

ISSN 1127-8579

Publicato dal 07/05/2015

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/37045-forme-della-citazione-del-responsabile-civile-nel-processo-penale>

Autore: Santoro Emanuele

Forme della citazione del responsabile civile nel processo penale

FORME DELLA CITAZIONE DEL RESPONSABILE CIVILE NEL PROCESSO PENALE

Tribunale di Torino, Sezione IV penale, ordinanza 20 ottobre 2014
Presidente estensore Gianetti

Responsabile civile - Citazione da parte di tutte le parti civili costituite - Necessità - Esclusione - Domanda risarcitoria - Sufficienza - Condizioni.

[Omissis]

- viste le istanze di emissione di decreti di citazione nei confronti del responsabile civile Reconta Ernst & Young S.p.A. ;
- ritenuto che la risalente presenza a dibattimento dello stesso responsabile civile , già citato da altre parti civili e ritualmente costituitosi in giudizio a mezzo di procuratore speciale , renda ultronea l'emissione e notifica di nuovi atti di citazione , essendo sufficiente la tempestiva estensione delle domande risarcitorie già avanzate , nei confronti degli imputati , dagli odierni istanti , i quali sin dalla prima udienza dibattimentale del 9.10.2014 , contestualmente alla loro costituzione , hanno manifestato a verbale detta volontà e furono a ciò autorizzati da questo Tribunale alla scorsa udienza del 13.10.2014 ;
- considerato che tale orientamento , espressamente avallato dalla Suprema Corte con sentenza Sez. IV° , 27/9/2012-22/1/2013 n. 3273 (nel solco di una consolidata giurisprudenza formatasi sotto il vigore del precedente codice di rito , che conteneva , agli artt. 107 e 108 , una statuizione corrispondente , nella sostanza , a quella dell' art. 83 c.p.p. testo vigente) appare pienamente conforme alla peculiare disciplina del processo penale , dove anche ad una parte "necessaria" come l' imputato , nell' ipotesi di modifica delle contestazioni originarie ovvero dell' elevazione di contestazioni suppletive o nuove , non è garantito un diritto assoluto alla relativa notifica , prevista solo nell' ipotesi di assenza ;
- ritenuto , d' altro canto , che nessuna concreta lesione del diritto di difesa possa derivare , nel contesto indicato , al responsabile civile dalla mancata notifica di un apposito decreto ex art. 83 c.p.p. , ferma l' opportunità che le parti interessate , laddove l' estensione della loro domanda risarcitoria non sia stata già esplicitata nel corpo stesso dell' atto di costituzione , depositino in cancelleria uno specifico atto scritto sotto l' osservanza del termine a comparire garantito allo stesso responsabile civile

P. Q. M.

dichiara non luogo a provvedere all'emissione e notifica di nuovi decreti di citazione del responsabile civile

[Omissis]

Il commento

di Emanuele Santoro

SOMMARIO: 1. Premessa: forma e formalismo, una decisione reale ed una in ipotesi; 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. PREMESSA: FORMA E FORMALISMO, UNA DECISIONE REALE ED UNA IN IPOTESI

L'ordinanza che si annota fa puntuale applicazione di una disposizione di frontiera del nostro ordinamento processuale penale: l'art. 83 comma 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 destinato a disciplinare un istituto periferico nel processo penale, qual è la citazione di una parte «doppiamente eventuale»¹, l'art. 83 comma 5 c.p.p. è, infatti, spesso trascurato o, al più, accantonato² nell'individuazione del sistema delle nullità, in quanto tacciato di non osservare il principio di tassatività³.

Non si tratta peraltro di una disposizione nuova, ma di una trasposizione quasi testuale di un'altra, l'art. 111 comma 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 comma 1 a tutela dell'intervento, assistenza e rappresentanza dell'imputato⁴. Che sia una norma ingiustamente negletta lo dimostrano anche i lavori preparatori del nuovo codice: il progetto

¹ Secondo un'ormai comune espressione risalente a G. CONSO, Istituzioni di diritto processuale penale, Milano, 1964, 143: passo reperito in G. GUARNERI, voce Responsabile civile, in Noviss. dig. it., vol. XV, Torino, 1968, 617, n. 1. Evidenzia la precarietà della posizione processuale del responsabile civile, con specifico riferimento al sistema delle nullità A. PENNISI, in L'accessorietà dell'azione civile nel processo penale, Milano, 1981, 63 s.

² Così, ad esempio, l'annovera tra le ipotesi residuali nel codice nelle quali «il principio di tassatività delle nullità subisce un'attenuazione» M. SCAPARONE, in Procedura Penale, 2ª ed., vol. I, Torino, 2010, p. te III, sez. II, § 10.

³ Per tutti, cfr. F. CORDERO, Procedura penale, 6ª ed., Milano, 2001, 437 e Id., Codice di procedura penale commentato da Franco Cordero, 1ª ed., Torino, 1990, 99; similmente, rispetto all'art. 111 c.p.p. 1930, Id., Procedura penale, 5ª ed., Milano, 1979, 289 e, in partic., 622.

⁴ 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 RP, 1916, vol. LXXXIV, 202-203). Per la tesi della nullità relativa, cfr. A. STOPPATO, Commento, cit., 1034 e, contra, A. PENNISI, L'accessorietà, cit., 54.

preliminare, mantenendo sostanzialmente l'ossatura di quello del 1978⁵, non ne reca traccia; solo nella versione definitiva è stata poi reintrodotta, per rimediare alla mancanza di «alcuna» - o, meglio, di una siffatta⁶ - «sanzione processuale»⁷.

Si tratta di una norma che solo all'apparenza 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, parrebbero invero essere in numero superiore per quanto emerge dall'ordinanza in commento. Nella stessa, infatti, si fa riferimento ad un'atipica domanda risarcitoria nei confronti del responsabile civile, osservato solo il termine a comparire e senza necessità del decreto ex art. 83 comma 3 c.p.p. notificato a cura dell'istante.

Questa la vicenda, in sintesi. In pendenza di un procedimento penale con numerose parti civili costituite⁸, alcune di queste avevano chiesto, ed ottenuto, la vocatio in ius del responsabile civile, che si era costituito regolarmente in giudizio; prima dell'apertura del dibattimento, le restanti parti civili avanzavano nuove istanze di citazione del (medesimo) terzo, per potergli estendere la domanda risarcitoria già formulata nei confronti degli imputati. Il Collegio, con l'ordinanza che si annota, ha rigettato le istanze delle parti civili, mediante una corretta applicazione della fattispecie della citazione del responsabile civile, per come emerge, in negativo, dall'art. 83 comma 5 c.p.p.⁹. Dalla valutazione di un elemento di fatto, «la risalente presenza a dibattimento dello stesso responsabile civile», il Tribunale ha potuto ritenere «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 compromissione 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 comparire¹⁰.

