

L'OPINIONE

PIER PAOLO PAULESU

Invalidità processuali penali e scenari in trasformazione: tensioni antiformalistiche, efficienza, garanzie^{1*}

L'articolo contiene alcune riflessioni (soprattutto in prospettiva) sul ruolo delle invalidità processuali (nullità, inammissibilità, inutilizzabilità) nel quadro dell'attuale visione iper-efficientista della giustizia penale, soffermandosi in particolare sulle principali criticità che emergono in questa materia.

Criminal procedural invalidities and changing scenarios: anti-formalistic tensions, efficiency, guarantees.

The paper contains some reflections (especially in perspective) on the role of the most important procedural invalidities (nullity, inadmissibility, unlawfully gathered evidence) in the context of the current efficiency trend of Criminal justice, focusing on some critical issues on this topic.

SOMMARIO: 1. Il valore del tempo, il valore delle forme. - 2. Nullità e pregiudizio effettivo. - 3. *Segue.* Offensività processuale, *principio di affidamento*, imparzialità del giudice. - 4. Abuso del processo e autotutela del sistema. - 5. Inammissibilità ed efficienza processuale: modelli deboli e modelli forti. - 6. Inutilizzabilità e manipolazione delle forme.

1. *Il valore del tempo, il valore delle forme.* Riflettere oggi sul sistema delle invalidità processuali penali significa misurarsi con due questioni di fondo, logicamente concatenate, inquadrandole all'interno del modello efficientista di processo che si sta progressivamente delineando.

La prima questione. Il valore del *tempo*. Nessun settore della giurisdizione penale sembra ormai in grado di sottrarsi ad una fredda analisi in termini di costi/benefici basata su un mero parametro cronologico. Un parametro considerato oggi apicale, assorbente, frutto (purtroppo) di una visione esasperata e massimalista del principio della ragionevole durata dei processi. Questa visione pan-efficientista del processo si sta diffondendo e consolidando sempre di più a livello politico, nazionale ed europeo. Il messaggio veicolato è chiaro: la solidità e l'affidabilità di uno Stato economicamente avanzato dipende in gran parte dalla rapidità del passaggio giurisdizionale. Che anche il sistema dei presidi sanzionatori del processo penale possa risulturne in futuro problematicamente coinvolto è molto probabile. Lo è perché il *fattore tempo* costituisce, per l'appunto, un requisito distintivo e strutturale di quel sistema. Basti pensare al regime di trattamento delle nullità intermedie e relative, articolato su precise tempistiche di deduzione/rilevazione del vizio legate alle diverse

¹ * Il presente contributo riproduce, con alcune integrazioni al testo e alle note, il saggio pubblicato nel volume *Corderiana. Sulle orme di un maestro del rito penale*, a cura di Catalano-Ferrua, Torino, 2023.

scansioni procedurali. Tempistiche che, sommate alla possibilità di rinnovare l'atto dichiarato nullo, possono rallentare l'evoluzione del processo. Ebbene, ipotizzare futuri scenari restrittivi in questa specifica materia è tutt'altro che azzardato. Così come non sembra azzardato prevedere che le politiche di contrazione temporale dei processi possano coinvolgere direttamente le sanatorie, ampliandole. Per convincersene, basti pensare che una soluzione di questo tipo è già presente in materia di giudizio abbreviato. La richiesta di quel rito speciale, come è noto, funge da *sanatoria speciale* di tutte le nullità intermedie e relative verificatesi anteriormente. Piegandosi ad una giurisprudenza discutibile, il legislatore adotta una soluzione davvero singolare: sfrutta una precisa strategia dell'imputato tesa ad ottenere un vantaggio premiale (la riduzione della pena) per legittimare una probabile condanna basata (anche) su pregressi atti invalidi. Quando chiede il giudizio abbreviato, l'imputato si espone insomma ad un doppio rischio: quello di essere condannato sulla base di atti di indagine; quello di essere condannato sulla base di indagini viziate.

Un discorso a parte meritano le nullità assolute. Integrando figure d'invalidità a lunga gittata, perché insanabili e rilevabili d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento, le nullità assolute sono uno dei principali fattori di rischio di allungamento dei tempi processuali. Se scoperte tardivamente (in appello o addirittura in Cassazione), possono infatti determinare la regressione del procedimento. Ciò che (per ora) sembra collocare le nullità assolute al riparo dall'attuale tendenza *efficientista* è lo spessore delle garanzie presidiate. Garanzie strutturali e identitarie di un sistema concepito guardando ai modelli accusatori più evoluti: capacità del giudice, numero dei componenti dei collegi, iniziativa del pubblico ministero nell'esercizio dell'azione penale, *vocatio in iudicium* dell'imputato, partecipazione necessaria del difensore. Indebolire le nullità assolute per velocizzare i processi penali significherebbe quindi, nei fatti, mutare il volto dell'attuale sistema. Eppure, qualche timore in prospettiva inevitabilmente affiora. Per due ragioni. Perché i segnali d'insofferenza per il severo regime di trattamento delle nullità assolute non sono certamente mancati in passato². Perché un legislatore che concepisce e tollera un mecca-

² Così, ad esempio, è accaduto che un giudice si sia arbitrariamente auto-investito del potere discrezionale volto a trasformare nei fatti una nullità assoluta in una nullità intermedia, tramite la valorizzazione del criterio del conseguimento dello scopo. Si trattava di un caso di notificazione della citazione presso il domicilio reale dell'imputato a mani di persona convivente, e non presso il domicilio eletto, e con la

nismo singolare e discutibile come l'improcedibilità per decorrenza dei termini massimi delle impugnazioni, dove la funzione cognitiva del processo - cioè la ragione della sua stessa esistenza - è cinicamente sacrificata sull'altare dell'efficienza (non importa se l'imputato è colpevole o innocente: il problema dell'accertamento, ad un certo punto, viene definitivamente accantonato), potrebbe non avere troppi scrupoli nel depotenziare in futuro anche la categoria delle nullità assolute per velocizzare i processi.

La seconda questione. Il valore delle *forme*. Qui il profilo della velocità del passaggio giurisdizionale si salda con quello della sua massima semplificazione. Franco Cordero definiva i processi penali «macchine retrospettive miranti a stabilire se qualcosa sia avvenuto, e chi l'abbia causato»³. Conseguire il più alto livello di certezza giudiziale (intesa come corrispondenza ai fatti, ricostruiti sulla base delle prove disponibili) rispettando gli alti valori coinvolti è lo scopo perseguito. Ed è proprio il peso di quei valori (costituzionali e sovranazionali) a giustificare l'alto tasso di formalità che caratterizza la giurisdizione penale. Gli atti processuali penali sono infatti a *forma vincolata*. Non è possibile compiere l'atto con la forma più idonea al raggiungimento dello scopo (secondo il noto principio di libertà delle forme). L'elevata *formalizzazione* del processo penale punta, sul piano generale, ad assicurarne il corretto funzionamento in un'ottica di stretta legalità, conferendo così al passaggio giurisdizionale una legittimazione interna (tra gli stessi protagonisti del processo) ed esterna (nella coscienza collettiva). Su un piano più specifico, poi, gli obiettivi perseguiti sono essenzialmente due (e rappresentano i lati della stessa medaglia): *a)* limitare l'uso della forza da parte dell'autorità (perquisizioni, intercettazioni, sequestri, ordinanze cautelari, accompagnamenti e prelievi coattivi)⁴, incanalandola entro binari rigorosamente predeterminati e prevedibili; *b)* tutelare la parte tendenzialmente debole del processo, cioè l'imputato. Nel processo penale l'equazione forma=garanzia ha quindi i connotati

prova acquisita agli atti dell'effettiva conoscenza dell'atto da parte del destinatario. Ebbene, secondo le Sezioni unite, l'irregolarità della notificazione della citazione può essere equiparata alla sua omissione solo se effettivamente l'imputato non ne abbia avuto conoscenza. Se invece risulta che l'imputato sia comunque venuto a conoscenza dell'atto, si configura una nullità intermedia soggetta alla sanatoria per raggiungimento dello scopo (Cass., Sez. un., 27 ottobre 2004, Palumbo, in *Cass. pen.*, 2005, 383).

