

QUESITI

EMANUELE SANTORO

Appunti sulla domanda risarcitoria al responsabile civile: un ‘*tertium genus*’ tra citazione ed intervento volontario?

SOMMARIO: 1. Una disposizione trascurata: l’art. 83, co. 5, c.p.p. - 1.2. Tra forma e formalismo, le applicazioni giurisprudenziali dell’art. 83, co. 5, c.p.p. - 2. Una disposizione utile: ma è anche tassativa? - 3. La ricerca della/e fattispecie - 3.1. Fattispecie diverse in rapporto di sussidiarietà: sanatoria? - 3.2. Fattispecie diverse in rapporto di alternatività: nullità a rilevanza variabile? - 3.3. Pregiudizio effettivo o lesività sostanziale... - 4. Una tecnica essenziale di formulazione - 5. Garanzie, o garantismo, nel “giusto processo”.

1. Una disposizione trascurata: l’art. 83, co. 5, c.p.p.

Nella disciplina positiva della figura del responsabile civile¹ - «per il fatto dell’imputato», specifica l’art. 83, co. 1, c.p.p., richiamando quanto già stabilito, sul piano del diritto sostanziale², dal capoverso dell’art. 185 c.p.³ - si anni-

¹ Per la quale, cfr. GUALTIERI, *I responsabili civili nel processo penale*, Napoli, 1969, 1; riferisce l’espressione responsabile civile “diretto” anche all’imputato FOSCHINI, in *Le parti processuali*, 1952, in ID., *Giudicare ed essere giudicati. Studi*, Milano, 1960, 166 ss. Più in generale, l’istituto dell’azione civile nel processo penale, introdotto per la prima volta in Italia dall’Editto napoleonico dell’8 settembre 1807, fu poi recepito dal codice sardo del 1848 e, quindi, dal primo codice di procedura penale del Regno d’Italia (pur con parere contrario della maggioranza delle Corti, come rammentato dal guardasigilli FINOCCHIARO APRILE, in *Relazione ministeriale 1905*, in *Commento al codice di procedura penale, II, I Progetti Ministeriali del 1905 e del 1911*, a cura di Mortara, Stoppato, Vacca, Setti, De Notaristefani, Longhi, Torino, 1913, 37, nota 2); venne poi mantenuto nel codice del 1913, in quello del 1930 ed, infine, nell’attuale, pur in una prospettiva di riduzione delle possibilità di esercizio dell’azione: l’istituto, sebbene utile all’economia generale dell’ordinamento, non avrebbe giovato di certo a quella interna al nuovo processo penale, CONSO, *Dal codice del 1930 al codice del 1988, Prolegomeni a un commentario breve al nuovo codice di procedura penale*, a cura di Conso, Grevi, Padova, 1990, LVIII. Quanto all’evoluzione storica dell’istituto, cfr. PENNISI, *L’accessorietà dell’azione civile nel processo penale*, Milano, 1981, 29 ss.; DASSANO, *Il danno da reato. Profili sostanziali e processuali*, 2^a ed., Torino, 1998, 13 ss.

² Distingue la nozione sostanziale di responsabile civile da quella processuale RUGGIERI, in *Commento agli articoli 83-85 c.p.p.*, in *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, diretto da Amodio, Dominioni, I, Milano, 1989, 491.

³ Di recente, la stessa Corte costituzionale ha ribadito, pur incidentalmente, che la citazione del responsabile civile, chiamato a rispondere del fatto illecito commesso da altri, «presuppone logicamente che egli non sia civilmente responsabile per fatto proprio»; è per questa ragione, ha proseguito la Corte, che «l’imputato può assumere la veste di responsabile civile per il fatto dei coimputati solo se non è affermata la sua responsabilità penale, ossia “per il caso in cui venga proscioltto o sia pronunciata nei suoi confronti sentenza di non luogo a procedere” (art. 83, co. 1, c.p.p.)»; altrimenti «dall’affermazione della responsabilità penale deriv(erebbe) la responsabilità civile per lo stesso fatto, e quindi l’impossibilità di assumere per questo la posizione processuale di responsabile civile», Corte cost., n. 218 del 2014, pt. 2.2. cons. dir. Del pari, anche la Cassazione esclude che il terzo possa essere chiamato a rispondere qualora versi in colpa rispetto alla verifica del fatto (Cass., Sez. VI, 27 settembre 2012, R.C. e Zac-

da una disposizione di frontiera del nostro ordinamento processuale penale: l'art. 83, co. 5, c.p.p., il quale stabilisce che «la citazione del responsabile civile è nulla se per omissione o per erronea indicazione di qualche elemento essenziale il responsabile civile non è stato posto in condizione di esercitare i suoi diritti nell'udienza preliminare o nel giudizio».

Oltre ad essere destinata a disciplinare un istituto periferico nel processo penale, qual è la citazione di una parte «doppiamente eventuale»⁴, detta disposizione è, infatti, spesso trascurata o, al più, accantonata⁵ nell'individuazione del sistema delle nullità, in quanto tacciata di non osservare il principio di tassatività⁶.

Non si tratta peraltro di una disposizione nuova, ma di una trasposizione quasi testuale di un'altra, l'art. 111, co. 1, inserita, per la prima volta, nel codice di procedura penale del 1930: niente di analogo era presente nel codice del 1913, che, anzi, aveva scelto, con l'art. 71, di non estendere al civilmente responsabile nemmeno il regime della nullità generale, prevista dall'art. 136, co. 1, a tutela dell'intervento, assistenza e rappresentanza dell'imputato⁷. Che sia una disposizione ingiustamente negletta lo dimostrano anche i lavori preparatori del nuovo codice: il progetto preliminare, mantenendo sostanzialmente l'ossatura di quello del 1978⁸, non ne reca traccia; solo nella versione definitiva è stata poi reintrodotta, per rimediare alla mancanza di «alcuna» - o, meglio, di una siffatta⁹ - «sanzione processuale»¹⁰.

cagnini, in *Mass. Ull.*, n. 253810 e Id., 1 febbraio 2012, Comune di Traona in proc. Baraiolo, *ivi*, n. 252674) ed abbia, dunque, un «titolo diretto» di responsabilità per i danni lamentati dalla parte civile (Id., Sez. V, 8 febbraio 2006, P.C. in proc. Cravotto, *ivi*, n. 234005).

⁴ Secondo un'ormai comune espressione risalente a CONSO, *Istituzioni di diritto processuale penale*, Milano, 1964, 143: passo reperito in GUARNERI, voce *Responsabile civile*, in *Noviss. Dig.*, XV, Torino, 1968, 617. Evidenzia la precarietà della posizione processuale del responsabile civile, con specifico riferimento al sistema delle nullità PENNISI, in *L'accessorietà*, cit., 63 ss.

⁵ Così, ad esempio, l'annovera tra le ipotesi residuali nel codice nelle quali «il principio di tassatività delle nullità subisce un'attenuazione» SCAPARONE, in *Procedura Penale*, vol. I, Torino, 2010, p.te III, sez. II, § 10.

⁶ Per tutti, cfr. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2001, 437 e ID., *Codice di procedura penale commentato da Franco Cordero*, Torino, 1990, 99; similmente, rispetto all'art. 111 c.p.p. 1930, ID., *Procedura penale*, Milano, 1979, 289 e, in partic., 622.

⁷ Per il combinato disposto degli artt. 71 e 73 c.p.p. 1913, la giurisprudenza riteneva che il difetto di citazione del responsabile civile desse luogo comunque a nullità, anche se «soltanto relativa» e, dunque, sanabile (Cass., Sez. II, 17 aprile 1916, in *Riv. pen.*, 1916, 202-203). Per la tesi della nullità relativa, cfr. STOPPATO, *Commento al Libro Primo. Disposizioni generali*, in *Commento al codice di procedura penale, IV*, a cura di Mortara, Stoppato, Vacca, Setti, De Notaristefani, Longhi, Torino, 1918, 1034; e, *contra*, PENNISI, *L'accessorietà*, cit., 54.

⁸ *Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale*, in *Gazzetta Ufficiale*, n. 250 del 24 ottobre 1988, suppl. ord. n. 93, ora in www.gazzettaufficiale.it.

⁹ Residuerebbe, pur sempre, la previsione generale di cui all'art. 178, co. 1. lett c), c.p.p., nella quale ricade «ogni difetto del contraddittorio», anche rispetto alle parti private, CORDERO, *Procedura penale*, 2001, cit., 1159.

Invero, si tratta di una norma che solo ad un sommario esame può dirsi secondaria: tale non risulta se, spostandosi sul versante applicativo, si considerano gli effetti della sua introduzione. Le modalità d'ingresso del responsabile civile nel processo penale, due sulla carta, citazione (art. 83 c.p.p.) ed intervento volontario (art. 85 c.p.p.), parrebbero invero tradursi in numero superiore nella realtà giudiziaria.

1.2. Tra forma e formalismo, le applicazioni giurisprudenziali dell'art. 83, co. 5, c.p.p.

Vi è un caso che, a più riprese, è stato affrontato dalla giurisprudenza sia di merito sia di legittimità: quello dell'istanza di citazione formulata da alcune delle parti civili nei confronti del responsabile civile, già costituito a seguito dell'antecedente *vocatio in ius* delle altre parti civili, al fine di estendere a quest'ultimo la richiesta di danni avanzata nei confronti dell'imputato. In particolare, ci si è domandato se il giudice debba dar corso alla richiesta di citazione, con decreto da notificare a cura degli instanti o, piuttosto, consentire a questi ultimi soltanto di avanzare una mera domanda risarcitoria nei confronti del responsabile civile; e, in tale ultima ipotesi, quale sia la natura di questa richiesta di danni: ancora una citazione, pur in assenza del decreto e della sua notificazione a cura dell'istante, oppure un atto atipico, *tertium genus* tra citazione ed intervento volontario?

Sul punto si rinviene un indirizzo giurisprudenziale di legittimità, formatosi vigente il codice del 1930 e culminato in una pronuncia della Suprema Corte del 2012, con la quale si è escluso che, ai fini della regolarità della citazione, sia necessaria la richiesta di tutte le parti civili costituite, «purché al responsabile civile venga indirizzata la domanda risarcitoria anche dalla parte civile che non abbia proposto la predetta istanza di citazione»¹¹. Del pari, in una sentenza dell'inizio degli anni '80, la Cassazione aveva ritenuto superflua la citazione del responsabile civile, «allorché la parte intervenga nel giudizio pendente tra altre parti civili ed il medesimo responsabile civile», «purché questa dichiari che gli effetti della sua costituzione sono rivolti nei confronti del responsabile civile già presente nel giudizio e tale dichiarazione sia formalmente espressa non oltre il termine utile per la costituzione di parte civile»¹².

¹⁰ *Relazione al testo definitivo del codice di procedura penale*, in *Gazzetta Ufficiale*, n. 250 del 24 ottobre 1988, suppl. ord. n. 93, ora in www.gazzettaufficiale.it.

¹¹ Cass., Sez. IV, 27 settembre 2012, [R.C. e Olivieri], in *Mass. Uff.*, n. 255209.

¹² Cass., Sez. V, 24 marzo 1981, [Nardiello], in *Mass. Uff.*, n. 149166, (ed in *Foro it.*, 1982, fasc. 10, prt. II, 424-428), con riferimenti in motivazione alla precedente, Id., Sez. II, 10 novembre 1969, [Boero], *ivz*, n. 116035. Quest'ultima ritiene, impropriamente, «irrituale» l'atto di costituzione della parte civile intervenuta successivamente che contenga la dichiarazione di rivolgere gli effetti della costituzione nei confronti del responsabile civile; ma «l'idoneità giuridica a conseguire l'effetto cui era diretto, introdu-

Il principio espresso nelle due motivazioni è del tutto assimilabile, in quanto conduce al superamento della forma normale della citazione del responsabile civile, e non già della citazione in sé, pur assicurando, in concreto, il rispetto dell'instaurazione del contraddittorio nei confronti del terzo. Infatti, in quella più recente, si è chiarito che l'assunzione della qualità di parte del terzo, se rende superflua la *vocatio in ius*, non fa venir meno la necessità che nei suoi confronti «si formuli quella domanda che è il nucleo della citazione in giudizio del responsabile per il fatto altrui»¹³. Emerge però una differenza: mentre nel primo caso la richiesta di citazione proviene dalla parte civile già costituita, nel secondo l'istante interviene in un giudizio già pendente tra altre parti civili e il medesimo responsabile civile. Ne derivano ripercussioni sulla forma concreta della citazione: solo nel caso della parte civile intervenuta successivamente la citazione potrà assumere, oltre alla forma della richiesta di danni a sé stante, anche quella della domanda risarcitoria contenuta nell'atto di costituzione di parte civile.

Più di recente, in un caso sottoposto all'esame del Tribunale di Torino¹⁴, il Collegio ha rigettato con ordinanza¹⁵ le istanze delle parti civili, mediante una corretta applicazione della fattispecie della citazione del responsabile civile, per come emerge, in negativo, dall'art. 83, co. 5, c.p.p.¹⁶: dalla valutazione di un elemento di fatto, «la risalente presenza a dibattimento dello stesso responsabile civile», il Tribunale ha ritenuto «ultronea» sia l'emissione sia la notifica di nuovi decreti di citazione e, quindi, «sufficiente», ad introdurre la domanda di danni nei confronti del responsabile civile, senza alcuna com-

zione dell'azione e costituzione del rapporto processuale tra parte civile e responsabile civile» non sana un atto che era invalido: la costituzione della parte civile "sopraggiunta" era valida sin dall'origine, in quanto presentava gli elementi essenziali affinché il responsabile civile potesse esercitare i suoi diritti nel procedimento, secondo quanto richiesto, in negativo, dall'art. 111, co. 1, c.p.p. 1930.

¹³ Cass., Sez. IV, 27 settembre 2012, [R.C. e Olivieri], cit., 9.

¹⁴ Si tratta di uno dei processi Fonsai (cfr. NISCO, *Manipolazione informativa del mercato e luogo di consumazione del reato*, in www.penalecontemporaneo.it; VIZZARDI, *Manipolazione del mercato e competenza territoriale: una nuova tappa della vicenda Fonsai*, ivi; MUCCIARELLI, *Il locus commissi delicti della manipolazione di mercato. Aporie normative e sistematiche della decisione ex art. 54bis c.p.p. nel caso Fonsai*, ivi).

¹⁵ Trib. Torino, Sez. IV, (ord.) 20 ottobre 2014, Pres. est. Gianetti, *inedita*.

¹⁶ Come si arriva a determinare la fattispecie di un atto processuale? Si può affermare, *amplius infra*, che «si arriva risalendo a ritroso l'iter di produzione degli effetti (...) alla stregua di un'indagine diretta a verificare quali sono i fatti la cui presenza è necessaria e sufficiente perché si verifichi (l'effetto)», CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, Torino, 1956, 40 (in tal senso, anche, CONSO, in *I fatti giuridici processuali penali. Perfezione ed efficacia*, Milano, 1955, 150 ss.). Per pervenire al nucleo essenziale della forma di un atto, quale insieme dei fatti legalmente previsti cui la norma subordina i suoi effetti tipici, occorre dunque procedere ad una eliminazione mentale dei requisiti "utili"; un esempio, con riguardo alla (fattispecie della) sentenza, si ha nel termine di deposito; anche se interviene oltre il novantesimo giorno, la stessa è valida, «sebbene quel giudice abbia violato un dovere», quello risultante dall'art. 544, co. 3, c.p.p., CORDERO, *Procedura penale*, 2001, cit., 1146.

promissione del suo interesse difensivo (ad un'effettiva, e tempestiva, conoscenza della domanda stessa), il semplice deposito di un atto scritto, pur nel rispetto del termine a comparire¹⁷.