Nella motivazione dell'ordinanza, il Tribunale si è riferito ad un costante orientamento giurisprudenziale, formatosi vigente il codice del 1930 e culminato in una recente pronuncia della Cassazione. Con quest'ultima la Suprema corte ha 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 pronuncia dell'inizio degli anni '80, la Corte aveva ritenuto non necessaria 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.

⁵ Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale, in Gazzetta Ufficiale, n. 250 del 24.10.1988, suppl. ord. n. 93, ora in www.gazzettaufficiale.it/eli/id/1988/10/24/088A4237/sg, (Permalink), 85.

⁶ Residuerrebbe, pur sempre, la previsione generale di cui all'art. 178 comma 1 lett c) c.p.p., nella quale ricade «ogni difetto del contraddittorio», anche rispetto alle parti private, F. CORDERO, Procedura penale, 2001, cit., 1159.

⁷ Relazione al testo definitivo del codice di procedura penale, in Gazzetta Ufficiale, n. 250 del 24.10.1988, suppl. ord. n. 93, ora in www.gazzettaufficiale.it/eli/id/1988/10/24/088A4237/sg, (Permalink), 408.

⁸ Si tratta di uno dei processi Fonsai (cfr. A. NISCO, Manipolazione informativa del mercato e luogo di consumazione del reato, in Diritto penale contemporaneo, 14 marzo 2014; M. VIZZARDI, Manipolazione del mercato e competenza territoriale: una nuova tappa della vicenda Fonsai, ivi, 8 aprile 2014; F. MUCCIARELLI, Il locus commissi delicti della manipolazione di mercato. Aporie normative e sistematiche della decisione ex art. 54-bis c.p.p. nel caso Fonsai, ivi, 27 ottobre 2014).

⁹ 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)». F. CORDERO, Le situazioni soggettive nel processo penale, Torino, 1956, 40 (in tal senso, anche, G. CONSO, in I fatti giuridici processuali penali. Perfezione ed efficacia, Milano, 1955, 150 s). 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 90° giorno, la stessa è valida, «sebbene quel giudice abbia violato un dovere», quello risultante dall'art. 544 comma 3 c.p.p., F. CORDERO, Procedura penale, 2001, cit., 1146.

¹⁰ 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 G. 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 comma 4 c.p.p. rispetto all'udienza preliminare, la Corte costituzionale è dovuta intervenire per estendere l'applicazione del termine di 20 gg., dell'art. 429 commi 3 e 4 c.p.p., anche alla citazione del responsabile civile che non abbia già assunto tale qualità nell'udienza preliminare (sent. n. 430/1992). 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 comma 3 Cost., «deve intendersi riconosciuto anche alle altre parti processuali in forza della previsione generale ex art. 24 comma 2 Cost.», cfr. B. LAVARINI, Azione civile nel processo penale e principi costituzionali, Torino, 2009, 203, (122).

¹¹ Cass., sez. IV, 27 settembre 2012, n. 3273, in c.e.d. 255209.

¹² Cass., sez. V, 24 marzo 1981, n. 5392, in c.e.d. 149166 (ed in Foro It., 1982, fasc. 10, prt. II, 424-428), con riferimenti in motivazione alla precedente, Id., sez. II, 10 novembre 1969, n. 2163, in c.e.d. 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, introduzione 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 comma 1 c.p.p. 1930.

Il principio espresso dalla Cassazione nelle due sentenze è del tutto assimilabile, in quanto conduce al superamento della forma normale della citazione del responsabile civile, e non già della citazione in sè, pur assicurando, in concreto, il rispetto dell'instaurazione del contraddittorio nei confronti del terzo. Così, nella motivazione del precedente del 2012, si chiarisce 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 sè stante, anche quella della domanda risarcitoria contenuta nell'atto di costituzione di parte civile.

La questione della forma della citazione del terzo da «chi sopraggiunge al processo con la veste di parte civile»¹⁴ non è d'oggi. A margine di una pronuncia dell'inizio del secolo scorso¹⁵, 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 altra»; 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»¹⁶.

Pur in assenza di una disciplina sulla forma della citazione del responsabile civile assimilabile a quella emergente dagli artt. 83 comma 5 e 178 comma 1 lett. c) del vigente c.p.p.¹⁷, 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 costituzione 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»¹⁸; 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»¹⁹.

Al di là dell'interesse storico, che qui poco rileva, le due pronunce consentono una utile ed attuale considerazione sugli effetti dell'inosservanza delle forme stabilite 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'atto²⁰, va da sè 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 propulsivo²¹ 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 derogatoria²², dall'art. 185 c.p.p.²³. Il responsabile civile qualora «invalidamente citato» dovrebbe semplicemente «restar fuori» dal processo penale²⁴. In tal caso, il danneggiato potrebbe comunque agire, in sede

¹³ Sez. IV, 27 settembre 2012, n. 3273, cit., 9.

¹⁴ A. STOPPATO, Commento al Libro Primo. Disposizioni generali, in L. MORTARA-A. STOPPATO-G. VACCA-A. SETTI-R. DE NOTARISTEFANI-S. LONGHI (a cura di), Commento al codice di procedura penale, vol. IV, Torino, 1918, 469.

¹⁵ Trib. Roma, 1 febbraio 1915, in Riv. dir. proc. pen., vol. VI, 176 s.

¹⁶ Così, A. STOPPATO, in Commento, cit., 469-470; contra, vigente il c.p.p. 1930, G. 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 V. MANZINI, Trattato di diritto processuale penale italiano, 5ª ed., vol. II, Torino, 1956, 420 s.; U. GUALTIERI, I responsabili civili nel processo penale, Napoli, 1969, 55).

¹⁷ La Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale del 1930 osserverà in proposito che «(i)l 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 V. MANZINI, Trattato, vol. II, cit., 422).

¹⁸ Trib. Venezia, 2 febbraio 1915, in Riv. dir. proc. pen., vol. VI, 185.

¹⁹ A. STOPPATO, Commento, cit., 470, (1); contra, V. MANZINI, Trattato, vol. II, cit., 420 s.

²⁰ G. CONSO, *Il concetto e le specie d'invalidità*, Milano, 1955, 61 s.

²¹ E' tale ogni «elemento necessario nella trama procedurale», F. CORDERO, *Ideologie*, cit., 36-37 e Id., *Procedura penale*, 2001, cit., 1166 s. 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.

²² Come, invece, discendeva dall'art. 111 comma 3 c.p.p. 1930, F. CORDERO, *Procedura penale*, 1979, cit., 289.

