termini per la proposizione dell'impugnazione. La Corte osserva, nella sent. 113 del 2011, che lo strumento di cui all'art. 625-bis c.p.p. è strutturalmente inidoneo ad assicurare la riapertura dei processi a fronte di violazioni che non si siano verificate nell'ambito del giudizio di cassazione; mentre l'istituto della restituzione in termini per impugnare sarebbe utilizzabile solo quando vi è una violazione convenzionale collegata alla disciplina del processo contumaciale. Rispetto alla proposta di ricorrere alla declaratoria di inesigibilità del giudicato da parte del giudice dell'esecuzione – soluzione già sostenuta dalla Corte di Cassazione nel 2007 –, la Consulta sottolinea che ciò non realizzerebbe l'obiettivo perseguito della riapertura del processo, ma una mera stasi processuale.

ne del giudice solo alla legge (art. 101, co. 2, Cost.)¹⁰⁶.

La trama costituzionale è inscindibilmente connessa al formalismo come garanzia: l'estetica del processo attesta il rispetto della legalità, valorizzando la componente individualistica del giusto processo, inteso come diritto dell'individuo *in primis*¹⁰⁷.

In questa prospettiva, le forme del rito rispondono ai canoni di presunzione di innocenza, di imparzialità del giudice e del contraddittorio nella manifestazione concreta delle condotte processuali¹⁰⁸. In sintesi, ad essere messi in discussione sono i principi fondanti l'intera disciplina delle invalidità: legalità ed imparzialità.

Fin qui l'incompatibilità con il sistema costituzionale. Parimenti, si può argomentare sul versante delle norme processuali.

In onore alla Scuola giuridica liberale giova evocare la visione del processo come luogo di *necessary violenze*, da cui deriva il corollario per cui «è necessario il freno della regolarità», poiché «un procedimento senza formalità è l'indice d'un fatale e illimitato dispotismo»¹⁰⁹. Questa idea si estrinseca in diverse forme: «il controllare, il riconoscere, l'intervenire; il sottrarsi, il dedurre invalidità»¹¹⁰.

L'antitesi tra regole e principi assume i connotati del paradosso. Se ciascuna regola incarna una scelta di valore, invocare un principio per procedere alla sua disapplicazione equivale ad una negazione del suo substrato ontologico ed assiologico.

A nostro avviso, a fronte di un'invalidità degli atti processuali valutata *ex ante* dal legislatore, spetta al giudice, che la ritenga "*inoffensiva*", il compito di evidenziarne i profili di incompatibilità con il principio di ragionevolezza (art. 3 Cost.) e con i vincoli di adeguamento agli obblighi internazionali (art. 117 Cost.); così, competerà al Giudice delle leggi statuire se la fattispecie si collochi realmente al di fuori del sistema delle invalidità perché estranea alla sua

¹⁰⁶ CAIANIELLO, *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo*, cit., 21 s.

¹⁰⁷ RICCIO, *Ragioni del processo penale e resistenze eversive, tra novellazioni e prassi*, in ID. *Ideologie e modelli del processo penale*. Scritti, Napoli 1995, 195 «giusto processo è un concetto che esprime, esso stesso, un diritto dell'individuo prima ancora che un dovere della società o un obbligo verso la società».

¹⁰⁸ AMODIO, *Estetica della giustizia penale. Prassi, media, fiction*, Milano, 2016, 20. Così l'A. delinea con chiarezza i tratti caratteristici dell'*estetica della giustizia penale*, quale categoria che denota le forme del rito giudiziario rispondenti ai canoni richiamati. *Ivi*, 23, segue osservando che il conflitto tra libertà e autorità sta al centro della giustizia penale ed in ragione di ciò lo statuto dell'estetica si compone di quel complesso di garanzie che definiscono e caratterizzano l'esteriorità del processo per arginare ogni arbitrio o sopruso dettato dalle spinte repressive.

¹⁰⁹ NOBILI, *Torbide fonti e adorati errori*, in *Crit. dir.*, 2012, 159.

¹¹⁰ *Ibidem*.

ratio.

Per questa via è possibile individuare il punto di equilibrio tra il potere giurisdizionale e il sistema multilivello dei diritti.