La questione della forma della citazione del terzo e, in particolare, di quella da «chi sopraggiunge al processo con la veste di parte civile»¹⁸ non è d'oggi. A margine di una pronuncia dell'inizio del secolo scorso¹⁹, si è sostenuto che «se è vero che l'intervento volontario del civilmente responsabile nel procedimento penale dispensa la parte civile dal citarlo, non è altrettanto da ammettere, per equipollenza, che una parte civile, che non lo ha citato, pretenda, quando egli non dichiara di intervenire volontariamente anche contro di esso, valersi della citazione fatta da altrui»; in tal caso, infatti, «arbitrariamente alle forme volute dalla legge, per costituire un rapporto, si sostituisce una volontà improvvisa e manifestata fuori dei termini e delle forme stesse»; se n'era concluso che «fra parte civile, che non provocò la citazione, e persona civilmente responsabile non citata, non esiste una controversia»²⁰.

Pur in assenza di una disciplina sulla forma della citazione del responsabile civile assimilabile a quella emergente dagli artt. 83, co. 5 e 178, co. 1, lett. c) del vigente c.p.p.²¹, in un'altra pronuncia d'allora, si era stabilito che «se il civilmente responsabile è già in causa non ha l'offeso o danneggiato l'obbligo di rispettare i termini», in quanto allorché «in un modo o nell'altro il responsabile civile sia già in causa, sarebbe contraddire alla legge, che permette la costi-

¹⁷ Trattandosi di parti già presenti, detto termine va inteso come termine a difesa, da concedere alle parti «per approntarsi a dibattere», secondo la bella espressione di FOSCHINI, in *Il termine a dibattere*, (1950), ora in ID., *Il dibattimento. Studi*, Milano, 1956, 4. Questo termine, avvertiva l'A., non riguarda solo l'imputato, ma anche «gli altri partecipanti al dibattimento», incluso l'«ufficio di difesa» del responsabile civile (ivi, 10). In assenza di una previsione valevole per il dibattimento analoga a quella dettata dall'art. 419, co. 4, c.p.p. rispetto all'udienza preliminare, la Corte costituzionale è dovuta intervenire per estendere l'applicazione del termine di 20 giorni, dell'art. 429, co. 3 e 4, c.p.p., anche alla citazione del responsabile civile che non abbia già assunto tale qualità nell'udienza preliminare (Corte cost., n. 430 del 1992). Per la condivisibile notazione che il diritto di disporre del tempo e delle condizioni necessarie per preparare la sua difesa, riconosciuto all'imputato dall'art. 111, co. 3, Cost., «deve intendersi riconosciuto anche alle altre parti processuali in forza della previsione generale ex art. 24, co. 2, Cost.», cfr. LAVARINI, *Azione civile nel processo penale e principi costituzionali*, Torino, 2009, 203.

¹⁸ Cfr. STOPPATO, *Commento*, cit., 469.

¹⁹ Trib. Roma, 1 febbraio 1915, [Bibolini], in *Riv. dir. proc. pen.*, 176 ss.: passo reperito in STOPPATO, *Commento*, cit., 469, (1).

²⁰ Così, STOPPATO, in *Commento*, cit., 469-470; *contra*, vigente il c.p.p. 1930, LEONE, *Trattato*, I, cit., 714, (21) e 522, per il quale della citazione del responsabile civile chiesta solo da una delle parti civili costituite possono avvantaggiarsi anche le altre per un «effetto estensivo» della citazione del responsabile civile (e, in tal senso, anche MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, II, Torino, 1956, 420 ss.; GUALTIERI, *I responsabili civili*, cit., 55).

²¹ La Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale del 1930 osserverà in proposito che «(il) codice del 1913, come del resto quello del 1865, non dice quale forma debba avere la citazione del responsabile civile, per modo che, in pratica, si seguono ora le forme civili, ora quelle penali» (passo reperito in MANZINI, *Trattato*, vol. II, cit., 422).

tuzione di parte civile sino all'ultimo stadio del dibattimento, il ritenere che il danneggiato o l'offeso avesse l'obbligo di osservare anche in questo caso i termini [...] perché ognuno vede come con ciò siffatta facoltà sarebbe resa del tutto frustranea»²²; era stato però osservato criticamente che «se (la parte civile) vi interviene, non per questo ha costituito a suo tempo e nelle forme di legge il suo rapporto con la persona civilmente responsabile» e, pertanto, «in tal caso deve accontentarsi di proporre istanze contro l'imputato»²³.

Al di là dell'interesse storico, le due pronunce consentono una utile ed attuale considerazione sugli effetti dell'inosservanza della forma stabilita per la citazione del terzo. Accantonando, per un momento, le questioni sottese alla tecnica di formulazione della fattispecie, si può qui osservare, spostandosi sul piano degli effetti, che, se la citazione è diretta ad instaurare il contraddittorio con il terzo, che rappresenta quindi l'effetto utile per chi compie l'atto²⁴, va da sé che l'assenza di un qualsivoglia requisito necessario dovrebbe semplicemente condurre alla mancanza dell'effetto: tra la parte civile "sopraggiunta" ed il responsabile civile, si diceva, «non esiste una controversia» e, pertanto, la prima si dovrà «accontentar(e) di proporre istanze contro l'imputato».

La declaratoria della nullità di questo atto propulsivo²⁵ non dovrebbe, quindi, condurre alla regressione del procedimento allo stato e al grado in cui lo stesso è stato compiuto; come invece è imposto, in assenza di una disciplina derogatoria²⁶, dall'art. 185 c.p.p.²⁷. Il responsabile civile qualora «invalidamente citato» dovrebbe semplicemente "restar fuori" dal processo penale²⁸. In tal caso, il danneggiato potrebbe comunque agire, civilmente, nei confronti del terzo, senza che quest'ultimo «(ossa) subire alcun pregiudizio giuridico dalla sentenza penale di condanna del soggetto del cui illecito egli debba rispondere in sede civile»²⁹; quest'ultima, infatti, ha efficacia di giudicato soltanto nei

²² Trib. Venezia, 2 febbraio 1915, [Paganini], in *Riv. dir. proc. pen.*, 185: passo reperito in STOPPATO, *Commento*, cit., 470, (1).

²³ STOPPATO, *Commento*, cit., 470, (1); *contra* MANZINI, *Trattato*, vol. II, cit., 420 ss.

²⁴ CONSO, *Il concetto e le specie d'invalidità*, Milano, 1955, 61 ss.

²⁵ È tale ogni «elemento necessario nella trama procedurale», CORDERO, *Ideologie*, cit., 36-37 e ID., *Procedura penale*, 2001, cit., 1166 ss. Anche se in tal caso, va osservato, si tratta di un atto solo occasionalmente necessario, in quanto relativo ad una parte la cui presenza nel processo penale è meramente eventuale.

²⁶ Come, invece, discendeva dall'art. 111, co. 3, c.p.p. 1930, CORDERO, *Procedura penale*, 1979, cit., 289.

²⁷ In tal senso, CORDERO, *Procedura penale*, 2001, cit., 437.

²⁸ CORDERO, *Procedura penale*, 2001, cit., 437. Una eventuale declaratoria della nullità della citazione del responsabile civile, in assenza di una norma derogatoria che limiti gli effetti di tale forma di nullità (com'era l'art. 111, co. 3, c.p.p. 1930), dovrebbe concludersi, trattandosi di atto propulsivo, con la regressione del procedimento allo stato e al grado in cui questo è stato compiuto *ex art.* 185, co. 3, c.p.p., *ibidem*.

²⁹ Così, da ultimo, Cass., Civ., Sez. III, 28 settembre 2004, [ric. Baroncioni], n. 19387, in *Mass. Uff.*, n.

confronti del responsabile civile «che sia stato citato ovvero sia intervenuto nel processo penale» (art. 651, co. 1, c.p.p.), a meno che, si aggiunge³⁰, il responsabile civile, prima citato, non sia poi stato escluso (art. 88, co. 2, c.p.p.).

La regressione del procedimento, invece, oltre a violare il principio di economia processuale³¹, che non tollera quanto non sia strettamente necessario alla tutela dei diritti coinvolti, può dar luogo ad una palese disparità di trattamento, se solo si raffronti tale situazione rispetto a quella originata dall'esclusione del responsabile civile a tutela della sua partecipazione al contraddittorio ex art. 86, co. 2, c.p.p.³².

Elemento essenziale della citazione, al fine di consentire al responsabile civile di esercitare i suoi diritti nel giudizio, come richiesto dall'art. 83, co. 5, c.p.p., non può che essere anche la tempestività della stessa ovvero il rispetto di quel termine dilatorio «che consenta un'effettiva partecipazione al giudizio»³³. D'altra parte, è lo stesso legislatore a prescrivere che la richiesta di citazione sia proposta «al più tardi per il dibattimento» (art. 83, co. 2, c.p.p.). Non necessariamente, ha osservato la Cassazione, «per la prima udienza», ma anche per una successiva «purché, in tale eventualità, le udienze iniziali siano solo prodromiche, di differimento, e non impediscano al responsabile civile di svolgere il proprio ruolo nel dibattimento sin dalla prima fase di costituzione delle parti»³⁴; e, con un'affermazione che può essere estesa all'intera disciplina codicistica della chiamata del terzo nel processo penale, la citazione è volta «ad assicurare che il responsabile civile possa partecipare a tutte le fasi del dibattimento, che costituisce il nucleo centrale del giudizio, con parità rispetto alle altre parti»³⁵.

579730 (in tal senso, già CORDERO, in *Codice di procedura penale commentato*, cit., 99).

³⁰ CORDERO, *Codice di procedura penale commentato*, cit., 739.

³¹ CORDERO, *Codice di procedura penale commentato*, cit., 99.

³² La disposizione è «una coerente applicazione del principio del contraddittorio garantito dall'art. 24 Cost., (dall'art. 111, co. 2, Cost.) e dall'art. 101 c.p.c. per l'azione civile», CHILIBERTI, *Azione civile e nuovo processo penale*, Milano, 2006, 581. Sull'ambito di estensione dei principi di cui all'art. 111, co. 2, Cost., cfr. FERRUA, *Il "giusto processo"*, Bologna, 2012, 99 ss.

³³ Corte cost., n. 430 del 1992.

³⁴ Cass., Sez. IV, 30 aprile 2009, [R.C. in proc. Palumbo], in *Mass. Uff.*, n. 245358; conformi, Id., 23 novembre 2006, [Messina e altri], *ivi*, n. 236011; Id., 27 settembre 2012, [R.C. e Olivieri], cit., la quale solo per un mero errore di massimazione, parrebbe far discendere la nullità della citazione dalla «omessa proposizione, in sede di conclusioni, della domanda risarcitoria nei confronti del responsabile civile», anziché, per quanto emerge dalla motivazione della stessa, «dalla omessa proposizione della domanda, quale presupposto della richiesta di risarcimento formulata in sede di conclusioni» (*ivi*, in motivazione, 9-10).

³⁵ Cass., Sez. IV, 30 aprile 2009, cit.; analogamente, con riferimento però al processo civile, si è osservato che «la forma della citazione rivela la sua nota minima ed essenziale nella necessità di instaurare o restaurare il contraddittorio con un determinato soggetto», CERINO CANOVA, *Commento all'art. 163 c.p.c.*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da Allorio, Torino, 1990, 245.

È questa la *ratio* comune ai due rimedi previsti dal codice³⁶: sia a quello preventivo dell'esclusione del responsabile civile (art. 86, co. 2, c.p.p.), sia a quello successivo della nullità della citazione (art. 83, co. 5, c.p.p.). Entrambi, per il carattere sempre essenziale ai fini difensivi della raccolta degli elementi di prova, trovano applicazione nelle ipotesi di tardiva citazione del terzo per la partecipazione all'attività istruttoria, svolta, in un caso, in vista del giudizio³⁷, nell'altro, nel corso del medesimo.

A detta unicità di *ratio* ed all'assimilabile campo d'applicazione, non corrisponde però una correlativa uniformità delle conseguenze. Qualora gli elementi di prova siano stati raccolti in una fase anteriore al giudizio, il terzo, una volta citato e costituito, potrà ottenere di esser messo fuori causa³⁸, senza subire alcun pregiudizio ex artt. 651 e 654 c.p.p. (art. 86, co. 2, c.p.p.)³⁹. Qualora, invece, quelle stesse prove siano state acquisite successivamente, sempre però in sua assenza, il responsabile civile, non potendo più domandare la sua estromissione, in quanto decaduto dal termine di cui all'art. 86, co. 3, c.p.p., potrà solamente dedurre la nullità della citazione e, se del caso, degli atti dipendenti⁴⁰, con il solo effetto di prolungare quel giudizio⁴¹.

Ritornando alla tecnica di costruzione della fattispecie, chiediamoci ora che cosa accadrebbe nel caso di una sua diversa formulazione, secondo la tradi-

³⁶ RUGGIERI, *Commento agli articoli 83-85 c.p.p.*, cit., 517 ss.

³⁷ Ad esempio, per la partecipazione ad un incidente probatorio, cfr. Cass., Sez. III, 3 dicembre 2003, [Montemuro], in *Mass. Uff.*, n. 228000.

³⁸ Previa mera indicazione degli elementi di prova già raccolti, cfr. Cass., Sez. III, 21 ottobre 2004, [P.C. e Resp. civile in proc. Morra], in *Mass. Uff.*, n. 231305.

³⁹ Dall'esclusione riemergono, peraltro, quegli stessi pregiudizi di fatto per gli interessi del responsabile civile che stanno alla base della previsione legislativa dell'istituto dell'intervento volontario: la pronuncia penale, «per quanto giuridicamente inefficace nei suoi confronti, potrebbe tuttavia pregiudicarlo influenzando il giudice civile successivamente adito dal danneggiato»; ed, in sua assenza, potrebbero verificarsi collusioni ai suoi danni fra parte civile e imputato, v. *Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale*, (1978), 110-111 e *Parere commissione consultiva*, (1978), 95-96, entrambi in CONSO, GREVI, NEPPI MODONA, *Il nuovo codice di procedura penale. Dalle leggi delega ai decreti delegati*, Padova, 1989, 363 e 361.

⁴⁰ La nullità ex art. 83, co. 5, c.p.p., da ricondurre a quella generale di cui all'art. 178, co. 1, lett. c), va sottoposta al regime delle "altre" nullità di ordine generale (o nullità intermedie o nullità assolute-affievolite) di cui all'art. 180 c.p.p. (CHILIBERTI, *Azione civile*, cit., 530; CORDERO, *Codice di procedura penale commentato*, cit., 99; RUGGIERI, *Commento agli articoli 83-85 c.p.p.*, cit., 503). In tal senso, in giurisprudenza, Cass., Sez. IV, 21 novembre 2007, [Lauriola e altri], in *Mass. Uff.*, n. 238744 (*contra*, Id., 27 settembre 2012, R.C. e Olivieri, cit., che pare piuttosto ispirata, per esigenze di speditezza e di economia, ad evitare una regressione del procedimento, *ivi*, 10, mediante «un'attenuazione» del regime della nullità, CONTI, in *La preclusione nel processo penale*, Milano, 2014, 125-126, n. 112). Per la diversa tecnica normativa, l'art. 83, co. 5, c.p.p. non può considerarsi «una reiterazione» di quella a carattere generale di cui all'art. 178, lett. c), c.p.p., come, invece, sostenuto da TRANCHINA, DI CHIARA, in *I soggetti*, in *Diritto processuale penale*, a cura di Siracusano, Galati, Tranchina, Zappalà, Milano, 2013, 145.