²³ In tal senso, F. CORDERO, *Procedura penale*, 2001, cit., 437.

²⁴ F. 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 comma 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 comma 3 c.p.p., ibidem.

civile, 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»²⁵; quest'ultima, infatti, ha efficacia di giudicato soltanto nei confronti del responsabile civile «che sia stato citato ovvero sia intervenuto nel processo penale» (art. 651 comma 1 c.p.p.), a meno che, si aggiunge²⁶, il responsabile civile, prima citato, non sia poi stato escluso (art. 88 comma 2 c.p.p.).

La regressione del procedimento, invece, oltre a violare il principio di economia processuale²⁷, 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 comma 2 c.p.p.²⁸.

Elemento essenziale della citazione, al fine di consentire al responsabile civile di esercitare i suoi diritti nel giudizio, come richiesto dall'art. 83 comma 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»²⁹. D'altra parte, è lo stesso legislatore a prescrivere che la richiesta di citazione sia proposta «al più tardi per il dibattimento» (art. 83 comma 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»³⁰; 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»³¹.

E' questa la ratio comune ai due rimedi previsti dal codice³²: sia a quello preventivo dell'esclusione del responsabile civile (art. 86 comma 2 c.p.p.), sia a quello successivo della nullità della citazione (art. 83 comma 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 giudizio³³, 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 causa³⁴, senza subire alcun pregiudizio ex artt. 651 e 654 c.p.p. (art. 86 comma 2 c.p.p.)³⁵. 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 comma 3 c.p.p., potrà solamente dedurre la nullità della citazione e, se del caso, degli atti dipendenti³⁶, con il solo effetto di prolungare quel giudizio³⁷.

²⁵ Così, da ultimo, Cass. civ., sez. III, 28 settembre 2004, n. 19387, in c.e.d. 579730 (in tal senso, già F. CORDERO, in Codice di procedura penale commentato, cit., 99).

²⁶ F. CORDERO, Codice di procedura penale commentato, cit., 739.

²⁷ F. CORDERO, Codice di procedura penale commentato, cit., 99.

²⁸ La disposizione è «una coerente applicazione del principio del contraddittorio garantito dall'art. 24 Cost., (dall'art. 111 comma 2 Cost.) e dall'art. 101 c.p.c. per l'azione civile», A. CHILIBERTI, Azione civile e nuovo processo penale, 2ª ed., Milano, 2006, 581. Sull'ambito di estensione dei principi di cui all'art. 111 comma 2 Cost., cfr. P. FERRUA, *Il 'giusto processo'*, 3ª ed., Bologna, 2012, 99 s.

²⁹ Corte cost. 430/1992; v., anche, supra, nota 10.

³⁰ Cass., sez. IV, 30 aprile 2009, n. 35612, in c.e.d. 245358; conformi, Id., 23 novembre 2006, n. 2628, in c.e.d. 236011; Id., 27 settembre 2012, n. 3273, in c.e.d. 255210, 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).

³¹ 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», A. CERINO CANOVA, Commento all'articolo 163 c.p.c., in E. ALLORIO (diretto da), Commentario del codice di procedura civile, I, II, t. I, Torino, 1990, 245.

³² F. RUGGIERI, Commento agli articoli 83-85 c.p.p., in E. AMODIO-O. DOMINIONI (diretto da), Commentario del nuovo codice di procedura penale, vol. I, Milano, 1989, 517 s.

³³ Ad esempio, per la partecipazione ad un incidente probatorio, cfr. Cass., sez. III, 3 dicembre 2003, n. 49456, in c.e.d. 228000.

³⁴ Previa mera indicazione degli elementi di prova già raccolti, cfr. Cass., sez. III, 21 ottobre 2004, n. 46746, in c.e.d. 231305.

³⁵ 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 G. CONSO-V. GREVI-G. NEPPI MODONA, Il nuovo codice di procedura penale. Dalle leggi delega ai decreti delegati, vol. I, Padova, 1989, 363 e 361.

³⁶ La nullità ex art. 83 comma 5 c.p.p., da ricondurre a quella generale di cui all'art. 178 comma 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. (A. CHILIBERTI, Azione civile, cit., 530; F. CORDERO, Codice di procedura penale commentato, cit., 99; F. RUGGIERI, Commento agli articoli 83-85 c.p.p., cit., 503). In tal senso, in giurisprudenza, Cass., sez. IV, 21 novembre 2007, n. 3462, in c.e.d. 238744 (contra, Id., 27 settembre 2012, n. 3273, in c.e.d. 255210, 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, C. CONTI, in La preclusione nel processo penale, Milano, 2014, 125-126, n. 112). Per la diversa tecnica normativa, l'art. 83 comma 5 c.p.p. non può

Ritornando alla tecnica di costruzione della fattispecie, chiediamoci ora che cosa sarebbe accaduto nel caso di una sua diversa formulazione, secondo la tradizionale tecnica di elencazione degli elementi previsti a pena di nullità. Ricompresi tutti i requisiti dettati dall'art. 83, invariabilmente, nella forma dell'atto, il giudice sarebbe stato 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 avrebbe però sortito 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 tribunale 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 sarebbero poi seguite, pur a fronte della opzione legislativa per una nullità di tipo tradizionale: la logica del raggiungimento dello scopo e della preminenza del risultato³⁸, spesso alla base degli orientamenti di giurisprudenza sulla disciplina della nullità (vizio innocuo/atto equipollente/sanatoria atipica, etc.³⁹), avrebbe potuto 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 trial⁴⁰ è conseguito da un «giudice [...] improvvisato legislatore»⁴¹, al prezzo di una palese violazione della legalità del procedere⁴², con sicura compromissione, insieme a quegli interessi processuali alla cui tutela è diretta la previsione di legge rimasta inosservata, anche dello stesso «successo processuale»⁴³: nel termine rito è, infatti, implicita l'importanza delle forme «come un coefficiente necessario a conseguire i fini del processo»⁴⁴.

2. UNA DISPOSIZIONE UTILE: MA E' ANCHE TASSATIVA?

Si è così constatato che l'art. 83 comma 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»⁴⁵.

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 punire⁴⁶; 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

considerarsi «una reiterazione» di quella a carattere generale di cui all'art. 178 lett. c) c.p.p., come, invece, sostenuto da G. TRANCHINA-G. DI CHIARA, in I soggetti, in D. SIRACUSANO-A. GALATI-G. TRANCHINA-E. ZAPPALÀ, *Diritto processuale penale*, Milano, 2013, 145.

³⁷ F. CORDERO, *Procedura penale*, 2001, cit., 437.

³⁸ 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» M. 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 s.