³ CORDERO, *Procedura penale*, IX ed., Milano, 2012, 568.

⁴ Sull'uso della forza nel processo penale, cfr., per un quadro di sintesi, CAMON, *Sfondi*, in CAMON-CESARI, DANIELE, DI BITONTO, NEGRI, PAULESU, *Fondamenti di Procedura penale*, III ed., Padova, 2021, 6.

dell'assioma. Come è stato autorevolmente osservato, «abbandonare le forme significa togliere l'unico carattere che distingue un processo penale»⁵. Un monito, oggi, attualissimo. Soprattutto se si considera che l'intolleranza per le forme tende a manifestarsi solitamente in modo subdolo, attraverso insidiose forzature esegetiche.

Dopodiché, bisognerebbe correttamente separare la forma dal formalismo. Quest'ultimo è il travisamento, la distorsione, la degenerazione della forma. La forma è espressione di sostanza: è al servizio di un valore, di una garanzia. Il formalismo è espressione del vuoto⁶: è fine a sé stesso. In linea di principio, si può dire che c'è formalismo e non forma quando il compimento di un atto confligge apertamente con i criteri di ragionevolezza e di proporzionalità che debbono guidare l'interpretazione e l'applicazione delle norme processuali.

Sul piano pratico non è però agevole tracciare un netto confine tra il fisiologico rispetto delle forme e le distorsioni applicative del formalismo (spesso letto in chiave ostruzionistica, defatigante, cioè come espediente tecnico dei difensori per dilatare i tempi processuali; ma è una visione parziale e riduttiva di un fenomeno più ampio che coinvolge tutti i protagonisti del processo penale; in senso lato, anche l'eccesso di zelo persecutorio di un pubblico ministero è formalismo; lo è anche l'interpretazione poco equilibrata di alcuni parametri decisori da parte del giudice; è formalismo anche il comportamento negligente di un pubblico ministero o di un giudice che omette un atto dovuto o lo compie tardivamente; anche l'iniziativa "temeraria" di una parte civile, in fondo, è formalismo).

Di qui il seguente interrogativo. C'è da chiedersi se la lotta al formalismo condotta in nome della semplificazione e della razionalizzazione del passaggio giurisdizionale possa a volte celare una pericolosa intolleranza per le forme⁷. Il pensiero corre subito ad alcune figure di matrice dottrinale e giurisprudenziale che stanno via via emergendo proprio nel settore delle invalidità proces-

⁵ Così, NOBILI, *Processo penale e ricerca della verità*, in *Scritti inediti*, raccolti da Canon, Padova, 2021, 108. Sul valore delle forme nel processo v. già CONSO, *Il concetto e le specie d'invalidità*, Milano, 1955, 3. Di recente, CAPONE, *L'invalidità nel processo penale. Tra teoria e dogmatica*, Padova, 2012, 85 s.; IASEVOLI, *Le nullità nel sistema processuale penale*, Padova, 2008, 30 s.

⁶ Riprendendo l'intuizione di SATTA, *Il formalismo nel processo*, in *Il mistero del processo*, Milano, 1994, 30.

⁷ Timori già espressi da CATALANO, *Le invalidità alla deriva*, in AA.VV., *Legge e potere nel processo penale*, Padova, 2017, 142.

suali. Ci si riferisce al cd. “pregiudizio effettivo”⁸ e all’“abuso del processo”. Posto che queste figure esprimono una forte tensione antiformalistica bisognerebbe coglierne le finalità, le potenzialità, ma anche i rischi. Costituiscono utili strumenti di modernizzazione del processo penale? Assicurano cioè il giusto equilibrio tra efficienza e garanzie? O rappresentano invece insidiose vie di fuga dal rigore delle forme? Nel senso che mirano solo all’efficienza trascurando il peso delle garanzie che in quel rigore formale trovano un solido presidio?

Premesso che il pregiudizio effettivo e l’abuso del processo puntano entrambi a soddisfare esigenze di *giustizia sostanziale* (adattare il sistema delle invalidità ad ogni singola vicenda processuale e ai concreti interessi sottostanti), è necessario fare una distinzione. Valorizzare il criterio del pregiudizio effettivo significa guardare *oltre le forme*. Significa cioè riconoscere al giudice il potere di verificare di volta in volta la concreta offensività dell’atto imperfetto. Se l’offesa non è più automaticamente inclusa nell’imperfezione, può accadere che un atto formalmente viziato venga considerato dal giudice sostanzialmente inoffensivo. Così, il vizio diventa processualmente irrilevante perché (ritenuto) innocuo. Valorizzare l’abuso del processo, dal canto suo, significa guardare *dentro le forme*, per scoprire usi distorti e strumentali di un atto in sé perfetto, non viziato, ma nella sostanza (ritenuto) nocivo per il sistema (*rectius*: antifunzionale). Che il pregiudizio effettivo e l’abuso del processo costituiscano materia fragilissima, da maneggiare con estrema cautela, è perciò indubbio. Lo è soprattutto se si considera l’ampio spazio di discrezionalità del giudice chiamato a formulare giudizi di valore sull’effettivo peso dell’atto sulle dinamiche procedurali. C’è insomma il rischio, come vedremo meglio in seguito, che possano risultarne indebolite alcune garanzie che proprio nel rigore formale del processo trovano una solida tutela: imparzialità del giudice, parità di armi tra le parti, diritto di difesa.

Naturalmente, il discorso fin qui svolto sul valore del tempo e delle forme alla luce dell’attuale tendenza efficientista della giustizia penale coinvolge, come vedremo, anche altre figure d’invalidità: l’inammissibilità,

⁸ Sul tema, APRATI, *Effettivo pregiudizio e nullità*, Padova, 2018; CAIANIELLO, *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nelle invalidità processuali penali*, Bologna, 2012; CATALANO, *Le invalidità alla deriva*, cit., 140 s.; CONTI, *Nullità ed inutilizzabilità: problemi attuali e prospettive di riforma*, in *Cass. pen.*, 2008, 1657; MAZZA, *Il pregiudizio effettivo tra legalità processuale e discrezionalità del giudice*, in *Giust. pen.*, 2015, III, 698; volendo, PAULESU, *Pregiudizio effettivo e nullità degli atti processuali penali*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 882.

l'inutilizzabilità, ma anche l'abnormità⁹. Basti qui dire che l'inammissibilità svolge una potente funzione selettiva degli atti di parte (le richieste) e rappresenta ormai da tempo il più importante terreno di sperimentazione di politiche di contrazione temporale dei processi, di decongestione del carico giudiziario, segnatamente sul piano della progressione verticale del processo (Appello e Cassazione).