⁴¹ CORDERO, *Procedura penale*, 2001, cit., 437.

zionale tecnica di elencazione degli elementi previsti a pena di nullità. Ri-compresi tutti i requisiti dettati dall'art. 83, invariabilmente, nella forma dell'atto, il giudice sarebbe obbligato a dar corso alla richiesta di citazione, con inutile dispendio di risorse e di tempo. A fronte della sicura compromissione dell'efficienza processuale, il diritto di difesa del responsabile civile non sortirebbe però alcun beneficio diretto, diverso da quello meramente dilatorio (che il legislatore è ormai tenuto ad espellere dal sistema processuale, per effetto dell'introduzione del canone della ragionevole durata), dall'autorizzazione del giudice e dalla notificazione della citazione, atteso che lo stesso era già presente in giudizio; ed è palese che al fine di consentirgli di difendersi è sufficiente che gli si rivolga la domanda di danno.

Questo è proprio della logica preventiva tesa ad evitare, per mezzo di un adeguato grado di diligenza nell'applicazione della norma, successive declaratorie di nullità; declaratorie che, però, non necessariamente seguirebbero, pur a fronte dell'opzione legislativa per una nullità di tipo tradizionale: la logica del raggiungimento dello scopo e della preminenza del risultato⁴², spesso alla base degli orientamenti di giurisprudenza sulla disciplina della nullità (vizio innocuo/atto equipollente/sanatoria atipica, ecc.⁴³), potrebbe condurre, in ogni caso, ad evitare il rilievo del vizio e, quindi, la regressione del procedimento. Ma, in tal caso, il fine utilitaristico dell'assicurare lo *speedy trial*⁴⁴ sarebbe conseguito da un «giudice [...] improvvisato legislatore»⁴⁵, al prezzo di una palese violazione della legalità del procedere⁴⁶, con sicura compromissione, insieme

⁴² Sostiene che «molti viv(ono) un “tortuoso fascino [di questo] processo penale del risultato”, nel quale il raggiungimento dello scopo fa aggio a tutto il resto» NOBILI, in *Principio di legalità, processo, diritto sostanziale*, (1995), ora in ID., *Scenari*, cit., 183. Sull'uso del procedimento penale, anziché come mezzo d'accertamento, come strumento d'intervento sociale, cfr. ID., *La nuova procedura penale*, cit., 44 e 304 ss.

⁴³ Sul vizio innocuo, cfr. CORDERO, *Ideologie*, cit., 44-45. Sull'(equivoco dell') atto equipollente come causa di sanatoria, cfr. DI PAOLO, *La sanatoria delle nullità nel processo penale*, Assago, 2012, 113 e 124 ss. e, anche, CAPONE, *L'invalidità nel processo penale. Tra teoria e dogmatica*, Assago, 2012, 253.

⁴⁴ Sono «le dilazioni de' giudizi (...) quel prezzo che ogni libera nazione nelle cause capitali paga per la sua libertà» (e non l'inverso), PAGANO, *Considerazioni sul processo criminale*, (1787), Bologna, 2010, 47.

⁴⁵ In tal caso, il giudice, manipolando la fattispecie dell'atto, finisce per espungere un requisito legale, CORDERO, *Procedura penale*, 1979, cit., 613 e 623.

⁴⁶ È il c.d. principio di legalità processuale, ora previsto in via generale dall'art. 111, co. 1, Cost., per il quale il giusto processo dev'essere «regolato dalla legge», UBERTIS, *Sistema di procedura penale, I, Principi generali*, Torino, 2007, 37 (e, nello stesso senso, IASEVOLI, *La nullità nel sistema processuale penale*, Padova, 2008, 67). Anteriormente alla riforma costituzionale del 1999, una parte minoritaria della dottrina lo aveva desunto in via esegetica dall'art. 25, co. 2, Cost., NOBILI, *Il I comma dell'art. 25*, in *Commentario della costituzione*, a cura di Branca, Bologna-Roma, 1981, 185 ss. Tra le remote ascendenze del principio s'annovera l'art. 19 L. 1° ottobre 1789 dell'Assemblea costituente francese, per il quale «la justice sera administrée (...) selon les formes déterminées par la loi», NOBILI, *Principio di legalità*, cit., 201 (e, per il solo testo di legge, CORDERO, *Procedura penale*, 2001, cit., 113).

a quegli interessi processuali alla cui tutela è diretta la previsione di legge rimasta inosservata, anche dello stesso «successo processuale»⁴⁷: nel termine rito è, infatti, implicita l'importanza delle forme «come un coefficiente necessario a conseguire i fini del processo»⁴⁸.

2. Una disposizione utile: ma è anche tassativa?

Si è così constatato che l'art. 83, co. 5, c.p.p. è di certo utile, sia a contenere i tempi processuali, sia ad impedire che l'interprete debba "forzare", mediante l'interpretazione, la disciplina delle nullità, per inseguire, al di fuori di ogni previsione di legge, quest'ultimo obiettivo. Pare, dunque, ad un primo esame, una buona tecnica legislativa, suscettibile di estensione ad altre ipotesi; come da altri osservato, infatti, l'adozione di tale forma di nullità potrebbe dar luogo al «migliore dei sistemi» processuali, ma, si aggiunge, «a condizione di disporre di giudici perfetti per scrupolo e perspicacia»⁴⁹.

La condizione, s'intuisce, è di quelle destinate a non inverarsi: la stessa procedura penale è stata intesa come sistema di limiti, di briglie, del potere e, in special modo, di quello di punire⁵⁰; ritenuta insufficiente la scelta di "ottimi magistrati", in quanto «rare volte avviene che gli uomini avendo il potere nelle mani, sien ritenuti dalla virtù di non farne abuso», le forme procedurali, che rappresentano «il freno della regolarità del processo»⁵¹, sono da intendersi quali limiti all'arbitrio del giudice e, al contempo, quali garanzie per «il prestigio della giustizia e la salvezza delle libertà» del cittadino⁵².

L'identificazione della procedura penale con le forme tese a limitare il potere può dirsi valida ancor oggi⁵³, al netto di alcuni eccessi di derivazione illuministica⁵⁴, ma al contempo va ribadito che la diffidenza verso l'esercizio del pote-

⁴⁷ LUCCHINI, *Elementi di procedura penale per Luigi Lucchini*, Firenze, 1920, 257.

⁴⁸ LUCCHINI, *Elementi*, cit., 258. Se, infatti, l'ordinamento privatistico non riprova «l'uso di certi strumenti negoziali ma il risultato a cui essi sono preordinati», quello processuale all'opposto definisce illeciti «non l'esperienza conoscitiva ma i mezzi con i quali la si è procurata». L'osservazione, sorta in riferimento ai soli atti processuali probatori, è poi estesa a tutti gli altri atti del processo da CORDERO, in *Prove illecite nel processo penale*, (1961), ora in ID., *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963, in partic. 152-153. Limita il riferimento al solo processo cognitivo FERRAJOLI, in *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 2004, 550.

⁴⁹ Così, mediante un'equiparazione della citazione del responsabile civile agli atti a forma libera di cui all'art. 156, co. 2, c.p.c., CORDERO, in *Procedura penale*, 1979, cit., 622.

⁵⁰ NOBILI, *La nuova procedura penale. Lezioni agli studenti*, Bologna, 1989, 305; ID., *Principio di legalità*, cit., 181 ss.; FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 638 ss.

⁵¹ PAGANO, *Considerazioni*, cit., 48 ss.

⁵² LUCCHINI, *Elementi*, cit., 261; v., anche, NOBILI, *Forme e valori*, (1993), ora in ID., *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova, 1998, 1 ss. e CORDERO, *Procedura penale*, 1979, cit., 622.

⁵³ NOBILI, *Forme*, cit., 4 e ID., *La nuova procedura penale*, cit., 305.

⁵⁴ Come l'idea che il giudice debba essere «da legge istessa animata e parlante, niente più», PAGANO, *Considerazioni*, cit., 54.

re non può costituire la stessa ragion d'essere della materia⁵⁵. O, almeno, dev'esser chiaro che il potere da regolamentare non è solo quello del giudice, ma anche quello delle parti processuali cui, con l'introduzione del modello accusatorio, si è riconosciuto un maggior peso nell'esercizio della giurisdizione. È vero che, una volta riconosciute le garanzie, non si può poi impedire all'imputato e alla sua difesa di usarle anche soltanto a fini dilatori⁵⁶ (l'abuso del processo, che dovrebbe esserne lo strumento sanzionatorio, è formula indeterminata ed indeterminabile, che dischiude ad una giustizia senza fattispecie, *infra*), ma il legislatore, cui solo è rivolto l'invito ad assicurare la ragionevole durata del processo, deve plasmarne le forme in modo che questo non venga ad assomigliare alle "ruote che girano a vuoto" di Wittgenstein o ad un "un gioco di pazienza", senza mai poter arrivare al suo epilogo "naturale", l'accertamento dei fatti e la dimostrazione della colpevolezza dell'imputato⁵⁷.

È in questa prospettiva che l'art. 83, co. 5, c.p.p. dev'essere valutato. Fa risparmiare tempo ai giudici e, in prospettiva, ancor più ne farebbe risparmiare qualora, sul rilievo della mancata notificazione della citazione, s'intendesse far valere la nullità dell'atto propulsivo: l'inessenzialità della notificazione del decreto di citazione, al fine di consentire la difesa del responsabile civile già costituito, sbarrerebbe la strada alla declaratoria del vizio ed alla regressione.

Resta, però, ancora da capire se la norma sia compatibile con il principio di tassatività delle nullità. Già s'è anticipato il giudizio negativo espresso dalla dottrina, che la iscrive nell'ambito del principio di strumentalità delle forme e, quindi, tra le eccezioni all'art. 177 c.p.p., sul presupposto che quest'ultimo, oltre ad escludere il ragionamento analogico⁵⁸, impedisca, in ogni caso, di riconsiderare l'interesse delle parti all'osservanza della formalità omessa, «cristallizzato nella norma che commina la nullità»⁵⁹.

Il giudizio è negativo; ma l'oggetto non sufficientemente definito. Vi è chi ha assimilato la norma a quella di cui all'art. 156, co. 2, c.p.c., facendo risultare

⁵⁵ «La "difesa contro i possibili abusi dell'autorità sociale" (...) diventa per i penalisti un interesse assorbente, l'unico criterio di "orientamento della nostra scienza"», CARNEVALE, *L'ideale giuridico della procedura penale*, in *Riv. pen.*, 1903, 18: passo reperito in MILETTI, *Un processo per la Terza Italia. Il codice di procedura penale del 1913*, I, *L'attesa*, Milano, 2003, 318-319.

⁵⁶ FERRUA, *Il "giusto processo"*, cit., 116-117.

⁵⁷ Entrambe le esemplificazioni sono tratte da FERRUA, *Garanzie formali e garanzie sostanziali nel processo penale*, in *Quest. giust.*, 2001, 6, 1116. Quanto alla prima figura, l'A. aggiunge, del tutto condivisibilmente, che «nei marchingegni del processo ciò che gira a vuoto, in realtà, gira sempre contro, per la sottrazione di risorse che comunque ne deriva».

⁵⁸ VOENA, *Commento agli artt. 177-186 c.p.p.*, cit., 148.

⁵⁹ Così, LEONE, in *Trattato*, I, cit., 715. Non sembra riconnettere a detto principio l'impermeabilità della fattispecie processuale alla valutazione in termini di effettivo conseguimento dello scopo tutelato dalla norma NOBILI, in *La nuova procedura penale*, cit., 306.

che la stessa consenta all'interprete di plasmare atti a forma libera⁶⁰; chi, sempre richiamando l'art. 156, co. 2, c.p.c., ha sostenuto che si tratti di una nullità «riferita genericamente alla mancanza degli elementi che costituiscono l'essenza dell'atto (*substantialia processus*)»⁶¹; chi ha parlato di «nullità virtuali»⁶²; chi ha ritenuto che la sussistenza della condizione di poter esercitare i suoi diritti nel processo sia «circostanza liberamente valutata dal giudice del merito»⁶³; chi ha osservato che la norma prescrive all'interprete di far riferimento ai «requisiti essenziali della citazione nel processo civile»⁶⁴; chi ha sostenuto che la norma non consente al giudice di fissare a suo arbitrio «quali siano gli elementi essenziali», ma nemmeno sono tali «tutti gli elementi indicati dalla legge»⁶⁵; chi, ancora, che la disposizione, che non «lascia (...) alla discrezione del giudice la valutazione dell'esistenza della nullità», deve essere interpretata «come richiamo sintetico» delle nullità del decreto di citazione, anch'esse dirette ad assicurare l'esercizio dei diritti ad una parte⁶⁶.

Occorre, dunque, indagare più a fondo le modalità d'azione dello strumento reso disponibile dall'art. 83, co. 5, c.p.p., ponendosi su di un piano speculare rispetto all'invalidità, quello della fattispecie dell'atto, per verificare se e in quali termini la norma, come si ripete di consueto, deroga al principio di tassatività delle nullità⁶⁷.

3. La ricerca della/e fattispecie

Preliminarmente, va chiarito il significato del termine: trattandosi di uno strumento di analisi del tessuto normativo, di una sovrastruttura, di esso non v'è traccia, nè tantomeno definizione, nella normativa. Per fattispecie si deve, modernamente, intendere l'insieme degli elementi necessari e sufficienti, tipizzati da una norma, perché un atto produca i suoi effetti giuridici⁶⁸ e possa, quindi, dirsi valido⁶⁹. Necessari, in negativo, perché quando in un fatto manca

⁶⁰ CORDERO, *Procedura penale*, 1979, cit., 622.

⁶¹ LEONE, *Trattato*, I, cit., 533-534.

⁶² PENNISI, *L'accessorietà*, cit., 182 e DE ROBERTO, *Responsabile civile*, cit., 58.

⁶³ MANZINI, *Trattato*, II, cit., 424.

⁶⁴ FIETTA, *Il responsabile civile nel processo penale italiano*, Napoli, 1934, 37.

⁶⁵ Ne conclude, dunque, che «è solo in concreto che si può vedere se un elemento sia tale che senza di esso il responsabile civile sia privato di un suo diritto» LEVI, in *La parte civile nel processo penale italiano*, Padova, 1936, 489.

⁶⁶ GUALTIERI, *I responsabili civili*, cit., 61.

⁶⁷ Come, ad esempio, in CHILIBERTI, *Azione civile*, cit., 530.

⁶⁸ Tutti i requisiti, se necessari, esplicano «un eguale ruolo» nella determinazione del corrispondente effetto giuridico, RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, (1939), Napoli, 1978, 61. Per il principio di relatività della fattispecie (rispetto all'effetto preso in esame), cfr. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, (1940), Milano, ried. 1964, 41.

⁶⁹ Così, FERRUA, in *Il "giusto processo"*, cit., 21 (e, in tal senso, anche, CAPONE, *L'invalidità*, cit., 27 ss.). L'equazione tra efficacia e validità dell'atto è il fulcro della prevalente teoria funzionale della fattispecie,

anche uno solo di quei requisiti, la fattispecie non viene integrata e non si producono i suoi effetti tipici⁷⁰; sufficienti, in positivo, perché quando in un fatto ricorrono tutti i requisiti, la fattispecie risulta integrata e si producono i relativi effetti.

Solo in un ordinamento elementare, però, tutti i requisiti previsti dalla legge possono assumere pari rilevanza; per il principio di economia, a mano a mano che le forme degli atti diventano più complesse, per garantire interessi eterogenei, l'ordinamento non può trattare alla stessa stregua tutte le mancanze, per evitare che ogni difformità, anche minima, rispetto al modello legale, si tramuti nella mancata produzione degli effetti cui l'atto è diretto⁷¹.