³⁹ Sul vizio innocuo, cfr. F. CORDERO, *Ideologie*, cit., 44-45. Sull'(equivoco dell') atto equipollente come causa di sanatoria, cfr. G. DI PAOLO, *La sanatoria delle nullità nel processo penale*, Assago, 2012, 113 e 124 s. e, anche, A. CAPONE, *L'invalidità nel processo penale. Tra teoria e dogmatica*, Assago, 2012, 253.

⁴⁰ Sono «le dilazioni de' giudizi (...) quel prezzo che ogni libera nazione nelle cause capitali paga per la sua libertà» (e non l'inverso), F.M. PAGANO, *Considerazioni sul processo criminale*, (1787), Bologna, 2010, 47.

⁴¹ In tal caso, il giudice, manipolando la fattispecie dell'atto, finisce per espungere un requisito legale, F. CORDERO, *Procedura penale*, 1979, cit., 613 e 623.

⁴² E' il c.d. principio di legalità processuale, ora previsto in via generale dall'art. 111 comma 1 Cost., per il quale il giusto processo dev'essere «regolato dalla legge», G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale, I, Principi generali*, 2ª ed., Torino, 2007, 37 (e, nello stesso senso, C. 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 comma 2 Cost., M. NOBILI, *Il I comma dell'art. 25*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della costituzione*, Bologna-Roma, 1981, 185 s. Tra le remote ascendenze del principio s'annovera l'art. 19 della L. 1º ottobre 1789 dell'Assemblea costituente francese, per il quale «la justice sera administrée [...] selon les formes déterminées par la loi», M. NOBILI, *Principio di legalità*, cit., 201 (e, per il solo testo di legge, F. CORDERO, *Procedura penale*, 2001, cit., 113).

⁴³ L. LUCCHINI, *Elementi di procedura penale per Luigi Lucchini*, 4ª ed., Firenze, 1920, 257.

⁴⁴ L. LUCCHINI, *Elementi*, cit., 258. Se, infatti, per 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 F. 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 L. FERRAJOLI, in *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, 8ª ed., Roma-Bari, 2004, 550.

⁴⁵ Così, mediante un'equiparazione della citazione del responsabile civile agli atti a forma libera di cui all'art. 156 comma 2 c.p.c., F. CORDERO, in *Procedura penale*, 1979, cit., 622.

⁴⁶ M. NOBILI, *La nuova procedura penale. Lezioni agli studenti*, Bologna, 1989, 305; Id., *Principio di legalità*, cit., 181 s.; L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 638 s.

farne abuso», le forme procedurali, che rappresentano «il freno della regolarità del processo»⁴⁷, 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 cittadino⁴⁸.

L'identificazione della procedura penale con le forme tese a limitare il potere può dirsi valida ancor oggi⁴⁹, al netto di alcuni eccessi di derivazione illuministica⁵⁰, ma al contempo va ribadito che la diffidenza verso l'esercizio del potere non può costituire la stessa ragion d'essere della materia⁵¹. 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. E' vero che, una volta riconosciute le garanzie, non si può poi impedire all'imputato e alla sua difesa di usarle anche soltanto a fini dilatori⁵² (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'imputato⁵³.

E' in questa prospettiva che l'art. 83 comma 5 c.p.p., e l'esempio d'applicazione che qui s'annota, dev'essere valutato. Ha fatto risparmiare tempo ai giudici di merito e, in prospettiva, ancor più ne farebbe risparmiare qualora, sul rilievo della mancata notificazione della citazione, s'intendesse far valere, nel prosieguo del procedimento, 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 analogico⁵⁴, impedisca, in ogni caso, di riconsiderare l'interesse delle parti all'osservanza della formalità omessa, «cristallizzato nella norma che commina la nullità»⁵⁵.

Il giudizio è negativo; ma l'oggetto non sufficientemente definito. Vi è chi ha assimilato la norma a quella di cui all'art. 156 comma 2 c.p.c., facendo risultare che la stessa consenta all'interprete di plasmare atti a forma libera⁵⁶; chi, sempre richiamando l'art. 156 comma 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)»⁵⁷; chi ha parlato di «nullità virtuali»⁵⁸; chi ha ritenuto che la sussistenza della condizione di poter esercitare i suoi diritti nel processo sia «circostanza liberamente valutata dal giudice del merito»⁵⁹; chi ha osservato che la norma prescrive all'interprete di far riferimento ai «requisiti essenziali della citazione nel processo civile»⁶⁰; 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»⁶¹; 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 parte⁶².

47 F.M. PAGANO, Considerazioni, cit., 48 s.

48 L. LUCCHINI, Elementi, cit., 261; v., anche, M. NOBILI, Forme e valori, (1993), ora in Id., Scenari e trasformazioni del processo penale, Padova, 1998, 1 s. e F. CORDERO, Procedura penale, 1979, cit., 622.

49 M. NOBILI, Forme, cit., 4 e Id., La nuova procedura penale, cit., 305.

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

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

52 P. FERRUA, *Il 'giusto processo'*, cit., 116-117.

53 Entrambe le esemplificazioni sono tratte da P. FERRUA, Garanzie formali e garanzie sostanziali nel processo penale, in *Questione Giustizia*, 2001, n. 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».

54 G.P. VOENA, Commento agli artt. 177-186 c.p.p., in G. CONSO-V. GREVI, Prolegomeni a un commentario breve al nuovo codice di procedura penale, Padova, 1990, 148.

55 Così, G. 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 M. NOBILI, in *La nuova procedura penale*, cit., 306.

56 F. CORDERO, *Procedura penale*, 1979, cit., 622.

57 G. LEONE, *Trattato*, I, cit., 533-534.

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

59 V. MANZINI, *Trattato*, vol. II, cit., 424.

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

61 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» N. LEVI, in *La parte civile nel processo penale italiano*, 2ª ed., Padova, 1936, 489.

62 U. GUALTIERI, *I responsabili civili*, cit., 61.

Occorre, dunque, indagare più a fondo le modalità d'azione dello strumento reso disponibile dall'art. 83 comma 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 nullità⁶³: per non smarrire il significato dell'analisi tornerà utile riferirsi costantemente al suo risvolto concreto, quale emerge dalla pronuncia del Tribunale di Torino.

3. LA RICERCA DELLA/E FATTISPECIE

Preliminarmente, occorre chiarire 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, perchè un atto produca i suoi effetti giuridici⁶⁴ e possa, quindi, dirsi valido⁶⁵. Necessari, in negativo, perchè quando in un fatto manca anche uno solo di quei requisiti, la fattispecie non viene integrata e non si producono i suoi effetti tipici⁶⁶; sufficienti, in positivo, perchè 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 diretto⁶⁷.