2. *Nullità e pregiudizio effettivo*. Sappiamo che in materia di nullità degli atti processuali penali l'equazione forma=garanzia è assicurata da una ferrea sequenza che delinea una sorta di sistema chiuso, tetragono, con due poli normativi ben definiti: l'art. 177 e l'art. 185 c.p.p. Quel sistema può essere così sinteticamente descritto. Gli atti sono a forma vincolata; le fattispecie di nullità sono tassative (di qui il divieto di estenderle o restringerle); l'offesa è inclusa nell'imperfezione; il giudice ha l'obbligo di dichiarare la nullità rilevata o eccepita (a meno che non intervenga una sanatoria nei modi e nei termini fissati dalla legge). Il principio di tassatività proietta quindi la sua lunga ombra sui poteri del giudice, che risultano a loro volta tassativamente predeterminati. Ergo, la diagnosi positiva del vizio dovrebbe sempre implicare la diagnosi positiva dell'offesa: constatata l'avvenuta trasgressione di un modello di condotta presidiato da una nullità, l'indagine del giudice sulla presenza o no di un effettivo pregiudizio dovrebbe ritenersi vietata.

⁹ Sappiamo che l'abnormità nasce dall'attività "creatrice" della giurisprudenza, che si tratta di una sorta di rimedio di "chiusura" (una sorta di *extrema ratio*) volto ad eliminare situazioni patologiche altrimenti irrisolvibile (il principio di tassatività impedirebbe infatti di dichiarare un atto invalido e inefficace nonostante il suo conclamato impatto negativo sul sistema), e che integra un autonomo motivo di ricorso per Cassazione per violazione di legge (art. 111 co. 7 Cost. e 606 lett. a c.p.p.). Si ritiene che l'abnormità colpisca solo gli atti del giudice a contenuto decisorio (Cfr. SANTALUCIA, *L'abnormità dell'atto processuale penale*, Padova, 2003, 113). L'atto abnorme può essere espressione di un potere non consentito. Più spesso l'abnormità nasce invece dall'esercizio di un potere, in astratto legittimo, ma esercitato al di fuori dei casi previsti o con modalità del tutto inconsuete⁹. Schematizzando, si suole distinguere l'abnormità morfologica (o strutturale) dall'abnormità funzionale. La prima riguarda atti non riconducibili a modelli contemplati dal sistema processuale. L'atto compiuto risulta perciò estraneo al sistema (ad esempio, il pubblico ministero presenta la richiesta di archiviazione contro ignoti ex art. 415 c.p.p., e il giudice ordina di formulare l'imputazione). La seconda tipologia di abnormità riguarda gli atti suscettibili di produrre irreversibili stasi procedurali (ad esempio, il pubblico ministero presenta la richiesta di rinvio a giudizio ed il giudice dispone l'archiviazione). Sarà proprio questa seconda figura di abnormità a trovare verosimilmente una sempre più larga applicazione come rimedio estremo votato all'efficienza.

Che un sistema così concepito possa apparire antistorico alla luce del principio costituzionale (e “convenzionale”) della durata ragionevole del processo è certamente comprensibile. Basti dire che le nullità costituiscono da sempre un naturale terreno di scontro dialettico tra le parti, spesso foriero di rallentamenti temporali. È perciò vero che il principio della durata ragionevole del processo ex art. 111, co. 2 Cost. spinge a ottimizzare le scansioni procedurali anche con riferimento al tipo d’invalidità in discorso. Ma è altrettanto vero che quella stessa disposizione assegna all’accusato diritti difensivi (e autodifensivi) di prima grandezza (art. 111, co. 3 Cost.). Diritti che alcune fattispecie di nullità mirano selettivamente a tutelare: è il caso della macrocategoria di cui all’art. 178, lett. c c.p.p. (nullità di ordine generale). L’attuale blocco normativo costituito dagli artt. 111 Cost., 177 e 178 lett c c.p.p., parrebbe quindi denotare un’area di tutela dell’accusato non facilmente comprimibile in punto di presidi sanzionatori. Lo spazio d’azione dell’interprete sembra quindi davvero ridotto. Ed è tanto più ridotto quanto più si pretende di forzare quel blocco ricorrendo a parametri flessibili -come il pregiudizio effettivo- che aumentano il rischio di discriminazioni e iniquità. Rischio che Franco Cordero aveva a suo tempo segnalato, criticando severamente alcune pronunce della Corte di cassazione che avevano disinvoltamente degradato al rango di vizio innocuo le violazioni di norme processuali presidiate dalla nullità, perché ritenute concretamente inoffensive¹⁰.

Per concludere sul punto. Nessuna aprioristica avversione all’impiego del criterio del pregiudizio effettivo. Ma occorre essere consapevoli che l’uso massivo e disinvolto di quel criterio aprirebbe la strada a diffusi fenomeni giurisprudenziali di irrilevanza dell’invalidità per carenza di offesa. Qui non si andrebbe a colpire direttamente il principio di tassatività di cui all’art. 177 c.p.p. (l’imperfezione risulterebbe infatti conclamata e riconducibile ad una precisa fattispecie normativa), ma si agirebbe sugli effetti previsti dall’art. 185 c.p.p. Cadrebbe insomma l’automatismo tra imperfezione ed inefficacia dell’atto.

In ogni caso, resta fermo che la valorizzazione del criterio del pregiudizio effettivo trova un limite invalicabile nel principio di tassatività. Nel senso che quel parametro non potrebbe mai essere strumentalizzato per individuare casi di nullità al di fuori del catalogo legale. Diversamente, si aprirebbe la strada a diffusi fenomeni di *rilevanza processuale dell’offesa in mancanza di una inva-*

¹⁰ Cfr. CORDERO, *Nullità, sanatorie e vizi innocui*, in *Cass. pen.* 1961, 728.

lidità codificata. Sarebbe il giudice (e non il legislatore) a costruire discrezionalmente di volta in volta l'imperfezione valorizzando l'interesse leso: una funzione creativa che potrebbe sconfinare nell'arbitrio, spingendo così le nullità verso una ingestibile e pericolosa deriva.