Con riferimento agli atti processuali penali, è il principio di tassatività delle nullità ad imporre la distinzione tra requisiti necessari, che compongono la fattispecie dell'atto, e gli altri⁷². Se, come disposto dall'art. 177 c.p.p., «(l)'inosservanza delle disposizioni stabilite per gli atti del procedimento è causa di nullità soltanto nei casi previsti dalla legge», la mancanza di un requisito cui la legge non ricollega la nullità comporterà soltanto l'irregolarità dell'atto⁷³, con eventuali sanzioni, d'altri settori dell'ordinamento, a carico del

che respinge «ogni tentativo di determinare il concetto prescindendo dal riferimento all'effetto giuridico», CORDERO, *Le situazioni*, cit., 33 ss. Per il raffronto con la contrapposta teoria, sviluppata a partire dalla disciplina del negozio giuridico, cfr. CAPONE, *L'invalidità*, cit., 29, 32 e 159-160; sul versante del diritto amministrativo, da ultimo, LUCIANI, *Contributo allo studio del provvedimento amministrativo nullo. Rilevanza ed efficacia*, Torino, 2010, 7 ss.

⁷⁰ CONSO, *Il concetto*, cit., 55-56. L'omessa integrazione dell'atto processuale determina il mancato ottenimento dei suoi effetti tipici; solo «in un senso molto lato e traslato», è possibile dunque rinvenire in questa mancata produzione degli effetti una «sanzione» dell'atto processuale penale. Ad impedire l'equazione tra nullità e sanzione è la stessa distinzione tra situazione giuridica di potere e quella di dovere: se la violazione di un dovere, con l'esecuzione di un comportamento vietato dall'ordinamento, può determinare una conseguenza sfavorevole in capo all'agente, il «non aver agito come legislativamente contemplato» dal modello legale determina di per sé il mancato conseguimento degli effetti auspicati», UBERTIS, *Sistema*, cit., 28.

⁷¹ Il legislatore «non ha accompagnato da sanzione di nullità molte forme, perché le ha considerate come mere norme precauzionali», STOPPATO, *Commento*, cit., sub art. 135, 953. Così, anche, CAPONE, *L'invalidità*, cit., 85 ss. e 138; GALATI, voce *Atti processuali penali*, in *Dig. Pen.*, I, Torino, 1987, 367.

⁷² Al di là, anzi prima, del principio di tassatività, la dottrina ha ritagliato la categoria dell'inesistenza, quale sanzione delle più macroscopiche divergenze dal modello legale: «(l)a previsione legislativa delle singole forme d'invalidità procede dall'ovvio presupposto che si sia avverato almeno quel nucleo della fattispecie, in assenza del quale appare addirittura preclusa la possibilità di commisurare l'atto al suo tipo legale». Così, non pare potersi ricondurre allo schema della testimonianza «una manifestazione narrativa ottenuta con l'uso di procedimenti narcoanalitici», in quanto «dove manca una dichiarazione cosciente del soggetto, ricor(e) qualcosa di più d'una pallida larva d'una confessione o d'una testimonianza?», CORDERO, *Prove illecite*, cit., 169-170; dopo l'avvento del nuovo codice di procedura penale che ha codificato la regola agli artt. 64, co. 2 e 188 c.p.p., cfr. ID., *Procedura penale*, 2001, cit., 246 ss. e 606 ss.

⁷³ Sottolinea che la denominazione, pur in uso nel linguaggio giuridico, sia foriera di fraintendimenti, «potendo far credere che l'atto irregolare sia un atto viziato» CONSO (in *I fatti giuridici*, cit., 111-112): le irregolarità consistono, infatti, «nella semplice trasgressione di un dovere imposto alla persona che

responsabile⁷⁴. Nel modello legale di un atto⁷⁵ si può, dunque, isolare un nucleo centrale formato dai requisiti necessari ai fini della produzione dell'effetto tipico⁷⁶, cui si aggiungono altri requisiti, per così dire, di contorno, o utili⁷⁷, che si distinguono dai primi per la diversa funzione svolta nell'ambito del paradigma normativo⁷⁸.

La fattispecie dell'atto processuale penale pertanto emerge, al negativo, da quelle prescrizioni la cui osservanza è imposta sotto pena di nullità⁷⁹, sia dalle disposizioni appositamente dedicate alla singola fattispecie⁸⁰, come l'art. 83, co. 5, c.p.p., sia dalle altre a carattere generale⁸¹ sul tipo delle tre enunciate nell'art. 178 c.p.p. L'invalidità rappresenta, pertanto, il risvolto negativo del

compie l'atto» (*ibidem*). Sul punto, anche, FERRUA, *Il "giusto processo"*, cit., 22; DOMINIONI, *Commento all'art. 177 c.p.p.*, in AMODIO, DOMINIONI, diretto da, *Commentario*, cit., 262; CAPONE, *L'invalidità*, cit., 85 ss.

⁷⁴ In difetto di "garanzie forti", che «comportano direttamente la nullità delle deviazioni, la minimizzazione della discrezionalità dei poteri di accertamento e la soppressione dei poteri di disposizione impropri il cui esercizio è fonte inevitabile di abusi», ritiene indispensabili, per quanto «secondarie, inefficaci ed insufficienti», le "garanzie deboli" della responsabilità dei giudici mediante sanzioni FERRAJOLI, in *Diritto e ragione*, cit., 607 ss. Si avverte, infatti, tradizionalmente che «non dovrebbero neppure far difetto opportune e severe comminatorie per i giudici e per gli altri funzionari giudiziari cui fossero da imputarsi irregolarità rituali, cagionando l'annullamento delle procedure, con grave iattura talora per le parti interessate e talora per la società e per il pubblico erario, quando tali irregolarità fossero dovute a gravi e inescusabili negligenze e precipitazioni», LUCCHINI, *Elementi*, cit., 278. Invero, la nozione di responsabilità dovrebbe essere estesa per ricomprendervi le sanzioni applicabili anche agli altri soggetti, titolari di situazioni giuridiche soggettive di potere, a tutela della *fairness* processuale, CATALANO, *L'abuso del processo*, Milano, 2004 (per una prima classificazione delle diverse sanzioni di carattere generale prospettabili, *ivi*, 306-307, e per la distinzione comparatistica tra *abuse of discretion*, in relazione all'esercizio dei poteri conferiti al giudice penale, e *abuse of process*, che attiene invece al comportamento delle parti, *ivi*, 125 ss.).

⁷⁵ CONSO, *Il concetto*, cit., 18: l'A. muove proprio dall'intento di «accertare se validità e invalidità indichino o no qualcosa di più o di diverso di quanto già si indichi con il dire completezza o incompletezza del modello, cioè, appunto, perfezione e imperfezione».

⁷⁶ Per determinare la fattispecie di un atto, anche complesso, occorrerà, dunque, «individuare il minimo dei fatti necessari, cioè i fatti sufficienti, a darle vita»: così, efficacemente, CONSO, in *I fatti giuridici*, cit., 150 ss.

⁷⁷ CONSO, *Il concetto*, cit. 23 ss.; CAPONE, *L'invalidità*, cit., 86 ss. e 156.

⁷⁸ Da una parte i requisiti di fattispecie, dall'altra le semplici trasgressioni di un dovere imposto alla persona che compie l'atto, prescrizioni «irrelevanti sul piano effettuale, o "*leges minus quam perfectae*»», CORDERO, *Guida alla procedura penale*, Torino, 1986, 440. A tale distinzione corrisponde quella, fondamentale, tra potere e dovere: nel primo, il comportamento ipotizzato dalla norma, in termini strumentali, «costituisce materia d'un giudizio di idoneità a conseguire un dato effetto giuridico»; nel secondo, invece, il comportamento «è qualificato in sé e per sé, nell'orbita di una valutazione intransitiva», *Id.*, voce *Giudizio*, in *Dig. Pen.*, V, Torino, 1991, 506.

⁷⁹ CONSO, *I fatti giuridici*, cit., 111 (e, più in sintesi, CORDERO, *Ideologie del processo penale*, Milano, 1966, 80). Il collegamento tra regime della nullità e fattispecie dell'atto processuale è colta, pur in una diversa prospettiva, anche da DENTI, voce *Nullità degli atti processuali civili*, in *Noviss. Dig.*, XI, Torino, 1965, 468 ss. e 477.

⁸⁰ CONSO, *I fatti giuridici*, cit., 109-110 e 151.

⁸¹ *Ibidem*.

concetto di fattispecie⁸². Si è, infatti, precisato, in proposito, che il modello legale di un atto risulta «dall'intero complesso del trattamento normativo a cui esso è sottoposto»⁸³, al netto però delle disposizioni che prevedono «una modalità formale non prescritta a pena di nullità o di inammissibilità»⁸⁴; la fattispecie, in altri termini, si ricava all'esito di un'indagine di natura interpretativa diretta a verificare quali sono i fatti la cui presenza è al contempo necessaria e sufficiente perché si verifichi un determinato effetto⁸⁵.

3.1. Fattispecie diverse in rapporto di sussidiarietà: sanatoria?

Va aggiunto, a scanso di ogni equivoco⁸⁶, che nel caso prospettato, quello della citazione del terzo senza decreto notificato a cura dell'istante, non ricorre un'ipotesi di sanatoria, ex art. 184, co. 1, c.p.p., di un atto *ab origine* nullo, secondo un modello sussidiario rispetto a quello non realizzato, bensì una mera irregolarità del medesimo. Escluso, infatti, che la stessa situazione del reale possa essere oggetto, al contempo, di due contrapposte qualificazioni, sia nei termini di invalidità/inefficacia sia in quelli di validità/efficacia, è, dunque, sempre necessario, per l'intervento di una fattispecie sussidiaria produttiva dei medesimi effetti di quella normale rimasta inattuata, che intervenga *ex post* un fatto conseguente⁸⁷, nella specie, la comparsa della parte interessata⁸⁸. Qualora il responsabile civile si sia già costituito e figurì, dunque, tra i con-

⁸² CONSO, *Il concetto*, cit., 55.

⁸³ CORDERO, *Le situazioni*, cit., 46, (28).

⁸⁴ Quest'ultima, prosegue l'A., non rientra nello schema dell'atto processuale e «la sua mancanza ne costituisce semplice irregolarità», CONSO, *I fatti giuridici*, cit., 111.

⁸⁵ CORDERO, *Le situazioni*, cit., 40 e, anche, SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, cit., 41-42 e 176.

⁸⁶ Detti fraintendimenti possono ingenerarsi anche per il diffuso «abuso» delle sanatorie». A tal proposito, in un recente studio in materia si è segnalato che, nella procedura penale degli ultimi decenni, è in atto la tendenza «a sterilizzare le nullità (ed il loro effetto demolitorio) sfruttando oltre misura i notevoli (e forse un po' eccessivi) margini di discrezionalità» lasciati all'interprete dalla sanatoria generale «per raggiungimento dello scopo», DI PAOLO, *La sanatoria*, cit., XII.

⁸⁷ Un «elemento nuovo» che nasce da un atto o da un comportamento successivo, tale da sostituire quell'elemento la cui mancanza aveva determinato la nullità, secondo LEONE, *Manuale di diritto processuale penale*, Napoli, 1985, 326 ss. Un'«entità successiva», secondo CORDERO, *Nullità, sanatorie, vizi innocui*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1961, 689 in partic. (27) e 706 (e, in una versione più concisa, ID., *Ideologie*, cit., 31 s.). Sul punto, anche, CAPONE, *L'invalidità*, cit., 99 e LOZZI, *Lezioni*, cit., 188.

⁸⁸ La costituzione in giudizio, secondo un'altra costruzione dottrinale della sanatoria, non rileverebbe quale evento fisico, ma soltanto «come comportamento appartenente alla serie preordinata del procedimento» di quei «soggetti, cui spetta di far progredire il processo verso la sua meta finale», DENTI, voce *Nullità*, cit., 477 e 478. La nuova formulazione della sanatoria all'art. 183, lett. b), c.p.p. ha poi chiarito che il fatto conseguente rileva quale esercizio effettivo della facoltà tutelata dalla norma violata (e non più «come, vago e incerto, raggiungimento dello scopo»), *Relazione al progetto preliminare*, (1978), cit., 154-155, in CONSO, GREVI, NEPPI MODONA, *Il nuovo codice*, cit., 494 ss. In riferimento al nuovo c.p.p., cfr. CORDERO, *Codice di procedura penale commentato*, cit., 213 e ID., *Procedura penale*, 2001, cit., 1166; per il raffronto tra le due teorie, DI PAOLO, *La sanatoria*, cit., 10 ss. e 112 ss.

tradditori presenti non è però dato rinvenire questo elemento successivo alla richiesta di autorizzazione alla citazione: ne deriva necessariamente che ad operare in concreto non è una fattispecie sussidiaria, derivante dall'integrazione dell'atto imperfetto (la citazione) e dal fatto che funziona da sanatoria (la comparsa della parte), bensì la fattispecie «tipica e normale»⁸⁹. L'atto, pur difforme dal paradigma, è quindi, *ab origine*, meramente irregolare.

Nemmeno si tratta di una riproposizione della teoria del vizio innocuo⁹⁰, quel «sortilegio» per cui le nullità «vengono soffiate via in qualche altra (ignota) parte» dal giudice⁹¹, qualora si ammetta la possibilità di «un conseguimento dello scopo coevo all'atto nullo»⁹². Nel caso di cui s'è detto, neppure all'origine, v'è traccia di alcuna nullità dell'atto di citazione; la mera domanda risarcitoria appare fin dall'inizio valida, anche se «irregolare»; perciò non si verifica quell'insostenibile doppia qualificazione, in termini di validità ed invalidità, della medesima situazione, in cui si compendia la teoria del vizio innocuo. Va sottolineato che è lo stesso principio di irrilevanza degli atti imperfetti⁹³ a sbarrare la strada a detta figura: se l'atto perfetto e quello viziato producessero le stesse conseguenze, si è correttamente osservato, «cadrebbe il concetto di perfezione (rispetto alla fattispecie) e, con esso, il presupposto di ogni valutazione giuridica»⁹⁴.

3.2. Fattispecie diverse in rapporto di alternatività: nullità a rilevanza variabile?

L'art. 83, co. 5, c.p.p. non è poi una declinazione sul terreno del processo penale del principio della nullità «a rilevanza variabile»⁹⁵ di cui all'art. 156, co. 2, c.p.c. Nell'applicare quest'ultima, l'interprete dovrà, innanzitutto, indivi-

⁸⁹ Com'è indicata da CONSO, in *Il concetto*, cit., 37.

⁹⁰ Tale teoria, nonostante le risalenti censure cui è stata sottoposta dalla dottrina (CORDERO, *Ideologie*, cit., 44-45), sopravvive in giurisprudenza, cfr. SCAPARONE, *Procedura Penale*, I, cit., p.te III, sez. II, § 10. Di recente, la Corte costituzionale ha annullato alcune ordinanze con cui era stata negata rilevanza agli impedimenti parlamentari adottati da un imputato al fine di ottenere il rinvio d'udienza (n. 225 del 2001); eppure, il Tribunale aveva poi comunque disposto il procedersi oltre nel dibattimento, osservando che la nullità di quelle attività dibattimentali già svolte era comunque «rimasta «innocua»»; la Corte costituzionale, nuovamente invocata dalla difesa, ha censurato l'uso della «non conosciuta categoria della «innocuità» della illegittimità compiuta dal giudice» (n. 451 del 2005); sulla vicenda, cfr. NOBILI, *Torbide fonti*, cit., 154.