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 altri⁶⁸. 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'atto⁶⁹, con eventuali sanzioni, d'altri settori dell'ordinamento, a carico del responsabile⁷⁰. Nel modello legale di

⁶³ Come, ad esempio, in A. CHILIBERTI, *Azione civile*, cit., 530.

⁶⁴ Tutti i requisiti, se necessari, esplicano «un eguale ruolo» nella determinazione del corrispondente effetto giuridico, D. 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. A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, (1940), Milano, ried. 1964, 41.

⁶⁵ Così, P. FERRUA, in *Il 'giusto processo'*, cit., 21 (e, in tal senso, anche, A. CAPONE, *L'invalidità*, cit., 27 s). L'equazione tra efficacia e validità dell'atto è il fulcro della prevalente teoria funzionale della fattispecie, che respinge «ogni tentativo di determinare il concetto prescindendo dal riferimento all'effetto giuridico», F. CORDERO, *Le situazioni*, cit., 33 s. Per il raffronto con la contrapposta teoria, sviluppata a partire dalla disciplina del negozio giuridico, cfr. A. CAPONE, *L'invalidità*, cit., 29, 32 e 159-160; sul versante del diritto amministrativo, da ultimo, F. LUCIANI, *Contributo allo studio del provvedimento amministrativo nullo. Rilevanza ed efficacia*, Torino, 2010, 7 s.

⁶⁶ G. 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», G. UBERTIS, *Sistema*, cit., 28.

⁶⁷ Il legislatore «non ha accompagnato da sanzione di nullità molte forme, perché le ha considerate come mere norme precauzionali», A. STOPPATO, *Commento*, cit., sub art. 135, 953. Così, anche, A. CAPONE, *L'invalidità*, cit., 85 s. e 138; A. GALATI, voce *Atti processuali penali*, in *Dig. disc. pen.*, vol. I, Torino, 1987, 367.

⁶⁸ 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?», F. CORDERO, *Prove illecite*, cit., 169-170; dopo l'avvento del nuovo codice di procedura penale che ha codificato la regola agli artt. 64 comma 2 e 188 c.p.p., cfr. *Id.*, *Procedura penale*, 2001, cit., 246 s. e 606 s.

⁶⁹ 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» G. CONSO (in *I fatti giuridici*, cit., 111-112): le irregolarità consistono, infatti, «nella semplice trasgressione di un dovere imposto alla persona che compie l'atto» (ibidem). Sul punto, anche, P. FERRUA, *Il 'giusto processo'*, cit., 22; O. DOMINIONI, *Commento all'art. 177 c.p.p.*, in E. AMODIO-O. DOMINIONI, diretto da, *Commentario*, vol. II, cit., 262; A. CAPONE, *L'invalidità*, cit., 85 s.

⁷⁰ 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 L. FERRAJOLI, in *Diritto e ragione*, cit., 607 s. 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», L. 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, E. M. 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 s.).

un atto⁷¹ si può, dunque, isolare un nucleo centrale formato dai requisiti necessari ai fini della produzione dell'effetto tipico⁷², cui si aggiungono altri requisiti, per così dire, di contorno, o utili⁷³, che si distinguono dai primi per la diversa funzione svolta nell'ambito del paradigma normativo⁷⁴.

La fattispecie dell'atto processuale penale pertanto emerge, al negativo, da quelle prescrizioni la cui osservanza è imposta sotto pena di nullità⁷⁵, sia dalle disposizioni appositamente dedicate alla singola fattispecie⁷⁶, come l'art. 83 comma 5 c.p.p., sia dalle altre a carattere generale⁷⁷ sul tipo delle tre enunciate nell'art. 178 c.p.p. L'invalidità rappresenta, pertanto, il risvolto negativo del concetto di fattispecie⁷⁸. 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»⁷⁹, al netto però delle disposizioni che prevedono «una modalità formale non prescritta a pena di nullità o di inammissibilità»⁸⁰; 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 effetto⁸¹.

3.1. Fattispecie diverse in rapporto di sussidiarietà: sanatoria?

Va aggiunto, a scanso di ogni equivoco⁸², che nel caso sottoposto all'esame del Tribunale di Torino non ricorre un'ipotesi di sanatoria, ex art. 184 comma 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 conseguente⁸³, nella specie, la comparsa della parte interessata⁸⁴.

Nel caso in esame, però, non è dato rinvenire questo elemento successivo, in quanto, al momento stesso della richiesta di autorizzazione alla citazione, il responsabile civile si era già costituito e figurava, dunque, tra i contraddittori presenti: ne deriva necessariamente che ad operare in concreto non è stata una fattispecie sussidiaria, derivante dall'integrazione dell'atto imperfetto (la citazione) e dal fatto che funziona da sanatoria (la comparsa della parte),

⁷¹ G. 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».

⁷² 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, G. CONSO, in I fatti giuridici, cit., 150 s.

⁷³ G. CONSO, Il concetto, cit. 23 s.; A. CAPONE, *L'invalidità*, cit., 86 s. e 156.

⁷⁴ Da una parte i requisiti di fattispecie, dall'altra le semplici trasgressioni di un dovere imposto alla persona che compie l'atto, prescrizioni «irrilevanti sul piano effettuale, o 'leges minus quam perfectae'», F. 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. disc. pen., vol. V, Torino, 1991, 506.

⁷⁵ G. CONSO, I fatti giuridici, cit., 111 (e, più in sintesi, F. 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 V. DENTI, voce Nullità degli atti processuali civili, in Noviss. Dig. it., vol. XI, Torino, 1965, 468 s. e 477.

⁷⁶ G. CONSO, I fatti giuridici, cit., 109-110 e 151.

⁷⁷ Ibidem.

⁷⁸ G. CONSO, Il concetto, cit., 55.

⁷⁹ F. CORDERO, Le situazioni, cit., 46, (28).

⁸⁰ Quest'ultima, prosegue l'A., non rientra nello schema dell'atto processuale e «la sua mancanza ne costituisce semplice irregolarità», G. CONSO, I fatti giuridici, cit., 111.

⁸¹ F. CORDERO, Le situazioni, cit., 40 e, anche, A.M. SANDULLI, Il procedimento amministrativo, cit., 41-42 e 176.

⁸² 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», G. DI PAOLO, La sanatoria, cit., XII.

⁸³ 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 G. LEONE, Manuale di diritto processuale penale, 12^a ed., Napoli, 1985, 326 s. Un'«entità successiva», secondo F. 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, A. CAPONE, *L'invalidità*, cit., 99 e G. LOZZI, Lezioni, cit., 188.