3. *Segue. Offensività processuale, principio di affidamento, imparzialità del giudice*. Nella giurisprudenza europea ed interna non mancano soluzioni pragmatiche e antiformalistiche basate (più o meno esplicitamente) sul criterio del pregiudizio effettivo. Così, ad esempio, con riferimento alla conoscenza della natura e dei motivi dell'accusa, e in tema di modifiche dell'imputazione effettuate nel corso del dibattimento, i giudici di Strasburgo hanno affermato che la C.E.D.U. può dirsi rispettata ogni volta in cui l'accusato abbia avuto la concreta possibilità di conoscere tempestivamente il contenuto dell'accusa elevata a suo carico, e sia stato inoltre posto nella condizione d'interloquire sul punto¹¹. In un'altra occasione, i giudici europei, nel rigettare il ricorso dell'interessato che lamentava la violazione del suo diritto a prendere parte all'udienza camerale in appello, hanno precisato, da un lato, che la presenza del ricorrente in appello non avrebbe in ogni caso assunto un peso decisivo, trattandosi di una mera fase di ricognizione dei risultati emersi in primo grado (giudizio abbreviato), e, dall'altro, che spetta comunque all'imputato attivarsi per prendere parte all'udienza in appello; sicché l'eventuale condotta negligente del difensore che non abbia correttamente informato il proprio assistito in ordine alle prerogative non può incidere sulla validità del procedimento (11). In realtà, l'approccio antiformalistico della Corte europea dei diritti dell'uomo ha una sua peculiare ragione: i giudici europei non si occupano di violazione di norme, ma di violazioni di diritti; donde la priorità riservata al tema della effettiva lesione di questi ultimi. Utilizzare i criteri esegetici della Corte europea per promuovere e legittimare l'attenuazione del rigore delle forme nel nostro sistema sarebbe quindi una mossa tecnicamente discutibile. Coglie perfettamente nel segno chi evidenzia come, vigente l'art. 177 c.p.p., l'esegesi convenzionalmente orientata delle

¹¹ Corte Edu., Grande camera, 25 marzo 1999, *Pelissier c. Francia*, v. anche Corte Edu., 19 marzo 2007, *De Mattei c. Francia*, nonché Corte Edu., 18 ottobre 2006, *Hermi c. Italia*.

norme nazionali non potrebbe mai sconfinare sul terreno dell'interpretazione *contra legem*¹².

Spostando l'attenzione sul piano interno, va ricordato come le Sezioni unite abbiano considerato irrilevante il vizio derivante dalla notifica di un atto presso lo studio del difensore nonostante il successivo cambiamento di domicilio da parte dell'imputato¹³. Con riferimento all'ipotesi dell'imputato assistito da due difensori, poi, si è affermato come la natura "collegiale" dell'attività difensiva implichi che l'invalidità derivante dalla mancata citazione di uno dei difensori, (laddove l'altro risulti regolarmente citato) vada intesa alla stregua di un "vizio innocuo"¹⁴. Sulla stessa linea, in materia di rapporti tra difensore e assistito, è stato ritenuto irrilevante il vizio prodotto dalla notifica di un atto presso lo studio del difensore nonostante il successivo cambiamento di domicilio da parte dell'imputato¹⁵. Approcci pragmatici di questo tipo sono presenti anche in materia di formazione del fascicolo per il dibattimento senza contraddittorio, dove l'irrilevanza dell'invalidità è stata giustificata sulla base dell'assenza di un effettivo pregiudizio per la difesa¹⁶. La mancanza di quel pregiudizio è stata evocata anche in materia di violazione del principio di correlazione tra accusa e sentenza¹⁷. Una impostazione simile è emersa poi con riferimento alle patologie della *vocatio in iudicium*: così, ad esempio sono state considerate sanate le nullità conseguenti alla notificazione *contra legem* dell'atto di citazione se è provato che l'errore non ha precluso la conoscenza dell'atto e impedito il corretto esercizio del diritto di difesa¹⁸.

Queste tensioni antiformalistiche spingono la dottrina a riflettere sulla possibilità di enucleare dal sistema un principio generale di *offensività processuale*¹⁹ che consenta al giudice di dichiarare irrilevante un atto viziato perché innocuo. Anche in ambito processuale, si osserva, «ove non sia chiara l'offesa, o per meglio dire il valore protetto dalla previsione legale, ne finisce per risulta-

¹² Testualmente, CAPRIOLI, *Abuso del diritto di difesa e nullità in offensive*, cit., 2443. Sul punto, in chiave problematica, anche KOSTORIS, *La revisione del giudicato iniquo e i rapporti tra violazioni convenzionali e regole interne*, in *Legisl. pen.* 2011, 324.

¹³ Cass., Sez. un., 18 dicembre 2006, Clemenzi, in *Cass. pen.*, 2007, 965.

¹⁴ Cass., Sez. un., 27 gennaio 2011, Scibé, Rv. 249656.

¹⁵ Cass., Sez. un., 18 dicembre 2006, Clemenzi, in *Cass. pen.* 2007, 2545.

¹⁶ Cass. Sez. III, 3 dicembre 2013, Mitidieri, Rv. 251081, 192.

¹⁷ Cass. Sez. un. 15 luglio 2010, Carelli, in *Arch. n. proc. pen.*, 2011, 192.

¹⁸ Cass., Sez. un., 27 marzo 2008, X, in *Cass. pen.* 2008, 4009.

¹⁹ Cfr. CAIANIELLO, *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nelle invalidità processuali penali*, cit., 174.

re poco comprensibile, e di dubbia ragionevolezza, la stessa fattispecie: in una parola, qualunque ipotesi positiva in cui non sia ben percepibile il valore di fondo oggetto di tutela, lungi dal riaffermarla, implica un attacco alla legalità processuale»²⁰. In questo ordine di idee, il principio di offensività processuale non indebolisce quella legalità ma la rafforza.

La tesi è interessante ma solleva due ordini di problemi, logicamente interrelati e non facilmente risolvibili. Il primo: la compatibilità tra il criterio del pregiudizio effettivo e il regime di tassatività delle nullità. Il secondo: l'impatto di quel criterio sul diritto di difesa e sull'imparzialità del giudice. Vediamoli nel dettaglio.

La tassatività delle nullità (intesa come predeterminazione del vizio di un atto e delle sue ricadute processuali) è una proiezione della legalità. Ai nostri fini preme però adottare una peculiare chiave di lettura. E cioè analizzare la tassatività delle nullità dal punto di vista delle parti. In questa prospettiva, la tassatività/legalità sottende un *principio di affidamento*. Ciascuna parte sa in anticipo che un determinato vizio dell'atto produrrà precise conseguenze processuali. E agisce alla luce di tale consapevolezza. L'invalidità, nel momento stesso in cui produce i suoi effetti -e proprio perché è in grado effettivamente di produrli- costituisce una forma di *tutela del singolo* di fronte alla *potestà punitiva statale*, che si deve realizzare secondo *scansioni formali certe e prevedibili*. Ed ecco il punto nodale. Il principio di affidamento sotteso alla tassatività verrebbe meno se il giudice potesse discrezionalmente negare rilievo processuale ad un atto viziato. È pienamente condivisibile l'assunto secondo cui «un ampio potere di escludere d'ufficio l'invalidità nonostante la violazione delle forme renderebbe le parti, e soprattutto la difesa, in condizioni di non poter pretendere la piena osservanza delle norme»²¹. Sciogliere il dubbio se un vizio sia o no processualmente rilevante significa spesso decidere le sorti di un imputato. Sorti che non possono dipendere dalla maggiore o minore sensibilità dell'organo giurisdizionale per il rigore formale. C'è insomma il rischio che il giudice, da neutrale garante del rispetto delle *forme*, diventi il garante dell'interesse di *una parte*: quella che beneficia della mancata declaratoria di una nullità. Di qui un possibile cortocircuito logico: la parte inadempiente, autrice dell'atto viziato, riceverebbe una sorta di "premio" dal giudice che stimasse quel vizio innocuo per la controparte. Come si vede, potrebbero ri-

²⁰ Così, ancora, CAIANIELLO, *op. ult. cit.*, 175.