⁹¹ NOBILI, *Torbide fonti*, cit., 154.

⁹² CORDERO, *Ideologie*, cit., 45.

⁹³ In base a questo principio, ad un atto imperfetto non può mai essere attribuita la stessa rilevanza giuridica del corrispondente atto perfetto, CONSO, *Il concetto*, cit., 30 ss.

⁹⁴ *Ibidem*.

⁹⁵ Cass. Civ., Sez. II, 20 novembre 2013, [ric. Manno], n. 26058, in *Mass. Uff.*, n. 628922. Per il principio di strumentalità delle forme, cfr. DENTI, *La giustizia civile: lezioni introduttive*, Bologna, 2004, 185.

duare lo scopo dell'atto desumendolo dalla *ratio* della disciplina positiva⁹⁶ e, solo in un secondo momento, potrà stabilire se le forme usate siano state idonee a conseguirlo⁹⁷; rispetto all'art. 83, co. 5, c.p.p, che esplicita lo scopo dell'atto, invece, questi si dovrà limitare a compiere la seconda valutazione. La disposizione in analisi, infatti, predetermina lo scopo dell'atto, individuandolo nella necessità di porre il responsabile civile in condizione di esercitare i suoi diritti nel giudizio; del pari, il codice di rito prefigura gli elementi della citazione del terzo, di cui l'interprete dovrà pertanto solamente valutare l'indispensabilità allo scopo esplicitato.

La citazione del responsabile civile non è dunque "atto a forma libera", almeno nei termini di cui all'art. 156, co. 2, c.p.c.: il legislatore del 1988 non ha lasciato libero l'interprete «nella scelta della via meno ardua per conseguire lo scopo»⁹⁸ e, pertanto, si deve escludere che caratteristica essenziale dell'atto sia quella della tipicità dei suoi effetti più che delle sue forme, com'è, invece, corretto osservare in relazione alla disposizione processualcivilistica⁹⁹.

La nullità di cui all'art. 83, co. 5, c.p.p. non è nemmeno da annoverarsi tra le cc.dd. nullità virtuali, utilizzate dalla dottrina e talvolta dalla giurisprudenza¹⁰⁰, vigente il codice del 1865, al fine di consentire, pur in assenza di una esplicita previsione di nullità, che anche gli atti mancanti degli elementi (ritenuti) essenziali dall'interprete potessero essere comunque dichiarati nulli¹⁰¹. Avevano,

⁹⁶ Operazione, la prima, né immediata, né univoca, per MARTINETTO, *Commento all'articolo 156 c.p.c.*, cit., I, t. II, Torino, 1973, 1581 ss. Sul versante del processo penale, in riferimento alle difficoltà interpretative della vecchia sanatoria per raggiungimento dello scopo, cfr. MOSCARINI, *Esigenze antiformalistiche e conseguimento dello scopo nel processo penale italiano*, Milano, 1988, 27 ss. e, rispetto alla diagnosi di abuso del processo (come deviazione dallo scopo dell'atto processuale), CATALANO, *L'abuso*, cit., 39 ss. e 110.

⁹⁷ Così, CORDERO, in *Guida*, cit., 440 e ID., in *Procedura penale*, 1979, cit., 612-613. Soltanto riguardo all'art. 156, co. 2, c.p.c. pare, dunque, corretto osservare con l'A. che si tratta di «figure relativamente indeterminate», nelle quali «il legislatore limita gli interventi al minimo lasciando le mani alquanto libere ai giudici» e che pertanto non sono esportabili nel processo penale, «ad oggetto indisponibile».

⁹⁸ Così, rispetto all'art. 156, co. 2, c.p.c., CORDERO, in *Nullità, sanatorie, vizi innocui*, cit., 704.

⁹⁹ Questo contrasta con quanto sostenuto rispetto alla disciplina delle nullità degli atti, di cui agli artt. 156-162 c.p.c. da DENTI, in *La giustizia civile*, cit., 185. Sottolinea che la nullità formale di cui all'art. 156 c.p.c. è, invero, «una realtà antiformalistica», in quanto dipende «non dalla disfunzione dei requisiti di forma-contenuto dell'atto, ma dal realizzarsi o meno di una componente, lo scopo appunto, esterna ad esso» MANNA, in *La nullità nel processo di esecuzione*, Padova, 2006, 30.

¹⁰⁰ Così, il relatore STOPPATO nella *Relazione della Commissione della Camera dei deputati sul progetto del codice di procedura penale*, cit., riportata in stralcio da: ALOISI, *Commento al libro primo e secondo (articoli 1 a 350)*, in *Spiegazione pratica del Codice di procedura penale*, diretto da Mortara, Torino, 1914, sub artt. 136-142, 199.

¹⁰¹ LOZZI, voce *Atti processuali*, II, *Diritto processuale penale*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. III, Roma, 1995, 8. Esclude categoricamente che «nel mondo del processo penale» esistano quelle «nullità "tacite" o "virtuali" di cui parlano, ad esempio, gli scrittori francesi» CORDERO, in *Ideologie*, cit., 80. Quel sistema, poi importato in Italia con il c.p.p. 1865, era totalmente imperniato su nullità "speciali", MOSCARINI, *Esigenze antiformalistiche*, cit., 65 (così anche, più di recente, DI PAOLO, *La sanatoria*, cit., 40

dunque, funzione estensiva – e non restrittiva, come invece il co. 5 dell’art. 83, c.p.p. – della disciplina dell’invalidità: accanto alle nullità espresse si ammettevano queste «nullità “sottintese”»¹⁰², derivanti dalla violazione di forme essenziali della procedura. Le stesse, però, non hanno mai trovato posto nei codici di procedura penale, né in quello del 1913 (nella cui relazione si è osservato che a «parte violazioni di diritto materiale e formale, che escludono l’esistenza del processo e della sentenza, e impediscono l’esecuzione per mancanza di ogni possibilità di passaggio in cosa giudicata, si è mantenuto fermo il concetto di non autorizzare il giudice ad annullare (...) gli atti che manchino degli elementi che ne costituiscono l’essenza»¹⁰³), né in quello del 1930 («Qualcuno vorrebbe dare al giudice la facoltà di annullare gli atti che manchino degli elementi essenziali (...). Ma questa disposizione è sempre stata oggetto di serie critiche per la sua indeterminatezza, e d’altra parte la mancanza d’una norma analoga nel diritto processuale penale vigente non risulta che abbia dato luogo a inconvenienti»¹⁰⁴) e neppure nell’attuale.

Le esigenze di semplificazione e di celerità dei procedimenti, sempre più pressanti per i non infrequenti insuccessi processuali, con il mancato accertamento delle responsabilità, hanno portato tuttalpiù al progressivo emergere dell’aspetto funzionale dell’atto processuale¹⁰⁵, anche penale¹⁰⁶; così, la direttiva della «non incidenza dei vizi meramente formali degli atti sulla validità del processo» formulata dalla legge delega del 1974¹⁰⁷, ha dato nuovo vigore alle discussioni sul criterio della lesività sostanziale dell’atto nullo, rispetto al quale al concetto di “essenza” dell’atto si sostituisce quello di idoneità del medesimo a raggiungere il suo scopo.

3.3. Pregiudizio effettivo o lesività sostanziale...

Difetta un elemento essenziale, il decreto di citazione notificato al responsabile civile, anche se tale mancanza non ha determinato alcun pregiudizio al terzo, già presente e, dunque, in condizioni di difendersi: quell’elemento, però, era *ex ante* essenziale ai fini difensivi? La nozione teleologica dell’atto proces-

s.).

¹⁰² GALATI, voce *Nullità, d)*, *Diritto processuale penale*, in *Enc. Dir.*, vol. XXVIII, Milano, 1978, 913, (30).

¹⁰³ Così, il ministro FINOCCHIARO APRILE nella *Relazione al re del Ministro guardasigilli*, Roma, 1913, ora in *Commento*, cit., II, 570.

¹⁰⁴ Così, il guardasigilli ROCCO nella *Relazione al progetto definitivo del codice di procedura penale*, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. X, Roma, 1930, 33.

¹⁰⁵ MANNA, *La nullità*, cit., 28 ss.

¹⁰⁶ AIMONETTO, *La «durata ragionevole» del processo penale*, Torino, 1997, 98-100.

¹⁰⁷ Così era stato disposto dall’art. 2, co. 1, n. 6, L. 3 aprile 1974, n. 108, con la quale veniva conferita delega legislativa al Governo per l’emanazione di un nuovo codice di procedura penale.

suale, elaborata dalla Consulta per estendere la garanzia della difesa anche alla fase preistruttoria¹⁰⁸, consiste nel verificare «se ed entro quali limiti» quegli atti preliminari, prima considerati fuori dal processo, «possano pesare, valere, essere utilizzati a fini decisori»¹⁰⁹; occorrerà, in altri termini, «di volta in volta accertare, in relazione all'importanza del singolo atto, se l'assenza del difensore e la conseguente minor pienezza di contraddittorio si traducano, per gli effetti che abbiano a derivarne, in una effettiva lesione del diritto costituzionale di difendersi in giudizio»¹¹⁰. In questa prospettiva funzionale, nella quale si rinviene la chiave di lettura dell'art. 83, co. 5, c.p.p., si può dire che sin dall'inizio non mancava alcun elemento indispensabile per assicurare la difesa del responsabile civile e, d'altra parte, tale non può ritenersi la *vocatio in ius* di un soggetto già comparso.

Evidente, dunque, la differenza rispetto alla teoria del pregiudizio effettivo¹¹¹. Quest'ultima subordina la nullità, oltre all'assenza di almeno un requisito (elemento negativo), anche alla sussistenza dell'«effetto che, nel caso speciale, avrebbe potuto creare l'adempimento rigoroso della formalità», ovvero al concreto pregiudizio dell'interesse tutelato dalla norma (elemento positivo)¹¹². Qualora la richiesta di citazione venga avanzata da una delle parti civili nei confronti del responsabile civile già costituito, per quanto osservato, a mancare è il primo elemento, di segno negativo; *ex ante* non vi è alcun vizio dell'atto, di cui si possa dunque accertare la lesività in concreto, perché quell'elemento, la *vocatio in ius* del responsabile civile, non è affatto un requisito previsto invariabilmente dal legislatore a pena di nullità¹¹³: nella disciplina positiva non si rinviene alcuna disposizione che preveda l'invalidità

¹⁰⁸ GAETA, *Principi costituzionali in materia penale (diritto processuale penale)*, 2011, ora in www.cortecostituzionale.it; FERRUA, voce *Difesa (Diritto di)*, in *Dig. Pen.*, Torino, 1989, 466 ss.; CORDERO, *Procedura penale*, 1979, 815-817 e ID., *Procedura penale*, 2001, 88; più di recente, in sintesi, BONTEMPELLI, *L'accertamento amministrativo nel sistema processuale penale*, Milano, 2009, 100 ss.

¹⁰⁹ È quanto afferma, in riferimento alle sent. n. 52 del 1965 e n. 86 del 1968 della Corte cost., NOBILI, in *La nuova procedura penale*, cit., 65. Nella seconda pronuncia, la Consulta osservava che, a sostenerne l'estraneità al giudizio, «non varrebbe rilevare che quelle operazioni (ad iniziativa della p.g.), compendosi prima del giudizio, sarebbero fuori da "ogni stato e grado" del processo: all'opposto [...] rientrano in indagini preordinate a una pronuncia penale e si traducono in processi verbali di cui è consentita la lettura nel dibattimento».

¹¹⁰ Corte cost., n. 190 del 1970 (in *Archivio delle massime delle decisioni*, n. 5306); a tal proposito, v. GAETA, *Principi*, cit., 31 ss. e SCAPARONE, *Il II comma dell'art. 24. Il diritto di difesa nel processo penale*, in BRANCA, *Commentario*, cit., 103.

¹¹¹ La teoria, già nota all'inizio del '900, viene fatta risalire ad uno scritto del GAROFALO (*La nuova procedura penale*, in *Nuova antologia*, 1901, 617) dalla *Relazione ministeriale 1905*, cit., 104, (2) e, anche, da CORDERO, in *Nullità, sanatorie, vizi innocui*, cit., 718, (87) e ID., in *Nullità per inosservanza del termine*, (1961), in ID., *Ideologie*, cit., 69, (3).

¹¹² *Relazione al re*, (1913), cit., 570-571.

¹¹³ Come, invece, è richiesto dalla teoria del c.d. pregiudizio effettivo, LOZZI, *Lezioni*, cit., 189 ss. e ID., voce *Atti processuali*, cit., 7; v., anche, MOSCARINI, *Esigenze antiformalistiche*, cit., 45 ss.

dell'atto per mancanza del decreto di citazione o della sua notifica. Così non può essere inteso l'art. 83, co. 5, c.p.p., che non ricollega il vizio all'omissione *tout court* di un elemento essenziale, ma solo a quello che si riveli tale ai fini difensivi¹¹⁴, e nemmeno, per il criterio di specialità, può ritenersi tale l'art. 178, co. 1, lett. c), c.p.p.: se esso incide sul regime della nullità della citazione del responsabile civile è solo perché l'art. 83, co. 5, c.p.p. nulla dispone a proposito. Questa, a mio avviso, è la più corretta ricostruzione del *modus operandi* della norma, che può indurre ad escludere, almeno in prima battuta, la sua riconducibilità alla teoria del pregiudizio effettivo o della lesività sostanziale. Sarebbe però una mera mistificazione concludere, con un gioco di parole, che l'art. 83, co. 5, c.p.p. non richieda alcuna valutazione dell'interprete, quale presupposto per la sua applicazione; s'è già detto, raffrontando il co. 5 dell'art. 83 c.p.p. con l'art. 156, co. 2, c.p.c., che il giudice è solo sollevato dalla ricerca dello scopo dell'atto, individuato dal legislatore, ma non da quella dell'essenzialità dell'elemento omesso al fine di assicurare la difesa del responsabile civile.

Sul piano contenutistico, non si può negare che l'interprete sia chiamato a valutare «un pregiudizio effettivo, o quantomeno verosimile»¹¹⁵ risentito dagli interessi difensivi del terzo per la formalità omessa. Esiste, dunque, una forma predeterminata, data dall'insieme degli elementi previsti dalla legge per la citazione del terzo; ma il legislatore, con il predetto co. 5, l'ha indicata solo «indirettamente»¹¹⁶, chiamando il giudice ad individuarla, mediante la scelta di quegli elementi, tra quelli ricompresi nel novero anzidetto, che si rivelino essenziali ai fini difensivi. Le formalità indicate dal legislatore, di cui il giudice deve soltanto verificare se siano necessarie a garantire la difesa del responsabile civile, sono quelli desumibili dalla disciplina positiva e, in particolare, dai commi precedenti del medesimo art. 83 c.p.p. (cui va aggiunto il termine dilatorio per effetto di Corte cost., n. 430 del 1992, sempreché non lo si ricavi dalla formula del co. 2 della medesima disposizione). Quella richiesta dal legislatore per la citazione del terzo non è, dunque, una qualsiasi forma idonea allo scopo, come quella ammessa, per la notifica a persona diversa dall'imputato, dall'art. 150 c.p.p. (che, per l'appunto, richiede, soltanto, che la stessa «sia eseguita mediante l'impiego di mezzi tecnici che garantiscano la conoscenza dell'atto»), e la norma che la prevede, a differenza di

¹¹⁴Quale esempio di tale nullità è stato, infatti, indicato quello in cui «il responsabile civile non ha potuto presentare le liste testimoniali, documenti importanti, esaminare le cose sequestrate, prendere cognizione o copia degli atti e documenti in cancelleria, ecc.», LEONE, *Trattato*, cit., 533.