⁸⁴ La costituzione in giudizio, secondo un'altra costruzione dottrinale della sanatoria, non rilevarebbe 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», V. 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 G. CONSO-V. GREVI-G. NEPPI MODONA, Il nuovo codice, cit., 494 s. In riferimento al nuovo c.p.p., cfr. F. CORDERO, Codice di procedura penale commentato, cit., 213 e Id., Procedura penale, 2001, cit., 1166; per il raffronto tra le due teorie, G. DI PAOLO, La sanatoria, cit., 10 s. e 112 s.

bensì la fattispecie «tipica e normale»⁸⁵. L'atto, pur difforme dal paradigma, è quindi, ab origine, meramente irregolare.

Nemmeno si tratta di una riproposizione della **teoria del vizio innocuo**⁸⁶, quel «sortilegio» per cui le nullità «vengono soffiate via in qualche altra (ignota) parte» dal giudice⁸⁷, qualora si ammetta la possibilità di «un conseguimento dello scopo coevo all'atto nullo»⁸⁸. Nel caso in esame, 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 imperfetti⁸⁹ 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»⁹⁰.

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

L'art. 83 comma 5 c.p.p. non è una declinazione sul terreno del processo penale del principio della nullità «a rilevanza variabile»⁹¹ di cui all'art. 156 comma 2 c.p.c. Nell'applicare quest'ultima, l'interprete dovrà, innanzitutto, individuare lo scopo dell'atto desumendolo dalla ratio della disciplina positiva⁹² e, solo in un secondo momento, potrà stabilire se le forme usate siano state idonee a conseguirlo⁹³; rispetto all'art. 83 comma 5 c.p.p. che esplicita lo scopo dell'atto, invece, questi si dovrà limitare a compiere la seconda valutazione.

Nella motivazione dell'ordinanza, infatti, l'estensore non ha dovuto spendere nemmeno una parola sul primo versante, potendo concludere in poche, efficaci, battute che «nessuna concreta lesione del diritto di difesa p(uò) derivare, nel contesto indicato, al responsabile civile dalla mancata notifica di un apposito decreto ex art. 83 c.p.p.». Il comma 5, 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 comma 2 c.p.c: il legislatore del 1988 non ha lasciato libero l'interprete «nella scelta della via meno ardua per conseguire lo scopo»⁹⁴ e, pertanto, si deve escludere che caratteristica essenziale dell'atto sia quella della tipicità dei suoi effetti più che delle sue forme, come, invece, è corretto osservare in relazione alla disposizione processualciviltistica⁹⁵.

La nullità di cui all'art. 83 comma 5 c.p.p. non è nemmeno da annoverarsi tra le **c.d. nullità virtuali**, utilizzate dalla dottrina e talvolta dalla giurisprudenza⁹⁶, vigente il codice del 1865, al fine di consentire, pur in assenza di una

⁸⁵ Com'è indicata da G. CONSO, in Il concetto, cit., 37.

⁸⁶ Tale teoria, nonostante le risalenti censure cui è stata sottoposta dalla dottrina (F. CORDERO, Ideologie, cit., 44-45), sopravvive in giurisprudenza, cfr. M. SCAPARONE, Procedura Penale, vol. 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 (sent. 225/2001); 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» (sent. 451/2005); sulla vicenda, cfr. M. NOBILI, Torbide fonti, cit., 154.

⁸⁷ M. NOBILI, Torbide fonti, cit., 154.

⁸⁸ F. CORDERO, Ideologie, cit., 45.

⁸⁹ In base a questo principio, ad un atto imperfetto non può mai essere attribuita la stessa rilevanza giuridica del corrispondente atto perfetto, G. CONSO, Il concetto, cit., 30 s.

⁹⁰ Ibidem.

⁹¹ Cass. civ., sez. II, 20 novembre 2013, n. 26058, in c.e.d. 628922. Per il principio di strumentalità delle forme, cfr. V. DENTI, La giustizia civile: lezioni introduttive, Bologna, 2004, 185.

⁹² Operazione, la prima, nè immediata nè univoca, per G. MARTINETTO, Commento all'articolo 156 c.p.c., in E. ALLORIO (diretto da), Commentario, cit., I, I, t. II, Torino, 1973, 1581 s. Sul versante del processo penale, in riferimento alle difficoltà interpretative della vecchia sanatoria per raggiungimento dello scopo, cfr. P. MOSCARINI, Esigenze antiformalistiche e conseguimento dello scopo nel processo penale italiano, Milano, 1988, 27 s. e, rispetto alla diagnosi di abuso del processo (come deviazione dallo scopo dell'atto processuale), E.M. CATALANO, L'abuso, cit., 39 s e 110.

⁹³ Così, F. CORDERO, in Guida, cit., 440 e Id., in Procedura penale, 1979, cit., 612-613. Soltanto riguardo all'art. 156 comma 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».

⁹⁴ Così, rispetto all'art. 156 comma 2 c.p.c., F. CORDERO, in Nullità, sanatorie, vizi innocui, cit., 704.

⁹⁵ Questo contrasta con quanto sostenuto rispetto alla disciplina delle nullità degli atti, di cui agli artt. 156-162 c.p.c. da V. 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» F. MANNA, in La nullità nel processo di esecuzione, Padova, 2006, 30.

⁹⁶ Così, il relatore A. Stoppato nella Relazione della Commissione della Camera dei deputati sul progetto del codice di procedura penale, cit., riportata in stralcio da: U. ALOISI, Commento al libro primo e secondo (articoli 1 a 350), in L. MORTARA (sotto la direzione di), Spiegazione pratica del Codice di procedura penale, vol. I, Torino, 1914, sub artt. 136-142, 199.

esplicita previsione di nullità, che anche gli atti mancanti degli elementi (ritenuti) essenziali dall'interprete potessero essere comunque dichiarati nulli⁹⁷. Avevano, dunque, funzione estensiva - e non restrittiva, come invece il comma 5 dell'art. 83 c.p.p. - della disciplina dell'invalidità: accanto alle nullità espresse si ammettevano queste «nullità 'sottintese'»⁹⁸, derivanti dalla violazione di forme essenziali della procedura. Le stesse, però, non hanno mai trovato posto nei codici di procedura penale, nè 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»⁹⁹), nè 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»¹⁰⁰) 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 tutt'al più al progressivo emergere dell'aspetto funzionale dell'atto processuale¹⁰¹, anche penale¹⁰²; così, la direttiva della «non incidenza dei vizi meramente formali degli atti sulla validità del processo» formulata dalla legge delega del 1974¹⁰³, 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 responsabile civile, già presente e, dunque, in condizioni di difendersi: quell'elemento, però, era ex ante essenziale ai fini difensivi? La nozione teleologica dell'atto processuale, elaborata dalla Consulta per estendere la garanzia della difesa anche alla fase preistruttoria¹⁰⁴, consiste nel verificare «se ed entro quali limiti» quegli atti preliminari, prima considerati fuori dal processo, «possano pesare, valere, essere utilizzati a fini decisori»¹⁰⁵; 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»¹⁰⁶. In questa prospettiva funzionale, nella quale si rinviene la chiave di lettura dell'art. 83 comma 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 effettivo¹⁰⁷. Quest'ultima subordina la nullità, oltre all'assenza di almeno un requisito (elemento negativo), anche alla sussistenza dell'«effetto che, nel caso speciale,

⁹⁷ G. 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» F. CORDERO, in *Ideologie*, cit., 80. Quel sistema, poi importato in Italia con il c.p.p. 1865, era totalmente imperniato su nullità 'speciali', P. MOSCARINI, *Esigenze antiformalistiche*, cit., 65 (così anche, più di recente, G. DI PAOLO, *La sanatoria*, cit., 40 s.).