²¹ Cfr. AMODIO, *L'abuso delle forme degli atti processuali penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 559.

sultarne pregiudicati non solo il diritto di difesa (art. 24 Cost) e il principio della *par condicio* (art. 111, co. 2 Cost.), ma soprattutto l'imparzialità del giudice. Posto che, nei fatti, il criterio del pregiudizio effettivo funziona come una sanatoria non codificata, perché legata ad una specifica valutazione effettuata di volta in volta dal giudice (e non già a comportamenti delle parti predeterminati per legge, come accade negli artt. 183 e 184 c.p.p.), va da sé che quest'ultimo, per verificare l'esistenza o no di un concreto pregiudizio in capo all'imputato che invoca l'invalidità dell'atto, deve necessariamente collocarsi proprio nella posizione processuale di chi lamenta il mancato rispetto delle forme, risultandone, così, psicologicamente coinvolto.

In conclusione. Se davvero s'intende dare spazio al criterio del pregiudizio effettivo, inteso come moderna risorsa antiformalistica, nel segno della massima efficienza, occorre introdurre efficaci contrappesi alla ineliminabile discrezionalità del giudice. Può essere forse utile guardare al sistema statunitense, il quale prevede sì la categoria del cd. vizio inoffensivo (*harmless error*), ma evita di estenderla ai vizi strutturali²², suscettibili di determinare l'annullamento dell'intero processo (lesivi o no, quei vizi rilevano sempre). L'obiettivo è proprio quello di contenere l'eccessivo protagonismo del giudice, il quale deve restare (fin dove è possibile) estraneo alla dialettica processuale. Facendo tesoro dell'esperienza statunitense, si potrebbe forse riflettere sulla possibilità di circoscrivere per legge l'area del sindacato giurisdizionale sulla concreta offensività del vizio alle sole nullità relative, perché meno gravi, "non strutturali". Risulterebbe così attenuato il peso processuale di vizi che hanno un impatto meno forte sul sistema, senza indebolire troppo le garanzie. Con tutto ciò, resta un punto fermo: vietare ogni indagine sul pregiudizio effettivo in materia di libertà personale dell'imputato. La potestà cautelare si colloca in una dimensione eccezionale rispetto alla potestà punitiva: ne costituisce una proiezione solo eventuale (artt. 13 e 27, co. 2 Cost.). In questa materia, l'inadempimento formale da parte di chi esercita il potere cautelare (pubblico ministero e giudice) deve necessariamente produrre gli effetti sanzionatori predeterminati dalla legge. Non sono ammesse deroghe al principio di affidamento.

²² Cfr. sul punto, GRAHAM, *Abuse of Discretion, Reversible Error, Harmless Error, Plain Error, Structural Error. A New Paradigm For Criminal Cases*, in *Crim. Law Bull*, 43, 2007, 955.

4. *Abuso del processo e autotutela del sistema.* Come già anticipato, si parla di “abuso del processo” per denotare l’uso distorto o strumentale di atti formalmente legittimi (non c’è un vizio da sanare) perché conformi al modello legale²³. In questi casi, il sistema reagisce, per così dire, in autotutela. Negli ultimi tempi l’attenzione per il fenomeno dell’abuso del processo è cresciuta in maniera esponenziale soprattutto a seguito di una pronuncia delle Sezioni unite che ha fatto molto discutere. Il caso di specie è noto e non occorre spendere troppe parole per riassumerlo. Lo svolgimento e la definizione del processo di primo grado erano stati ostacolati da un numero esagerato di iniziative difensive – attraverso il reiterato avvicendamento di difensori in chiusura del dibattimento, la proposizione di eccezioni di nullità manifestamente infondate e di istanze di ricusazione inammissibili – preordinate solo ad ottenere una reiterazione tendenzialmente infinita delle attività processuali: l’imputato, dopo aver sostituito sette difensori e ottenuto sette rinvii, aveva sostituito anche l’ottavo e chiesto un nuovo termine a difesa, che alla fine gli era stato negato. Ebbene, in quel caso i giudici di legittimità avevano escluso qualsiasi ipotesi di nullità per violazione del diritto di difesa, ravvisando un concreto pregiudizio dell’interesse obiettivo dell’ordinamento, e di ciascuna delle parti, alla celebrazione di un giudizio equo in tempi ragionevoli²⁴. La condotta tenuta dall’imputato integrava, secondo la Corte, un fenomeno di abuso del processo, cioè un vizio determinato dallo sviamento della funzione o dalla frode alla funzione, che si realizza quando un diritto o una facoltà siano esercitati per scopi diversi da quelli astrattamente riconosciuti all’imputato dall’ordinamento.

Considerato che in quel caso l’abuso era così macroscopico da escludere epiloghi differenti, la sentenza desta interesse soprattutto per l’inedito messaggio

²³ Per approfondimenti sulle varie tipologie di abuso processuale si rinvia al pionieristico lavoro di CATALANO, *L’abuso del processo*, Milano, 2004, 111. 3 s., 109, 139 s., secondo cui «i casi paradigmatici di abuso processuale sono costituiti dall’uso distorto o scorretto di atti pienamente conformi al modello legale»; sicché «la categoria dell’abuso processuale non identifica un vizio formale, ma denota la contrarietà dell’atto abusivo ai postulati della lealtà processuale o alla ratio dell’istituto processuale impiegato, e quindi, ai principi informatori del sistema»; Sul tema v. anche AMODIO, *L’abuso delle forme degli atti processuali penali*, cit., 559; CAPRIOLI, *Abuso del diritto e nullità inoffensive*, cit., 2444; ILLUMINATI, *Abuso del processo, legalità processuale e pregiudizio effettivo*, in *Cass. pen.* 2012, 213; MARANDOLA, *La patologia dell’atto processuale: indirizzi sostanziali vs legalità formale*, in *Dir., pen. proc.* 2012, 1056 ss.; ORLANDI, *Abuso del diritto o diritto all’abuso?*, in *Cass. pen.*, 2012, 250; SPANGHER, *Abuso del processo*, in *Enc. dir., Annali IX*, Milano, 2016, 5 s.

²⁴ Cass., Sez. un., 29 settembre 2011, Rossi, in *Cass. pen.*, 2012, 2410.

veicolato: il sistema può e deve *autotutelarsi* per impedire che un atto in sé perfetto possa compromettere il suo funzionamento. Quando si parla di abuso del processo il profilo patologico non risiede nell'atto, ma nelle finalità che di volta in volta vi risultano sottese. Finalità che il giudice dovrebbe essere sempre legittimato a sindacare. Qui però emerge un problema. Associare l'abuso del processo alle iniziative della difesa significa alimentare il seguente paradosso: chi esercita il diritto di difesa non può al contempo abusarne, e chi compie un abuso non sta esercitando un diritto²⁵; quindi se il giudice sanziona l'abuso, nei fatti sanziona o sopprime il diritto. Reprimere l'abuso significa insomma attentare alle libertà della difesa. Anche perché c'è il rischio che il controllo sull'abuso si trasformi surrettiziamente in una sorta di "processo alle intenzioni" della parte: un'attività che stride con l'idea di un giudice veramente imparziale.