¹¹⁵*Relazione ministeriale 1905*, cit., 104.

¹¹⁶Detto in altri termini, i requisiti di validità della citazione sono, anche se solo «indirettamente», determinati dal legislatore, CORDERO, *Procedura penale*, 1979, 289.

quest'ultima, non può dirsi «norma “aperta”»¹¹⁷. Emerge, pertanto, una certa affinità tra la concreta operatività dell'art. 83, co. 5, c.p.p. e la teoria della lesività sostanziale.

Una delle più importanti critiche mosse a quest'ultima teoria è che la stessa, s'è detto, produrrebbe innanzitutto «due gravi inconvenienti: l'innegabile difficoltà di valutare, nella maggior parte dei casi, l'influenza della violazione formale sulla decisione impugnata ed il pericolo di abbandonare completamente alla discrezione del magistrato la valutazione del pregiudizio»¹¹⁸; inoltre, si palesa il rischio che questo metodo possa «trasformare la Corte di cassazione in giudice di fatto; poiché, per valutare se la violazione di legge abbia recato un pregiudizio, bisogna necessariamente apprezzare il merito della causa»¹¹⁹.

Scartiamo subito quest'ultima eventualità, osservando che la stessa si è da tempo tramutata in certezza. L'art. 606, co. 1, lett. e), c.p.p., rende sindacabili anche le inferenze induttive/abduitive svolte dal giudice di merito, già in base al suo testo originario¹²⁰, anteriore alle modifiche apportate dalla l. 20 febbraio 2006, n. 46¹²¹, ed anche la tendenza del legislatore «a convertire il fatto in diritto»¹²², mediante l'introduzione di sempre nuovi criteri legali di valutazione della prova¹²³ (artt. 192, 526, co. 1-*bis* e 533, co. 1, c.p.p.), «avvicin(a) sempre più la terza istanza al giudizio di merito»¹²⁴.

Rimane la difficoltà nel soppesare il pregiudizio subito dagli interessi delle parti per la formalità omessa e, in una prospettiva *ex ante*, quella di stabilire la rilevanza di uno tra gli elementi predeterminati dall'art. 83 c.p.p. ad assicurare

¹¹⁷ In riferimento all'art. 150 c.p.p., cfr. *Relazione al progetto preliminare*, (1988), 118-119. Il giudice, in tal caso, sceglie i mezzi «fra quanti garantiscano la conoscenza» (ed è questo «l'unico aspetto sotto cui le scelte siano sindacabili»), CORDERO, *Procedura penale*, 2001, cit., 357.

¹¹⁸ *Relazione ministeriale 1905*, cit., 106: questo stralcio è riportato anche in CAPRIOLI, *Abuso del diritto di difesa e nullità inoffensiva*, (nota a sentenza), Cass., Sez. Un., 29 settembre 2011, [Rossi e altri], in *Cass. pen.*, 2012, 52, 2452, (38).

¹¹⁹ *Relazione ministeriale 1905*, cit., 106.

¹²⁰ FERRUA, *Il sindacato di legittimità sul vizio di motivazione nel nuovo codice di procedura penale*, in *Cass. pen.*, 1990, 964 s. Si domanda ancora l'A.: «(m)a si può davvero pensare di estromettere ogni controllo sul fatto e, quindi sulle massime di esperienza in terza istanza?», in *Il giudizio di diritto nel processo penale*, (1999), in *Cass. pen.*, 2000, 1829; la risposta non può che essere negativa, in quanto il controllo di “logicità” della motivazione non è limitato al rispetto delle regole di logica formale e, pertanto, «il suo esercizio implica necessariamente la rilettura e la reinterpretazione delle prove», ID., *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, ora in FERRUA, GRIFANTINI, ILLUMINATI, ORLANDI, *La prova nel dibattimento penale*, Torino, 2010, 400.

¹²¹ FERRUA, *Il giudizio penale*, cit., 391 s.; ID., *Il “giusto processo”*, cit., 245.

¹²² FERRUA, *Il giudizio di diritto*, cit., 1830; ID., *Il “giusto processo”*, cit., 250.

¹²³ Sottolinea che l'attività, legale e razionale, di valutazione delle prove dovrebbe, invece, essere riservata al giudice FERRUA, in *Un giardino proibito per il legislatore: la valutazione delle prove*, in *Questione giustizia*, 1998, n. 3, 587 ss. e ID., in *Il giudizio penale*, cit., 353 ss.

¹²⁴ FERRUA, *Il “giusto processo”*, cit., 251.

la difesa del terzo. Va detto che, pur non potendosi escludere che si possano presentare casi dubbi, da risolversi in un'ottica prudenziale diretta ad impedire successive declaratorie di nullità, ammettendo la formalità di cui pare anche solo incerta l'essenzialità ai fini difensivi (così, il rispetto del termine a comparire rispetto al terzo già costituito), tale non è quello della citazione, da parte di alcune delle parti civili, del responsabile civile già costituito: nessuno potrebbe, infatti, sostenere che la *vocatio in ius* sia necessaria per porre il responsabile civile già presente in condizione di difendersi.

Non è, dunque, tanto la difficoltà della valutazione ad aver sbarrato la strada al pregiudizio effettivo¹²⁵, quanto, piuttosto, il timore di ampliare eccessivamente il margine di discrezionalità del giudice, in materia incidente sui diritti fondamentali delle parti¹²⁶; quello, in altri termini, della deriva soggettivistica, nella valutazione dell'incidenza della forma omessa sui diritti difensivi del terzo, «che diventa causa di disuguaglianze ed incertezze dannose alla giustizia assai più degli annullamenti che si vogliono evitare»¹²⁷; si aggiunge, poi, istituendo un parallelo con il principio sostanziale di necessaria offensività del fatto tipico¹²⁸, che il modello legale dell'atto processuale, fissato dal legislatore in funzione del bilanciamento di beni giuridici eterogenei, non può essere rimodulato «a proprio piacimento» dal giudice per assicurare la prevalenza di un bene a discapito degli altri¹²⁹.

Il tentativo di aprire la disciplina delle nullità ad una, pur limitata, discrezionalità del giudice, ha portato, per reazione avversa, alla decisa riaffermazione non solo del sistema della determinazione delle nullità «nette e precise»¹³⁰, con il divieto d'interpretazione analogica, ma anche la negazione di ogni spa-

¹²⁵ Il pregiudizio effettivo, ricondotto al fenomeno dell'abuso processuale, permetterebbe «di prevenire un uso meramente strumentale di poteri e garanzie» a danno dell'efficienza e della ragionevole durata del processo, CAIANIELLO, *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nelle invalidità processuali penali*, Bologna, 2012, 27 ss.

¹²⁶ *Relazione al progetto preliminare*, (1978), 148-150 e *Parere del Consiglio nazionale forense*, 15-17, in CONSO, GREVI, NEPPI MODONA, *Il nuovo codice*, cit., 473 ss.

¹²⁷ *Relazione al re*, (1913), cit., 570. Il pericolo del soggettivismo pare il più rilevante argomento su cui si arena la teoria del pregiudizio effettivo, sia nei lavori parlamentari (*Parere commissione consultiva*, 1978, 142-145, in CONSO, GREVI, NEPPI MODONA, *Il nuovo codice*, cit., 476), sia nelle riflessioni dottrinali (AMODIO, *Il fascino ingannevole del pregiudizio effettivo - a proposito di abuso del processo -*, in *Cass. pen.*, 2012, 3598; CAPRIOLI, *Abuso*, cit., 2452; MARANDOLA, *La patologia dell'atto processuale: indirizzi sostanziali vs legalità formale*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, in partic. 1056; PADOVANI, *A.D.R. sul c.d. abuso del processo*, in *Cass. pen.*, 2012, 3606-3607; PRESUTTI, *Legalità e discrezionalità nella disciplina delle nullità processuali penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, in partic. 1208 ss.).

¹²⁸ Cfr. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 476 ss. e 523, (54) ed, ora, il disposto dell'art. 131-bis c.p., introdotto dal D. Lgs. 16 marzo 2015, n. 28, che, come noto, ha previsto una nuova causa di non punibilità per la particolare tenuità del fatto.

¹²⁹ CAPONE, *L'invalidità*, cit., 151-152.

¹³⁰ *Relazione ministeriale 1905*, cit., 108.

zio residuo per l'iniziativa dei soggetti processuali¹³¹, accompagnata dalla pretesa del legislatore, invero un po' desueta, «di “condurre per mano” i soggetti che in esso operano»¹³². Unico spiraglio del sistema, non a caso poi sfruttato dalla giurisprudenza¹³³, è rappresentato, rispetto alle nullità diverse da quelle assolute¹³⁴, dalle sanatorie, la cui *ratio*, infatti, si rinviene ancor oggi nella necessità di tutelare l'interesse, collegato alla previsione di invalidità dell'atto, che «successivamente, dal comportamento della parte che ne è titolare, risulta in concreto o non essere stato leso o, seppur leso, non così importante»¹³⁵.

4. Una tecnica, essenziale, di formulazione

È sulla base di queste premesse che, come anticipato, si sostiene che l'art. 83, co. 5, c.p.p. contenga una deroga al principio di tassatività delle nullità, per il quale «l'inosservanza delle disposizioni stabilite per gli atti del procedimento è causa di nullità soltanto nei casi previsti dalla legge» (art. 177 c.p.p.)¹³⁶. Senza dubbio, detto principio, oltre a tagliar fuori l'analogia¹³⁷, impedisce al giudice di rivalutare l'interesse delle parti all'osservanza della formalità omissa¹³⁸, in quanto «la lesione dell'interesse sottostante alla norma violata (è) ritenuta immanente alla difformità dallo schema tipico»¹³⁹. Questo secondo risul-

¹³¹ GALATI, voce *Atti processuali penali*, cit., 366.

¹³² GALATI, voce *Atti processuali penali*, cit., 367.

¹³³ Non si esclude una sinergia tra criteri (extralegali) del conseguimento dello scopo e del pregiudizio effettivo, DI PAOLO, *La sanatoria*, cit., 113 ss. e, in partic., 121; v., anche, Cass., Sez. un., 27 ottobre 2004, [Palumbo], in *Mass. Uff.*, n. 229540.

¹³⁴ CORDERO, *Procedura penale*, 2001, 1165. In relazione alle nullità assolute, si è osservato che «il legislatore non ha voluto abbandonare all'arbitrio del giudice la determinazione delle condizioni assolute per la validità di un atto, perché un criterio la cui applicazione adduce a radicali conseguenze non poteva essere abbandonato ad eventuali diverse manifestazioni dipendenti anche da pensamenti o soluzioni dottrinali o soggettive, creandosi incertezze e disparità di trattamento magari in casi sostanzialmente eguali», STOPPATO, *Commento*, cit., sub art. 135, 952.

¹³⁵ CAPONE, *L'invalidità*, cit., 100. Detto altrimenti «l'inesistenza di un pregiudizio concreto nella inosservanza di una forma, da nulla meglio può risultare che dal fatto che la parte interessata non abbia protestato: (...) la mancanza di ogni opposizione e quindi la mancanza di ogni interesse contrario dimostra che in quel caso la forma non era in realtà sostanziale», *Relazione al re*, (1913), cit., 570-571.

¹³⁶ Ciò significa, innanzitutto, che «per riconoscere che l'inosservanza di una determinata formalità non è causa di nullità, non è necessario che questa sanzione sia espressamente esclusa dalla legge (...), ma è sufficiente che non sia espressamente comminata (...)», MANZINI, *Trattato*, vol. III, cit., 93.

¹³⁷ Primo corollario, pacifico in dottrina (MANCINELLI, voce *Nullità degli atti processuali penali*, in *Noviss. Dig.*, XI, Torino, 1957, 488) e, sia pur incidentalmente, in giurisprudenza (Cass., Sez. I, 14 aprile 2005, [Amante ed altri], in *Mass. Uff.*, n. 231199; Id., Sez. I, 21 dicembre 2000, [PM in proc. Villa], *ivi*, n. 218579; Id., Sez. III, 19 settembre 2000, [Gatto C.], *ivi*, n. 217587; Id., Sez. VI, 10 maggio 1999, [Romeiro Romero F.], *ivi*, n. 214754; Id., Sez. IV, 11 gennaio 1988, [Berdondini], *ivi*, n. 177703, Id., Sez. I, 18 novembre 1985, [Donati], *ivi*, n. 172771).

¹³⁸ In tal senso, tra gli altri, MAGLIOCCA, *Le nullità, Trattato di procedura penale*, vol. I, t. II, a cura di Spangher, Assago, 2008, 362 ss. Estende il rilievo anche alla sanatoria di cui all'art. 183, lett b), c.p.p. DI PAOLO, in *La sanatoria*, cit., 115-116.

¹³⁹ VOENA, *Commento*, cit., 148 (e, similmente, CORDERO, *Nullità per inosservanza*, cit., 69).

tato, però, discende, a ben vedere, dalla combinazione del principio di tassatività con l'ordinaria tecnica di formulazione delle disposizioni che fissano le cause di nullità¹⁴⁰: queste individuano il vizio nella semplice omissione di un requisito dell'atto e non, invece, nel pregiudizio concreto risentito dalla parte in conseguenza della stessa; il risultato non cambia se, dalle nullità speciali, stabilite singolarmente, ci si sposta a considerare le nullità generali: anche qui l'invalidità è ricollegata, con formulazione sintetica, alla semplice inosservanza di determinate disposizioni, individuate per gruppi di irregolarità¹⁴¹. Se i requisiti dell'atto sono individuati dal legislatore senza richiedere alcun'altra valutazione all'interprete, è giocoforza che questi si debba limitare ad accertare l'inosservanza e con questo «la nullità è già sorta, restando la sua genesi indifferente a fattori diversi e ulteriori e, segnatamente, al ricorrere di un pratico pregiudizio all'interesse processuale protetto»¹⁴².

Non pare, d'altronde, potersi sostenere che una diversa previsione delle cause di nullità, con il riconoscimento di una maggiore discrezionalità all'interprete, comporti per ciò solo la deroga, o la violazione¹⁴³, del principio di tassatività. L'art. 177 c.p.p. ricollega la nullità ai soli casi previsti dalla legge¹⁴⁴ e, pertanto, impedisce solamente che questi casi siano individuati dal le-

¹⁴⁰ Osserva, invece, che «l'analisi delle fattispecie, e dei singoli casi d'invalidità conduce, già sul piano del diritto positivo, a mettere in forte discussione» lo stesso principio di tassatività in materia d'invalidità processuali CAIANIELLO, in *Premesse*, cit., 107 ss.; così, il riferimento legislativo alle «disposizioni concernenti (...) l'intervento» delle parti di cui all'art. 178, co. 1, lett. c), c.p.p., in quanto «previsione eccessivamente aperta», indurrebbe il giudice ad interpretare l'intervento come «"intervento utile", in tal maniera facendovi rientrare un giudizio di valore teso alla tutela sostanziale del bene giuridico protetto». Tale assunto, però, non convince: benché le nullità generali finiscano inevitabilmente per riconoscere una maggiore discrezionalità all'interprete questa si esaurisce nella individuazione delle disposizioni codicistiche riconducibili a quel gruppo di irregolarità e, quindi, non autorizza affatto lo stesso, una volta rinvenuta quella disciplina, a declinarla in concreto, distinguendo tra lesioni innocue e lesioni effettive all'interesse protetto.

¹⁴¹ LEONE, *Manuale*, cit., 322.