⁹⁸ A. GALATI, voce Nullità, d), Diritto processuale penale, in Enc. Dir., vol. XXVIII, Milano, 1978, 913, (30).

⁹⁹ Così, il guardasigilli C. Finocchiaro-Aprile nella Relazione al re del Ministro guardasigilli, Roma, 1913, ora in L. MORTARA-A. STOPPATO-G. VACCA-A. SETTI-R. DE NOTARISTEFANI-S. LONGHI (a cura di), *Commento*, cit., 570.

¹⁰⁰ Così, il guardasigilli A. 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.

¹⁰¹ F. MANNA, *La nullità*, cit., 28 s.

¹⁰² M.G. AIMONETTO, *La «durata ragionevole» del processo penale*, Torino, 1997, 98-100.

¹⁰³ Così era stato disposto dall'art. 2 comma 1 n. 6 L. 108/1974, con la quale veniva conferita delega legislativa al Governo per l'emanazione di un nuovo codice di procedura penale.

¹⁰⁴ P. GAETA, *Principi costituzionali in materia penale (diritto processuale penale)*, 2011, ora in http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/Diritto_processuale_penale.pdf, (27.12.2014), 25 s.; P. FERRUA, voce Difesa (Diritto di), in *Dig. disc. pen.*, vol. III, Torino, 1989, 466 s.; F. CORDERO, *Procedura penale*, 1979, 815-817 e Id., *Procedura penale*, 2001, 88; più di recente, in sintesi, M. BONTEMPELLI, *L'accertamento amministrativo nel sistema processuale penale*, Milano, 2009, 100 s.

¹⁰⁵ E' quanto afferma, in riferimento alle sent. 52/1965 e 86/1968 della Corte costituzionale, M. 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».

¹⁰⁶ Corte cost., sent. 190/1970 (in *Archivio delle massime delle decisioni*, n. 5306); a tal proposito, v. P. GAETA, *Principi*, cit., 31 s. e M. SCAPARONE, *Il II comma dell'art. 24. Il diritto di difesa nel processo penale*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario*, cit., 103.

¹⁰⁷ 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, in L. MORTARA-A. STOPPATO-G. VACCA-A. SETTI-R. DE NOTARISTEFANI-S. LONGHI (a cura di), *Commento al*

avrebbe potuto creare l'adempimento rigoroso della formalità», ovvero al concreto pregiudizio dell'interesse tutelato dalla norma (elemento positivo)¹⁰⁸. Nel caso in esame, 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, perchè quell'elemento, la *vocatio in ius* del responsabile civile, non è affatto un requisito previsto invariabilmente dal legislatore a pena di nullità¹⁰⁹: nella disciplina positiva non si rinviene alcuna disposizione che preveda l'invalidità dell'atto per mancanza del decreto di citazione o della sua notifica. Così non può essere inteso l'art. 83 comma 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 difensivi¹¹⁰, e nemmeno, per il criterio di specialità, può ritenersi tale l'art. 178 comma 1 lett. c) c.p.p.: se esso incide sul regime della nullità della citazione del responsabile civile è solo perchè l'art. 83 comma 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 comma 5 c.p.p. non richieda alcuna valutazione dell'interprete, quale presupposto per la sua applicazione; s'è già detto, raffrontando il comma 5 con l'art. 156 comma 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 omissivo 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»¹¹¹ risentito dagli interessi difensivi del terzo per la formalità omissiva. Esiste, dunque, una forma predeterminata, data dall'insieme degli elementi previsti dalla legge per la citazione del terzo; ma il legislatore, con il comma 5, l'ha indicata solo «indirettamente»¹¹², 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. 430/1992, semprechè non lo si ricavi dalla formula del comma 2). 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 quest'ultima, non può dirsi «norma 'aperta'»¹¹³.

Emerge, pertanto, una affinità tra la concreta operatività dell'art. 83 comma 5 c.p.p. e la teoria della lesività sostanziale; e, in effetti, anche la decisione del Tribunale di Torino reca traccia di tale collegamento, laddove rileva che «nessuna concreta lesione del diritto di difesa p(uò) derivare, nel contesto indicato, al responsabile civile dalla mancata notifica di un apposito decreto ex art. 83 c.p.p.».

Una delle più importanti critiche mosse alla 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»¹¹⁴; 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»¹¹⁵.

Scartiamo subito quest'ultima eventualità, osservando che la stessa si è da tempo tramutata in certezza. L'art. 606 comma 1 lett. e) c.p.p., rende sindacabili anche le inferenze induttive svolte dal giudice di merito, già in base al suo testo originario¹¹⁶, anteriore alle modifiche apportate dalla L. 46/2006¹¹⁷, ed anche la tendenza del legislatore «a

codice di procedura penale, II, I Progetti Ministeriali del 1905 e del 1911, Torino, 1913, 104, (2) e, anche, da F. CORDERO, in Nullità, sanatorie, vizi innocui, cit., 718, (87) e Id., in Nullità per inosservanza del termine, (1961), in Id., Ideologie, cit., 69, (3).

¹⁰⁸ Relazione al re, (1913), cit., 570-571.

¹⁰⁹ Come, invece, è richiesto dalla teoria del c.d. pregiudizio effettivo, G. LOZZI, Lezioni, cit., 189 s. e Id., voce Atti processuali, cit., 7; v., anche, P. MOSCARINI, Esigenze antiformalistiche, cit., 45 s.

¹¹⁰ Quale 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.», G. LEONE, Trattato, I, cit., 533.

¹¹¹ Relazione ministeriale 1905, cit., 104.

¹¹² Detto in altri termini, i requisiti di validità della citazione sono, anche se solo «indirettamente», determinati dal legislatore, F. CORDERO, Procedura penale, 1979, 289.

¹¹³ 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»), F. CORDERO, Procedura penale, 2001, cit., 357.