Si è consapevoli che un moderno sistema processuale non può dirsi indifferente rispetto al *modo* in cui vengono esercitati i diritti difensivi. Ma occorre anche evitare soluzioni *case by case* affidate unicamente alla sagacia e all'equilibrio del giudice che di volta in volta deve effettuare quel tipo di verifica. Per convincersene, basti pensare alle difficoltà che incontra il giudice quando deve accertare l'asserito abuso: se interviene per sanzionarlo rischia di non apparire più imparziale; se si astiene non assicura il corretto svolgimento del processo; anzi, si rende "complice" di chi mira a sabotarlo. Per contrastare efficacemente gli abusi sul piano processuale (oltre che, ovviamente, in ambito disciplinare) è quindi necessario individuare tassativamente *per legge* alcune specifiche tipologie di abuso (ad esempio, prendendo spunto da alcune regole deontologiche già in vigore, rendendole processualmente rilevanti²⁶), le modalità di accertamento, le conseguenze sul processo, i rimedi contro gli errori dei giudici. Ciascuna parte potrebbe così conoscere in anticipo la soglia oltre la quale non dovrebbe mai spingersi nell'esercizio di un potere (pubblico ministero) o di un diritto (difensore), mentre il giudice, dal can-

²⁵ Cfr. ORLANDI, *op. cit.*, 250.

²⁶ Un esempio di diretta rilevanza processuale di regole deontiche è costituito dall'art. 88 c.p.c. secondo cui le parti e i loro difensori hanno il dovere di comportarsi in giudizio con lealtà e probità. Secondo l'opinione prevalente in dottrina, i comportamenti sleali e disonesti consistono in una serie di attività rivolte non solo ad alterare la normale applicazione del principio del contraddittorio ed ottenere effetti vantaggiosi in conseguenza di un concorrente difetto di normale diligenza della controparte, ma anche in quelle consistenti in manovre scorrette con fini defatigatori e pretestuosi, le quali intralciano o semplicemente ritardano il regolare svolgimento del processo.

to suo, in sede di controllo sull'asserito abuso, agirebbe sempre all'interno di schemi rigorosamente predefiniti dalla legge.

5. *Inammissibilità ed efficienza processuale. Modelli deboli e modelli forti.* Come s'è detto, l'inammissibilità è una figura d'invalidità che colpisce gli atti di parte²⁷. Il taglio del presente lavoro e la particolare chiave di lettura prescelta, volta ad analizzare (soprattutto in prospettiva) il ruolo delle d'invalidità all'interno dell'attuale visione efficientista del processo penale, orienta a concentrare l'attenzione su due settori cruciali: le prove e le impugnazioni. Due contesti in cui la funzione spiccatamente *selettiva* dell'inammissibilità dovrebbe realizzarsi pienamente, in linea con quella tendenza. Ma le cose non stanno proprio così. Perché nel sistema coesistono *modelli deboli e modelli forti* d'inammissibilità. Ed entrambi i modelli, per ragioni diverse, recano vantaggi ma anche possibili iniquità.

Con riferimento alle dinamiche probatorie, è certamente debole la figura d'inammissibilità legata al mancato o intempestivo deposito delle liste testimoniali (art. 468 c.p.p.), perché esposta a due "sanatorie" del tutto peculiari. La prima si realizza quando la parte, nel contesto delle richieste di ammissione delle prove, dimostra di non aver potuto depositare tempestivamente la lista testimoniale (art. 493 co. 2 c.p.p.). Ed è noto come la giurisprudenza adotti soluzioni lassiste sul punto, spingendosi oltre i parametri del "caso fortuito" e della "forza maggiore" di cui all'art 175 co. 1 c.p.p.²⁸ Si afferma, infatti, come il giudice, nel valutare le giustificazioni addotte dalla parte inadempiente, goda di un'ampia libertà di manovra: non è vincolato da criteri tassativi ma può considerare ogni circostanza, anche inerente a situazioni meramente soggettive ed occasionali che abbiamo causato l'inadempimento²⁹. Come si vede, l'anticipata esibizione delle prove resta priva di un presidio sanzionatorio adeguato, e la parte inadempiente ha sempre la concreta possibilità di esercitare in sede di apertura del dibattimento il diritto alla prova, nei limiti fissati dall'art. 190 c.p.p.

La seconda "sanatoria" è affidata alle iniziative probatorie del giudice, il quale, al termine dell'istruzione dibattimentale, può sempre recuperare d'ufficio una prova originariamente non inserita nelle liste (art. 507 c.p.p.). Qui la parte

²⁷ Per un inquadramento generale, FONTI, *L'inammissibilità degli atti processuali penali*, Padova, 2008.

²⁸ Così, ad esempio, Cass. Sez. I, 3 dicembre 1993, Faccin, in *Cass pen.*1995, 1550.

²⁹ Cfr. Cass. Sez. II, 16 gennaio 1995, Catti, in *Cass. pen.* 1996, 1195.

non può più esercitare il diritto alla prova (ormai consumato), ma solo affidare nei poteri istruttori del giudice (il quale come è noto, si attiva solo se la prova appare assolutamente necessaria)³⁰.

Questo modello debole d'inammissibilità ricavabile dal combinato disposto degli artt. 468 co. 1 e 493 co. 2 c.p.p. lascia perplessi non solo dal punto di vista dell'efficienza e della rapidità del processo, ma anche con riferimento alla parità di armi tra le parti. Assodato che il legislatore intende tutelare il diritto alla prova della parte inadempiente, che frustra, nella sostanza di una sorta di rimessione in termini, occorre essere consapevoli (e se ne accettano le conseguenze) che tutto ciò comporta non solo un inevitabile allungamento dei tempi processuali, ma anche una sorta di penalizzazione indiretta della parte che aveva inserito la prova nelle liste (realizzando, così, una *discovery* anticipata). Eppure, la riforma Cartabia non è intervenuta sul punto, preoccupandosi invece di assicurare la pertinenza delle argomentazioni delle parti in sede di richieste probatorie. Oggi le parti devono limitarsi ad illustrare i profili di ammissibilità delle prove secondo i parametri cui agli artt. 190 e 189 c.p.p.: lo scopo è evitare che le parti possano veicolare in quel contesto dati che il giudice non dovrebbe conoscere.

Modelli d'inammissibilità "forte", ad alto impatto selettivo, sono certamente rinvenibili in materia di impugnazioni.