¹⁴² RAFARACI, voce *Nullità*, cit., 599. Per l'indirizzo giurisprudenziale che indebitamente «sovrappone» al testo di legge il criterio di effettività della lesione dell'interesse sotteso alla norma violata per «reprimere soltanto le effettive lesioni del diritto di difesa», cfr. BRICHETTI, *Il sistema della nullità degli atti*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 1401 ss.

¹⁴³ Il principio di tassatività, di portata generale, è inderogabile, RAFARACI, voce *Nullità (diritto processuale penale)*, in *Enc. Dir.*, vol. Agg. II, Milano, 1988, 600.

¹⁴⁴ L'avverbio «espressamente», che compariva nella formulazione del principio di tassatività all'art. 184 c.p.p. 1930, non è stato riprodotto all'art. 177 c.p.p.; nella scelta tra mantenere il «soltanto» o l'«espressamente», entrambi presenti nel vecchio articolo, si è optato per il primo in quanto «esprim(e) in termini più puntuali il principio di tassatività», *Relazione al progetto preliminare*, 1978, 150; nello stesso senso dei lavori preparatori, DALLA, NORMANDO, voce *Nullità degli atti processuali, II, Diritto processuale penale*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XXI, Roma, 1990, 28. Sottolinea, invece, che detta eliminazione sarebbe volta a «scongiurare interpretazioni restrittive che disconoscano i reali contenuti delle statuizioni legali sulle nullità» DOMINIONI, in *Commento*, cit., 259.

gislatore mediante un mero rinvio alla discrezionalità dell'interprete¹⁴⁵. Ecco il vero contenuto del secondo divieto. Anche la formula d'apertura dell'art. 177 c.p.p., che ricollega la nullità all'«inosservanza delle disposizioni» (anziché a quella «delle forme», com'era stabilito dall'art. 184 c.p.p. 1930¹⁴⁶), non sembra aggiungere alcunché a quanto osservato¹⁴⁷, risolvendosi in una riaffermazione del principio della legalità processuale.

Non si può pertanto considerare l'art. 83, co. 5, c.p.p. alla stregua di una eccezione (o violazione) del principio di tassatività delle nullità. Come già rilevato, il co. 5 non contiene una norma «aperta»: l'idoneità della condotta a conseguire lo scopo di assicurare che il responsabile civile possa partecipare al dibattimento con parità rispetto alle altre parti¹⁴⁸ non rappresenta qui «il criterio esclusivo, in base a cui si giudica della conformità dell'atto ad un modello legale ellitticamente formulato»¹⁴⁹; soccorre, infatti, quel novero di elementi predeterminati, di cui l'interprete deve soltanto accertare l'essenzialità ai fini indicati¹⁵⁰, senza potersene dunque in alcun modo discostare.

Così, nell'ipotesi di richiesta di citazione avanzata da una delle parti civili nei confronti di un responsabile civile già comparso, vi sono *ex ante* elementi sufficienti per identificare la forma che deve assumere la citazione, senza necessità del decreto notificato; pertanto, quando il giudice riconosce che quest'elemento non è essenziale al fine di garantire la difesa al terzo, non crea un atto nuovo, atipico, quale *tertium genus* tra l'intervento volontario e la citazione, ma semplicemente consente a quell'atto di assumere una, tra le sue

¹⁴⁵ Un rinvio troppo ampio alla discrezionalità dell'organo giurisdizionale, per quanto concerne «le modalità ed i tempi» del processo, violerebbe altresì il principio di legalità processuale di cui all'art. 111, co. 1, Cost., IASEVOLI, *La nullità*, cit., 67.

¹⁴⁶ Siccome le forme contengono di più di quanto figurino nella fattispecie dell'atto, «la differenza sta negli elementi non imposti a pena di nullità o inammissibilità», CORDERO, *Guida*, cit., 187. Così, il nuovo riferimento alle «disposizioni», anziché alle «forme», «generalizza univocamente il vaglio di conformità dell'atto a quelle previsioni che, qualunque sia la natura del requisito mancante, sanzionano una tale imperfezione con la nullità, così individuando, di volta in volta, i requisiti necessari per la produzione degli effetti giuridici ricollegabili all'atto medesimo», MAGLIOCCA, *Le nullità*, cit., 363.

¹⁴⁷ In cosa consista la violazione della disposizione dipende dalla tecnica di formulazione di quest'ultima: in particolare, dalla determinatezza della fattispecie normativa e, correlativamente, dal margine di discrezionalità riconosciuto all'interprete; *contra* IASEVOLI, in *La nullità*, cit., 170 ss.

¹⁴⁸ Cass., Sez. IV, 30 aprile 2009, [R.C. in proc. Palumbo], cit.

¹⁴⁹ Questo, invece, si può congruamente sostenere rispetto all'art. 156, co. 2, c.p.c., CORDERO, *Nullità, sanatorie, vizi innocui*, cit., 704, (61).

¹⁵⁰ Nemmeno è possibile negare la stessa sussistenza di una fattispecie: se anche per gli atti atipici, quelli in relazione ai quali la legge non richiede forme determinate (art. 121 c.p.c.), si pone un problema di determinazione dello schema legale, a maggior ragione non può risultare preclusa l'indagine, in ordine al modello astratto, in riferimento ad un atto, come quello della citazione del responsabile civile, rispetto al quale l'interprete non ha mano libera, ma deve operare una scelta vincolata, ristretta entro un novero limitato di elementi e sulla base della loro rilevanza difensiva; sul punto, v. CONSO (*I fatti giuridici*, cit., 109), CORDERO (*Nullità, sanatorie, vizi innocui*, cit., 704) e DENTI (voce *Nullità*, cit., 477).

forme, predeterminate dal legislatore, modellandosi sul caso concreto: atto che, a dispetto delle apparenze, resta una citazione del responsabile civile.

5. Garanzie, o garantismo, nel “giusto processo”

Da tempo si invoca una riforma del sistema delle nullità del processo penale¹⁵¹ che sappia coniugare la tutela dei diritti fondamentali delle persone e le esigenze di speditezza¹⁵², evitando quegli epiloghi assurdi dei processi cui può condurre il formalismo delle nullità¹⁵³: è in questa prospettiva che va riconsiderata la regola enucleabile dall’art. 83, co. 5, c.p.p.

Che le forme del processo debbano essere costruite mediante la costante ricerca di un equilibrio tra esigenze contrapposte¹⁵⁴ non rappresenta una conquista della modernità, anche se l’introduzione, al comma secondo dell’art. 111 Cost., del principio della ragionevole durata del processo¹⁵⁵, ha imposto una nuova, severa, riflessione sulla sostenibilità di queste forme processuali¹⁵⁶.

¹⁵¹ GREVI, *Carenza di organici e processi lenti: bisogna applicare norme più snelle. Il commento*, in *Il corriere della sera* del 14 luglio 2003, ora in ID., *Scritti per il «Corriere 1988-2010»*, Milano, 2014, 132 ss. Ma l’esigenza di perfezionare il sistema delle nullità, anche mediante una restrizione del novero delle stesse, non è emersa oggi: «dove l’arbitrio del giudice non è ammissibile, è nel rispetto a quelle forme procedurali che costituiscono una reale garanzia contro i possibili errori o le sorprese giudiziarie (...): giacché, come dissi, il Codice di procedura è, appunto perciò, il codice per gli onesti (...). E con ciò si dimostra quanto sia infondata l’accusa mossa dai classici individualisti alla scuola positiva, di voler sopprimere nella procedura penale le garanzie della libertà personale: purché si tratti di “vere garanzie personali e non di nullità bizantine”», FERRI, *Sociologia Criminale. Terza edizione completamente rivista dei Nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale*, Torino, 1892, 728, 744 e 789: passo reperito in MILETTI, *Un processo per la Terza Italia*, cit., 320.

¹⁵² GREVI, *Prescrizione, le mosse necessarie prima di varare la nuova legge. Parlamento e riforme*, in *Il corriere della sera* del 20 marzo 2005, ora in ID., *Scritti*, cit., 91.

¹⁵³ Quale, ad esempio, che «un intero processo di mafia giunto al vaglio della Cassazione, dopo due sentenze di condanna, venga annullato per un vizio di forma in fase istruttoria», GREVI, *Di chi è la vera colpa?*, in *Il corriere della sera* del 2 settembre 1992, ora in ID., *Scritti*, cit., 159 ss. Evidenza che la necessità di estirpare il formalismo rappresenta il filo rosso di quella cultura processualistica attenta alle premesse di valore del proprio operare CHIARLONI, in *Questioni rilevabili d’ufficio, diritto di difesa e “formalismo delle garanzie”*, 1987, in ID., *Formalismi e garanzie. Studi sul processo civile*, Torino, 1995, 174 ss.

¹⁵⁴ PAGANO, *Considerazioni*, cit., 45; nello stesso senso, più di recente, cfr. GREVI, in *Non parlate di giustizialismo e garantismo*, in *Il corriere della sera* dell’1 marzo 2008, ora in ID., *Scritti*, cit., 198 ss.

¹⁵⁵ Per il valore sussidiario del principio rispetto al nucleo essenziale delle garanzie sottese alla funzione cognitiva del processo, dell’imparzialità del giudice e del diritto di difesa, cfr. FERRUA, *Il “giusto processo”*, cit., 108 ss.

¹⁵⁶ Tra le direttrici di una riforma, volta ad assicurare che il modello processuale consegua in concreto il suo scopo, attraverso una sentenza che possa diventare definitiva «entro un termine ragionevole», indicava «la revisione del sistema delle nullità e delle altre invalidità di natura formale», pur al solo scopo di «evitare che, se già note alle parti, possano venire “tenute nel cassetto” e dedotte soltanto negli ulteriori gradi di giudizio, così da provocare la regressione del procedimento» GREVI, in *Carenza di organici*, cit., 133-134. D’altra parte, già sul finire del ‘700, si insegnava che «le soverchie dilazioni, le molte ed inutili formalità prolungano il giudizio, ed un facile scampo somministrano all’accorto reo. Quando esige la legge lunghe e molte formalità, facile cosa ella si è che ne venga tralasciata qualcuna. Ed ecco la nullità

Non si vuole qui sostenere che il principio della ragionevole durata debba essere, almeno direttamente, bilanciato con quelli della funzione cognitiva del processo, dell'imparzialità del giudice e del diritto di difesa, che sono primari valori di giustizia, rispetto ai quali l'esigenza di efficienza processuale può svolgere un ruolo solo sussidiario¹⁵⁷; ma una volta individuato il nucleo minimo indefettibile delle garanzie¹⁵⁸, sottese a questi valori, nel modello di riferimento, il principio della ragionevole durata non può che intervenire fortemente, così impedendo la proliferazione di ulteriori garanzie nelle quali, in assenza di tale principio, che spinge in direzione contraria¹⁵⁹, i valori di giustizia potrebbero, in astratto, tradursi all'infinito. Trattandosi di valori fondamentali, gli stessi non possono essere interpretati in termini utilitaristici, ove per utilità s'intende quella generale alla speditezza del processo ed alla pronta punizione dei colpevoli¹⁶⁰; infatti, il loro stesso riconoscimento implica proprio il «sacrificio» di quei benefici marginali che la collettività riceverebbe, dal non tenerne conto, «quando si dimostrano scomodi»¹⁶¹. Superato il limite minimo, funzionale al perseguimento di una verità processuale suffragata da prove e controprove, però, le garanzie processuali nelle quali si coniugano detti valori, scadono a mero garantismo: si appesantiscono inutilmente le procedure e, inevitabilmente, quelle che erano garanzie si trasformano in intralci dannosi per l'equilibrio del processo¹⁶².

Vi è infatti un *trade-off* tra il contraddittorio nella formazione della prova di cui all'art. 111, co. 4, Cost. e le altre garanzie processuali: tanto più si assicura la partecipazione attiva della difesa alla ricostruzione dei fatti nel processo, tanto meno questa necessiterà di quella «veste "reattiva"», del tutto speculare

del processo, ed ecco aperto un ampio varco al reo, onde deluda la legge, e schivi la pena», PAGANO, *Considerazioni*, cit., 51 e 137. La disciplina delle nullità dev'essere un giusto mezzo, per operare «come moderatore potente ed efficace, sia contro l'eccesso del formalismo che più spesso è strumento di ingiustizia, sia contro la soverchia libertà, o meglio trascuranza, delle forme, che annullerebbe il fine tutelare delle medesime», ALOISI, *Commento*, cit., 192. Similmente, con un richiamo al valore della legalità del procedere, osservava che «(l)e prescrizioni devono essere chiare, semplici, e quelle soltanto necessarie, indispensabili a guarentire il buon diritto e la tutela degli interessi processuali; ma non se ne dee permettere la violazione, che, nella logica del processo, trae seco difetto di garanzie e incertezza sui risultamenti del giudizio» LUCCHINI, in *Elementi*, cit., 258.

¹⁵⁷ FERRUA, *Il "giusto processo"*, cit., 113 ss.

¹⁵⁸ In relazione alle quali, anche per la distinzione tra giurisdizionalità in senso lato (garanzie ordinamentali) ed in senso stretto (garanzie procedurali), cfr. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 546 ss.

¹⁵⁹ Nel concetto di principio, elaborato da DWORKIN ed utilizzato nell'esegesi del nuovo art. 111 Cost. da FERRUA (ID., *Il "giusto processo"*, cit., 85 ss.), è parte integrante la dimensione del peso o dell'importanza rispetto a principi concorrenti, DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, (1977), trad. it., Bologna, 2010, 48 ss.

¹⁶⁰ PAGANO, *Considerazioni*, cit., 45.

¹⁶¹ DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, cit., 281.

¹⁶² FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 638-639 e, anche, CHIARLONI, *Questioni*, cit., 174 ss.

alle strategie difensive ostruzionistiche¹⁶³, che si traduce «(n)ella moltiplicazione delle nullità, (n)ei richiami pedagogici, (n)ei formalismi processuali»¹⁶⁴. Si può, dunque, affermare che la garanzia della libertà dei cittadini, nella quale si sostanziano le forme del processo, non si attua più attraverso l'agevolazione di tattiche ostruzionistiche, ma mediante una diretta compartecipazione alla ricostruzione della verità processuale.

Se il processo funziona, in altri termini, la libertà del singolo che vi sia assoggettato, non è da intendersi come libertà dal processo ma come libertà nel processo¹⁶⁵, essendo questi sufficientemente garantito dal carattere cognitivo e non potestativo del giudizio¹⁶⁶. Una volta attuato il contraddittorio nella formazione della prova, il legislatore, cui (solo) si rivolge l'invito ad assicurare la ragionevole durata del processo¹⁶⁷, deve intervenire per evitare «il paradosso rappresentato da una parte che utilizza il suo diritto allo “*speedy trial*” esattamente allo scopo opposto: cioè, per rallentare i ritmi processuali»¹⁶⁸; le garanzie, ed in specie le nullità, vanno costruite «in maniera tale da non prestarsi ad essere strumentalizzate, o distorte, contro la stessa finalità ultima del processo penale»¹⁶⁹, quella dell'accertamento di fatti e delle responsabilità; mentre l'eccessiva rigidità del sistema delle invalidità non può che favorire l'uso delle stesse, riconosciute alle parti in funzione di garanzia, per finalità meramente dilatorie, a danno dell'efficienza e della ragionevole durata del processo.

In questa prospettiva, le strade da percorrere rimangono due soltanto, l'una

¹⁶³ Per l'affermazione che le nullità sono strumenti che servono a difendersi dal processo, cfr. NOBILI, *Torbide fonti*, cit., 155.