Circoscrivendo l'analisi ai profili più delicati e controversi, va subito ricordato che nell'atto di impugnazione vanno enunciate le *richieste*, anche *istruttorie* (art. 581 lett. c c.p.p.) -funzionali alla rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in appello- nonché i *motivi*, «con l'indicazione delle ragioni di diritto e degli elementi di fatto» a sostegno di ogni istanza (art. 581 lett. d c.p.p.)³¹. Le richieste possono avere ad oggetto l'ammissione di una prova, l'annullamento, la revoca o la riforma del provvedimento impugnato. La parte è quindi tenuta ad indicare il tipo di decisione che intende ottenere dal giudice. Quanto ai motivi, il lessico adottato dal legislatore non è dei più felici. I motivi sono le ragioni in fatto e in diritto: illustrano cioè l'ingiustizia o l'invalidità del provvedimento censurato.

³⁰ Sui rapporti tra diritto alla prova, inammissibilità, e poteri istruttori del giudice, cfr. volendo, PAULESU, *Iniziativa probatorie del giudice dibattimentale e giusto processo* (Osservazioni a Corte cost., 26 febbraio 2010, n. 73), in *Giur. Cost.*, 2010, 850.

³¹ In argomento, CERESA-GASTALDO, *Nuovi (discutibili) profili dell'inammissibilità delle impugnazioni*, in *La riforma delle impugnazioni. Tra carenze sistematiche e incertezze applicative*, a cura di Bargis-Belluta, Torino, 2018, 15 s.

Con particolare riferimento ai motivi d'appello, spicca oggi la novità introdotta dalla riforma Cartabia, che prevede parametri d'inammissibilità più rigorosi e stringenti rispetto al passato. Lo scopo è ridurre drasticamente il contenzioso in appello, sbarrando la strada alle impugnazioni caratterizzate da una (manifesta) scarsa attinenza alle ragioni sottese alla pronuncia impugnata. È infatti prevista l'inammissibilità dell'appello per *mancaza di specificità dei motivi*³², quando, in relazione ad ogni richiesta, non vengono enunciati in forma puntuale e specifica i rilievi critici in relazione alle ragioni di fatto e di diritto espresse nel provvedimento impugnato, con riferimento ai capi e punti della sentenza ai quali si riferisce l'impugnazione (art. 581 co. 1 *bis* c.p.p.). Come si vede, si tratta di una *specificità estrinseca*, perché implica una stretta (e speculare) correlazione tra i motivi di impugnazione e la motivazione della sentenza. Una correlazione che deve però sempre rispettare il principio di proporzionalità³³. L'onere di specificità così severamente imposto alle parti, nel segno della completezza e della pertinenza dell'atto di impugnazione, può essere adeguatamente soddisfatto solo se la decisione impugnata risulta altrettanto specifica, completa, razionale. Bisognerebbe insomma assicurare il giusto equilibrio tra la responsabilizzazione della parte che impugna e la responsabilizzazione del giudice che redige la motivazione della sentenza impugnata. Più precisamente. Se una sentenza fosse motivata in modo generico, anche una impugnazione generica dovrebbe risultare pienamente ammissibile. Diversamente, c'è il rischio che il controllo sul rispetto del requisito in discorso, il quale, per sua natura, sottende un certo margine di discrezionalità, possa essere esercitato in modo distorto, cioè in chiave esasperatamente selettiva (e quindi troppo "punitiva" nei confronti dell'appellante). Quanto al giudizio in Cassazione, è noto che, in termini percentuali, la dichiaratoria d'inammissibilità del ricorso costituisce l'epilogo più frequente per ridurre il contenzioso in quella sede³⁴. Pur nella consapevolezza della necessità di assicurare un sistema di controlli rapido ed efficiente, è abbastanza diffu-

³² Sulla necessaria specificità dei motivi nell'atto di appello, Cass., Sez. un., 27 ottobre 2016, Galtelli, in *Proc. pen. giust.*, 2017, 964. Sul tema, di recente, FERRUA, *La riforma Cartabia: verso una restrizione dei motivi d'appello*, in *Studi in onore di R.E. Kostoris*, Torino, 2022, 163 s.

³³ Cfr. ancora Cass. Sez. un. 27 ottobre 2016, Galtelli, cit.

³⁴ Cfr. SCCELLA, *Il vaglio di inammissibilità dei ricorsi per cassazione*, Torino, 2006, 206; sul punto v. anche MARAFIOTI, *Selezione dei ricorsi penali e verifica d'inammissibilità*, Torino, 2004, 122 s. V. anche il Protocollo d'intesa tra la Corte di cassazione e il Consiglio nazionale forense sulle regole redazionali dei motivi di ricorso in materia penale (7 dicembre 2015).

sa l'idea che i giudici di legittimità facciano un uso troppo disinvolto delle cause d'inammissibilità in chiave deflattiva. Una convinzione che sembra velatamente trasparire anche da alcune decisioni della Corte europea dei diritti umani³⁵.

Queste perplessità riguardano anzitutto la figura d'inammissibilità legata al difetto di specificità dei motivi. Un requisito, quest'ultimo, certamente connotato ad un mezzo di impugnazione a critica vincolata come il ricorso per cassazione³⁶, ma anche necessario per soddisfare il principio di *autosufficienza del ricorso* su cui la giurisprudenza insiste ormai da tempo. Il problema è che spesso la Corte applica questo principio in maniera troppo rigida, motivando questa scelta con l'esigenza di evitare possibili contaminazioni nel merito. Più precisamente, la Corte esige di essere posta nelle condizioni di decidere solo leggendo il ricorso e la sentenza impugnata³⁷. C'è quindi un vero e proprio onere di allegazione in capo al ricorrente, il quale deve curare che l'atto rilevante sia presente nel fascicolo trasmesso al giudice di legittimità, eventualmente producendolo in copia³⁸. Eppure, come è stato giustamente osservato, un conto è "indicare" (specificità), altra cosa è "allegare" (autosufficienza): l'inammissibilità, in quanto "sanzione dura", non dovrebbe presidiare il valore processuale della comodità del giudice³⁹. Come si vede, il rischio di una eccessiva responsabilizzazione del ricorrente e di una conseguente, ingiustificata, deresponsabilizzazione della Corte, certamente esiste.

Ma la vera nota dolente dell'inammissibilità in Cassazione resta il criterio della "manifesta infondatezza" dei motivi: un parametro vago, sfuggente, dalle forti potenzialità selettive se lo si guarda nell'ottica dell'efficienza del sistema, ma dalle (altrettanto) forti potenzialità distorsive se lo si analizza dal punto di

³⁵ Cfr. ad esempio, Corte Edu. 6 febbraio 2020, *Felloni c. Italia*.

³⁶ Cfr. IACOVELLO, *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, Milano, 2013, 655, secondo cui il ricorrente non può limitarsi a narrare fatti e incongruenze della motivazione e affidare ai giudici di legittimità il compito di individuare il punto in cui si cela il vizio logico. Approfondimenti sul tema in *La Corte assediata. Per una ragionevole deflazione dei giudizi penali di legittimità*, Milano, 2014, *passim*. Ad esempio, la giurisprudenza di legittimità considera inammissibile per difetto di specificità l'impugnazione basata su un numero abnorme di motivi, concernenti lo stesso capo di imputazione e i medesimi punti e decisioni oggetto della decisione: v. Cass. Sez. II, 3 aprile 2017, L.F., in *Giur. It.*, 2017, 960.