¹⁶⁴ FERRUA, *Studi sul processo penale, III, Declino del contraddittorio e garantismo reattivo*, Torino, 1997, 77.

¹⁶⁵ La difesa “dal processo” è respinta come un'idea concettualmente priva di fondamento in FERRARELLA, *Difendersi dal processo?*, in *Il corriere della sera* 3 dicembre 2009 e, similmente, da SPATARO, in *Ne valeva la pena. Storie di terrorismo e mafie, di segreti di stato e di giustizia offesa*, Roma-Bari, 2010, 520. Di conseguenza, ritiene che la difesa dell'imputato “dal processo” anziché “nel processo” configuri un'ipotesi di abuso del processo FILIPPI, in *Punti di frizione tra diritto di difesa e invalidità degli atti processuali*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 35-44. A fronte di una procedura scaduta ad «ordigno ostruzionistico», ormai «il colmo dell'abilità sta nell'impedirlo, finché la prescrizione inghiotta processo e reato», CORDERO, *Chi abusa del processo*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 1425 e 1422; *contra*, NOBILI (*Torbide fonti e adorati errori*, 2011, in *Critica del dir.*, 2012, 1-2, 151-172) per il quale lo «strano proclama», che l'imputato non possa difendersi dal processo, è da annoversarsi fra i «lasciti dei primi anni Novanta (il diligente inquisito che “va a difendersi”); con non nascosto fastidio per l'altro archetipo (garantista)», *ivi*, 152 e 153. Sulla multiforme nozione di abuso del processo penale, non limitabile a quello posto in essere dalla difesa, cfr. CATALANO, *L'abuso*, cit., 32 ss. e 138 ss.

¹⁶⁶ FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 555.

¹⁶⁷ Lo stesso, infatti, non è rivolto (anche) ai soggetti del processo ed, in particolare alla difesa, FERRUA, *Il “giusto processo”*, cit., 116 ss.

¹⁶⁸ GREVI, *Carenza di organici*, cit., 133-134.

¹⁶⁹ GREVI, *Nuovo codice di procedura penale e processi di criminalità organizzata: un primo bilancio*, in *Processo penale e criminalità organizzata*, Roma-Bari, 1993, 40; CONTI, *La preclusione*, cit., 123. Sull'involuzione formalistica della cultura delle garanzie, cfr. CHIARLONI, *Questioni*, cit., 175.

più flessibile ma schietta, l'altra (apparentemente) rigida ma subdola. La prima, di cui è chiaro esempio l'art. 83, co. 5, c.p.p., e gli esempi d'applicazione di cui s'è detto, consiste nell'introduzione di una limitata discrezionalità giudiziale anche in materia di nullità, da ritenersi compensata sul fronte difensivo dal riconoscimento del metodo del contraddittorio nella formazione della prova: le forme della procedura, d'altra parte, sono il terreno di scontro per la ricerca di sempre nuovi punti di equilibrio, strettamente coordinati a quelli nei quali «l'autorità e la libertà hanno già trovato il loro equilibrio nella realtà sociale» e di cui il processo penale «segue l'evoluzione, perché della società esso è espressione di vita»¹⁷⁰. La seconda, invece, consiste nel continuare a negare l'esistenza di tale forma di discrezionalità giudiziale, asserragliandosi dietro una lettura intransigente del principio di tassatività delle nullità, ma, almeno, dev'essere chiaro che si tratta di mera finzione: la discrezionalità riemerge costantemente in sede interpretativa¹⁷¹, specie a fronte delle nullità generali, ed è solo dissimulata dagli indirizzi della Corte di cassazione cui spetta l'ultima parola di imperio nel sistema giudiziale¹⁷². Va, infatti, precisato che quando quest'ultima, «forse per una male intesa economia processuale», non annulla la sentenza impugnata, malgrado esistano errori di procedura, perché ritiene che malgrado tutto, sostanzialmente, la sentenza sia esatta e giusta, «conferma e raddoppia un errore processuale», che viceversa è grave, perché tende a cancellare la differenza che deve correre tra una decisione giurisdizionale ed un'imposizione autoritaria¹⁷³.

La tendenza giurisprudenziale ad evadere dai modelli legali, per prestare tutela ad interessi emergenti, come quello della speditezza dei procedimenti, non può però dirsi nuova; così, la reazione al proliferare delle nullità assolute, la cui regolamentazione si risolveva «in una sorta di “garantismo disordinato e male inteso” (Conso)»¹⁷⁴, aveva determinato una diffusa insensibilità dei giudici nei confronti dell'inosservanza di quelle norme processuali, con la conseguenza di legittimarne «l'aggiramento»¹⁷⁵.

Vi è, però, un nuovo fattore, che sconsiglia di andar oltre in questa direzione,

¹⁷⁰ FOSCHINI, *Giudicare*, cit., 7.

¹⁷¹ BRICHETTI, *Il sistema della nullità degli atti*, cit., 1401 ss.

¹⁷² Detto altrimenti, in terza istanza *error facit ius* in quanto gli orientamenti della Cassazione non sono sanzionabili, se non in sede di controllo di legittimità costituzionale, FERRUA, *Il giudizio penale*, cit., 395.

¹⁷³ Così, FOSCHINI, in *Motivazione della decisione e deduzioni della difesa*, (1957), ora in ID., *Giudicare*, cit., 291-292.

¹⁷⁴ Con riferimento alla disciplina della nullità nel periodo compreso tra la prima riforma del 1955 (L. 18 giugno 1955, n. 517) e la seconda del 1977 (L. 8 agosto 1977, n. 534), cfr. BELLAVISTA, TRANCHINA, *Lezioni*, cit., 278. Sull'evoluzione del sistema delle nullità nel c.p.p. 1930, cfr. CORDERO, *Procedura penale*, 1979, cit., 623 ss.

¹⁷⁵ GALATI, voce *Nullità*, cit., 919.

persistendo nel negare l'esistenza della discrezionalità (e, quindi, nel rinunciare anche a regolamentarla). La combinazione di clausole elastiche di derivazione europea, come quella dell'abuso del processo¹⁷⁶, cui la giurisprudenza anche nazionale ricorre alla ricerca di più ampi spazi di manovra¹⁷⁷, ed il "nuovo" modello di ragionamento, non più per regole/principi ma per casi¹⁷⁸, rappresenta un potente grimaldello non solo avverso il sistema delle nullità tradizionali ma, per il suo tramite, anche a quello delle fattispecie. Sul punto si è acutamente osservato che la Corte Europea dei diritti dell'uomo opera al di fuori del «regime della tipicità e delle invalidità» e, dunque, «senza fattispecie»¹⁷⁹, ma «un "procedimento senza formalità [nel lessico odierno: senza fattispecie] è l'indice [d']un fatale e illimitato dispotismo"¹⁸⁰. Meglio, dunque, confidare nella ricerca di nuove tecniche di formulazione delle fattispecie, sul modello di quelle in analisi, che riconoscere credito agli aggiustamenti spontanei della prassi¹⁸¹, all'interno di categorie nemmeno contemplate dalla legge processuale; questa tendenza conduce gradualmente a rinvenire «la fonte della norma che regola il giudizio nel mero fatto», trasformando il giudizio in qualcosa di deteriore ancora rispetto all'equità, «basandosi invero, quest'ultima, comunque sul diritto, per quanto flessibile»¹⁸².

È questo l'ultimo argine avverso la deriva del nostro ordinamento verso un diritto *fuzzy* di derivazione europea, basato sul libero apprezzamento della unicità della vicenda secondo un non-diritto¹⁸³: categorie come quella dell'abuso del processo (o, su altro versante, della prova esclusiva o determinante¹⁸⁴) non possono costituire una guida per l'interprete, ma solamente un

¹⁷⁶ CATALANO, *L'abuso*, cit., 25. Evidenzia che la categoria, se intesa quale momento dell'interpretazione, si presta a «da(r) adito a veri e propri "abusi dell'abuso del diritto"» CONTI, in *La preclusione*, cit., 122-124.

¹⁷⁷ Sui rischi connessi ad un avvicinamento della Cassazione al *case law* anche in relazione alla "nullità moderna" (derivante dalla integrazione dei principi di tassatività e lesività), cfr. IACOVIELLO, *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, Milano, 2013, 117 ss. e 133 ss.

¹⁷⁸ Sulle differenze tra il modello di ragionamento, deduttivo, del giudice continentale e quello, che è insieme induttivo e deduttivo, del giudice di *common law*, cfr. VINCIGUERRA, *Diritto penale inglese comparato. I principi*, Padova, 2002, 83 ss. Sul sillogismo giuridico, cfr. ITALIA, *Il ragionamento giuridico*, Milano, 2009, 35 ss. Sulle modalità di enucleazione ed utilizzazione del precedente giudiziario nel *case law*, cfr. CRISCUOLI, *Introduzione allo studio del diritto inglese. Le fonti*, 3^a ed., Milano, 2000, 350 ss.

¹⁷⁹ NOBILI, *Torbide fonti*, cit., 164.

¹⁸⁰ Così, NOBILI (in *Torbide fonti*, cit., 158-159) in riferimento al pensiero di Pagano e di Carrara.

¹⁸¹ In ciò si traduce il c.d. movimento della giustizia informale, GARAPON, *Bien juger. Essai sur le rituel judiciaire*, (2001), trad. it., Milano, 2007, 212 ss.

¹⁸² GARAPON, *Bien juger*, cit., 213. Nel senso che legalità ed equità costituiscono due diversi aspetti della conoscenza giudiziaria, cfr. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 135 ss.

¹⁸³ Legalità interna e legalità convenzionale operano «secondo schemi assolutamente eterogenei», DI PAOLO, *La sanatoria*, cit., 270.

¹⁸⁴ FERRUA, *Il "giusto processo"*, cit., 205 ss.

alibi per le sue decisioni “emozionali”. Le forme rappresentano, ancora, una garanzia per i diritti individuali delle persone coinvolte nel processo: «laddove il rituale perde la sua consistenza», infatti, le sorti di quello che, in un’ottica manageriale, poco adatta al processo penale, viene designato come “utente della giustizia”, non sono affatto risollevate, mentre il controllo da parte dello Stato si fa più penetrante ed i diritti del singolo più vulnerabili¹⁸⁵. Parallelamente, la giustizia “in tempo reale”, emancipata dal vincolo formalistico, conduce al declino del contraddittorio nel processo ed «all’avanzare di una logica amministrativa i cui unici punti di riferimento diventano la sicurezza e il controllo sociale»¹⁸⁶.

Quando salta la normatività della prassi giuridica, con la confusione tra legge ed interpretazione¹⁸⁷, cambia anche il ruolo delle altre figure di giustizia. È questa una diretta conseguenza della natura stessa della giurisdizione, come potere che si attua attraverso le tre funzioni dell’accusa, della difesa e del giudice; anche il difensore, s’è detto, «seppure estraneo al potere giudiziario sul

¹⁸⁵ GARAPON, *Bien juger*, cit., 215-216.

¹⁸⁶ GARAPON, *Bien juger*, cit., 210.

¹⁸⁷ Confusione derivante dalla assurda pretesa, avanzata dalla Corte costituzionale, a partire dalle note pronunce nn. 348 e 349 del 2007, che il giudice nazionale si limiti ad “interpretare le interpretazioni” date dalla Corte eur. alle disposizioni della C.e.d.u., FERRUA, *Il “giusto processo”*, cit., 208 ss. e ID., *Il giudizio penale*, cit., 406 ss.. **Detto primigenio orientamento del Giudice delle leggi, è stato oggetto di due successivi ripensamenti - che senza rinnegare, com’era auspicabile, la ‘vincolatività’ delle interpretazioni della Corte eur. (sul modello inglese dello *Human Rights Act 1998*, che ha, invece, stabilito che «A court or tribunal determining a question which has arisen in connection with a Convention right must take into account any - (a) judgment, decision, declaration or advisory opinion of the European Court of Human Rights (...))» - ne hanno progressivamente circoscritto il campo d’applicazione: in un primo tempo, con Corte cost. n. 236 del 2011, riconoscendo alla stessa Consulta «un margine d’apprezzamento e di adeguamento» alla giurisprudenza europea (cfr. FERRUA, *La prova nel processo penale, I, Struttura e procedimento*, Torino, 2015, 263 ss.) e, quindi, permettendo anche al giudice comune, in assenza di un un “diritto consolidato” o di una “sentenza pilota” della Corte eur., «di interrogarsi sulla compatibilità della norma convenzionale con la Costituzione (e, quindi, di) escludere quella stessa norma dai potenziali contenuti assegnabili in via ermeneutica alla disposizione della C.e.d.u.», in altre parole, di interpretare ‘direttamente’ le disposizioni della Convenzione (Corte cost., n. 49 del 2015). Definisce ‘paradossale’ la possibilità di interpretazione diretta della C.e.d.u. da parte del giudice nazionale VIGANÒ (in *La Consulta e la tela di Penelope*, in www.penalecontemporaneo.it), che è poi costretto, però, a riconoscere che la Convenzione «...è stata, dopo tutto, incorporata nel diritto interno in forza della legge n. 848/1955, e come tale resta suscettibile di essere applicata - alla pari di qualsiasi altra norma ordinaria - dal giudice comune (senza necessità di alcun avallo da parte della Corte costituzionale, a meno che non si scontri inequivocabilmente con una *lex posterior, specialis* o *superior* che debba essere necessariamente eliminata dal giudice delle leggi)» (ivi, 12). Ristabilire il confine tra legge ed interpretazione, peraltro, non significa disconoscere che l’applicazione della legge, specie penale, implichi anche «la comprensione dei singoli casi e delle umane ragioni che li spiegano e contraddistinguono»; come si è, a ragione, sostenuto «il detto *dura lex, sed lex* o peggio la massima *summum ius, summa iniuria* non possono essere un alibi alla durezza o all’iniuria del giudizio, ma sono solo degli schermi all’ottusità dei giudici», FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 143 ss. Detto in altri termini, la giustizia non è solo il fine del processo, qualcosa di esterno ad esso, ma è «il processo stesso visto nella sua *ratio*, come dire un uomo visto nella sua anima», FOSCHINI, *Giudicare ed essere giudicati*, cit., 9.**

piano istituzionale e organizzativo, non lo è per la funzione esercitata¹⁸⁸. Quest'ultimo, nella prospettiva della tesi dell'efficienza, «da portatore e “campione” di “diritti”, [...] si fa, nella migliore delle ipotesi, consulente di parte orientato a fini esclusivamente o eminentemente prudenziali o economici»; oppure, in quella peggiore, «diventa consulente d'ufficio, tecnico di supporto alle attività non di tutti gli attori processuali, bensì di quell'unico soggetto nel quale si concentra la conduzione del processo: del giudice come organo amministrativo»¹⁸⁹. La necessità di impedire questa involuzione del processo penale, per inseguire logiche di adeguamento al caso concreto estranee al nostro ordinamento e, prima ancora, al nostro ragionamento per sillogismi, consiglia di riflettere oltre, su nuove possibili tecniche di formulazione delle fattispecie normative, che senza ledere il principio di legalità processuale, ed un principio di tassatività correttamente inteso, riconoscano più ampi margini di discrezionalità, vincolata, all'interprete: nell'art. 83, co. 5, c.p.p. si è così creduto di rinvenire un modello del quale s'è cercato di tratteggiare i possibili risvolti applicativi.

¹⁸⁸ FERRUA, *Sofisti e avvocati, I*, in *Spaziofilosofico*, 2012, 4, 96.

¹⁸⁹ LA TORRE, *Il giudice, l'avvocato e il concetto di diritto*, Soveria Mannelli, 2002, in partic. 191-192.