³⁷ Cfr. Cass. Sez. II, 2 maggio 2017, S.S., Rv 270071; Cass. Sez. I, 19 giugno 2013, A.M e a., Rv 256723.

³⁸ Cass. Sez. I, 29 ottobre 2013, C.B e a, Rv 257667.

³⁹ Testualmente, IACOVELLO, *op. cit.*, 774.

vista del diritto di accesso al giudice di legittimità e quindi all'effettivo controllo sulle motivazioni viziate. Costante è il rischio di un uso improprio della manifesta infondatezza del ricorso a scopi esasperatamente deflattivi. Di qui l'esigenza di letture davvero equilibrate, come suggerisce la dottrina più attenta⁴⁰. Bisognerebbe quindi circoscrivere la manifesta infondatezza dei motivi alle sole ipotesi di palese inconsistenza delle censure, che consentano di valutare subito il ricorso come pretestuoso, temerario, superficiale: mancanza di una solida base giuridica, evidenti errori di diritto nell'interpretazione delle norme richiamate, doglianze basate su norme abrogate o dichiarate incostituzionali, o in contrasto con una giurisprudenza costante che il ricorrente non tenti neppure di confutare⁴¹. Non resta che attendere i futuri sviluppi giurisprudenziali per verificare se ed in che misura l'attuale visione pan-efficientista del processo penale potrà incidere anche su questa specifica materia.

6. *Inutilizzabilità e manipolazione delle forme.* Che le istanze di deflazione e di semplificazione del processo penale coinvolgano anche la sanzione dell'inutilizzabilità è noto. Può essere interessante notare come sullo specifico terreno dell'invalidità probatoria quelle istanze agiscano in maniera del tutto peculiare. A volte si muovono su filo sottile della distinzione tra inutilizzabilità fisiologica e inutilizzabilità patologica⁴². Sappiamo che mentre la prima si regge sul principio di separazione delle fasi e vieta d'impiegare nel dibattimento le informazioni raccolte durante l'indagine (l'atto in sé non è viziato, perché rispetta il modello legislativo, ma è compiuto senza le garanzie proprie del metodo dibattimentale; il vizio sorge invece nell'esatto momento in cui il giudice dovesse fruire dell'atto in chiave decisoria *ex art 526 c.p.p.*), la seconda concerne le prove acquisite violando uno specifico divieto. (art. 191 c.p.p.) Ebbene, nel giudizio abbreviato l'inutilizzabilità fisiologica diventa irrilevante, perché con l'accesso al rito speciale cade il principio di separazione delle fasi (l'imputato chiede di essere giudicato proprio sugli atti compiuti durante l'indagine; *ergo*: rinuncia a quella separazione, e quindi alle garanzie dibatti-

⁴⁰ Cfr. MAZZA, *La nuova cultura dell'inammissibilità fra paradossi e funzioni legislative*, in *Inammissibilità: sanzione o deflazione*, Milano, 2018, 37 s., 42 s.

⁴¹ Cass., Sez. un., 22 novembre 2000, De Luca, in *Cass. pen.*, 2001, 1760.

⁴² Per questa distinzione, AMODIO, *Fascicolo processuale e utilizzabilità degli atti*, in AA.VV., *Lezioni sul nuovo processo penale*, Milano, 1990, 172

mentali). Resta invece “insanabile” l’inutilizzabilità patologica, perché il giudice dell’abbreviato non può decidere sulla base di prove viziate. La scelta di rendere processualmente ininfluenza l’inutilizzabilità fisiologica nel giudizio abbreviato appare tutt’altro che irreprensibile, anche se difficilmente censurabile dal punto di vista costituzionale (il principio della ragionevole durata del processo, sommato al requisito del consenso quale deroga al contraddittorio nella formazione della prova, parrebbero infatti fornire, sotto questo specifico profilo, una adeguata copertura)

Di *manipolazione delle forme* si può senz’altro parlare in tema di costruzione della prova orale in dibattimento. Ci si riferisce alle domande vietate durante l’esame testimoniale. Sappiamo che, con lo strumento dell’opposizione (art. 504 c.p.p.), ciascuna parte può chiedere al giudice di intervenire per bloccare il quesito vietato prima che il testimone risponda, evitando così che quest’ultimo possa risultarne condizionato. Il vero problema nasce quando la violazione sfugge alle parti e al giudice, oppure quando quest’ultimo rigetta l’istanza di opposizione. Ebbene, premesso che la formulazione di un quesito vietato potrebbe anche integrare una nullità generale a regime intermedio (art. 178 lett. *b*, c.p.p., se l’iniziativa parte del pubblico ministero; art. 178 lett. *c*, c.p.p., se ad attivarsi è il difensore dell’imputato), è chiaro che se la legge pone un divieto di formulare domande nocive o suggestive (art. 499 c.p.p.), la conclusione, in un sistema dove la forma è garanzia, dovrebbe essere scontata: la risposta fornita dal teste al quesito vietato è inutilizzabile in chiave decisoria. Ma la giurisprudenza nega ogni epilogo sanzionatorio “forte”. Considera inapplicabili le nullità facendo leva sul principio di tassatività che le governa. Rifiuta la soluzione dell’inutilizzabilità degradando le violazioni delle regole in materia di costruzione della prova testimoniale al rango d’innocue irregolarità (con un argomento capzioso: non si tratterebbe di prove assunte in violazione di divieti, bensì di prove assunte con modalità diverse da quelle prescritte)⁴³. Non solo. Afferma che il divieto di formulare domande suggestive non si applicherebbe al giudice⁴⁴. Una conclusione, quest’ultima, logicamente insostenibile: perché la parte che intende reagire al quesito è costretta

⁴³ Cass. Sez. I, 9 ottobre 2014, Cifaldi, Rv 242025; Cass. Sez. II, 30 gennaio 2013, Rionero, Rv 257026.

⁴⁴ Cass. Sez. I, 15 aprile 2015, E., Rv 263790.

a rivolgere lo strumento dell'opposizione *contro* lo stesso giudice che l'ha erroneamente formulato⁴⁵, con scarse possibilità di successo.

Il pericolo di una fuga della giurisprudenza dal rigore delle forme nella costruzione della prova testimoniale era stato a suo tempo evidenziato, non solo con riferimento alle parti, ma anche in ordine alle iniziative del giudice⁴⁶. In ogni caso, i tempi sembrano oggi davvero maturi per un radicale cambio di passo (perché non aggiungere l'espressione "a pena di inutilizzabilità" nel testo dell'art.499 c.p.p.?). Perché un processo penale, come quello odierno, che in nome dell'efficienza ad ogni costo riduce le occasioni di contraddittorio orale nei giudizi d'impugnazione, deve necessariamente preservare il massimo rigore formale nella dialettica dei quesiti in primo grado, per garantire la qualità e l'attendibilità dei risultati così ottenuti.

⁴⁵ Sulla distinzione tra le opposizioni al *giudice* e le opposizioni *contro* il giudice, si rinvia a PAULESU, *Giudice e parti nella "dialettica" della prova testimoniale*, Torino, 2000, 218.

⁴⁶ Cfr. ancora, volendo, PAULESU, *Giudice e parti nella "dialettica" della prova testimoniale*, cit., 205.