¹¹⁴ Relazione ministeriale 1905, cit., 106: questo stralcio è riportato anche in F. CAPRIOLI, Abuso del diritto di difesa e nullità inoffensive, (nota a sentenza) Sez. un., 29 settembre 2011, n. 155, in Cass. Pen., 2012, vol. 52, 2452, (38).

¹¹⁵ Relazione ministeriale 1905, cit., 106.

¹¹⁶ P. 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

convertire il fatto in diritto»¹¹⁸, mediante l'introduzione di sempre nuovi criteri legali di valutazione della prova¹¹⁹ (artt. 192, 526 comma 1 bis e 533 comma 1 c.p.p.), «avvicin(a) sempre più la terza istanza al giudizio di merito»¹²⁰. Rimane la difficoltà nel soppesare il pregiudizio subito dagli interessi delle parti per la formalità omessa e, in una prospettiva ex ante che si attaglia al caso annotato, quella di stabilire la rilevanza di uno tra gli elementi predeterminati dall'art. 83 c.p.p. ad assicurare la difesa del terzo. Va detto che, pur non potendosi escludere che possano sussistere dei 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 sottoposto all'esame del Tribunale: nessuno potrebbe, infatti, sostenere che la vocatio in ius sia necessaria per porre il responsabile civile già presente in condizione di difendersi. E del tutto correttamente, dunque, nell'ordinanza si è definito «ultronea» questa formalità.

Non è, dunque, tanto la difficoltà della valutazione ad aver sbarrato la strada al pregiudizio effettivo¹²¹, quanto, piuttosto, il timore di ampliare eccessivamente il margine di discrezionalità del giudice, in materia incidente sui diritti fondamentali delle parti¹²²; 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»¹²³; si aggiunge, poi, istituendo un parallelo con il principio sostanziale di necessaria offensività del fatto tipico¹²⁴, 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 altri¹²⁵.

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»¹²⁶, con il divieto d'interpretazione analogica, ma anche la negazione di ogni spazio residuo per l'iniziativa dei soggetti processuali¹²⁷, accompagnata dalla pretesa del legislatore, invero un po' desueta, «di 'condurre per mano' i soggetti che in esso operano»¹²⁸. Unico spiraglio del sistema, non a caso poi sfruttato dalla giurisprudenza¹²⁹, è rappresentato, rispetto alle nullità diverse da quelle assolute¹³⁰, 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»¹³¹.

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 P. FERRUA-F.M. GRIFANTINI-G. ILLUMINATI-R. ORLANDI, La prova nel dibattimento penale, 4ª ed., Torino, 2010, 400.

¹¹⁷ P. FERRUA, Il giudizio penale, cit., 391 s.; Id., *Il 'giusto processo'*, cit., 245.

¹¹⁸ P. FERRUA, Il giudizio di diritto, cit., 1830; Id., *Il 'giusto processo'*, cit., 250.

¹¹⁹ Sottolinea che l'attività, legale e razionale, di valutazione delle prove dovrebbe, invece, essere riservata al giudice P. FERRUA, in Un giardino proibito per il legislatore: la valutazione delle prove, in *Questione giustizia*, 1998, n. 3, 587 s. e Id., in Il giudizio penale, cit., 353 s.

¹²⁰ P. FERRUA, *Il 'giusto processo'*, cit., 251.

¹²¹ 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, M. CAIANIELLO, Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nelle invalidità processuali penali, Bologna, 2012, 27 s.

¹²² Relazione al progetto preliminare, (1978), 148-150 e Parere del Consiglio nazionale forense, 15-17, in G. CONSO-V. GREVI-G. NEPPI MODONA, Il nuovo codice, cit., 473 s.

¹²³ 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 G. CONSO-V. GREVI-G. NEPPI MODONA, Il nuovo codice, cit., 476), sia nelle riflessioni dottrinali (E. AMODIO, Il fascino ingannevole del pregiudizio effettivo - a proposito di abuso del processo -, in Cass. pen., 2012, fasc. 10, 3598; F. CAPRIOLI, Abuso, cit., 2452; A. MARANDOLA, *La patologia dell'atto processuale: indirizzi sostanziali vs legalità formale*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, n. 9, in partic. 1056; T. PADOVANI, A.D.R. sul c.d. abuso del processo, in Cass. pen., 2012, fasc. 10, 3606-3607; A. PRESUTTI, Legalità e discrezionalità nella disciplina delle nullità processuali penali, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, in partic. 1208 s.).

¹²⁴ Cfr. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 476 s. 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.

¹²⁵ A. CAPONE, *L'invalidità*, cit., 151-152.

¹²⁶ Relazione ministeriale 1905, cit., 108.

¹²⁷ A. GALATI, voce *Atti processuali penali*, cit., 366.

¹²⁸ A. GALATI, voce *Atti processuali penali*, cit., 367.

¹²⁹ Non si esclude una sinergia tra criteri (extralegali) del conseguimento dello scopo e del pregiudizio effettivo, G. DI PAOLO, La sanatoria, cit., 113 s. e, in partic., 121; v., anche, Sez. un., 27 ottobre 2004, n. 119, in c.e.d. 229540.

¹³⁰ F. 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 pensieri o soluzioni dottrinali o soggettive, creandosi incertezze e disparità di trattamento magari in casi sostanzialmente eguali», A. STOPPATO, *Commento*, cit., sub art. 135, 952.

¹³¹ A. 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.

4. UNA TECNICA, ESSENZIALE, DI FORMULAZIONE

E' sulla base di queste premesse che, come anticipato, si sostiene che l'art. 83 comma 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.)¹³².

Senza dubbio, detto principio, oltre a tagliar fuori l'analogia¹³³, impedisce al giudice di rivalutare l'interesse delle parti all'osservanza della formalità omessa¹³⁴, in quanto «la lesione dell'interesse sottostante alla norma violata (è) ritenuta immanente alla difformità dallo schema tipico»¹³⁵. Questo secondo risultato, però, discende, a ben vedere, dalla combinazione del principio di tassatività con l'ordinaria tecnica di formulazione delle disposizioni che fissano le cause di nullità¹³⁶: 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 irregolarità¹³⁷. 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»¹³⁸.

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 violazione¹³⁹, del principio di tassatività. L'art. 177 c.p.p. ricollega la nullità ai soli casi previsti dalla legge¹⁴⁰ e, pertanto, impedisce solamente che questi casi siano individuati dal legislatore mediante un mero rinvio alla discrezionalità dell'interprete¹⁴¹. 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

¹³² 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 (...)», V. MANZINI, Trattato, vol. III, cit., 93.

¹³³ Primo corollario, pacifico in dottrina (R. MANCINELLI, voce Nullità degli atti processuali penali., in Noviss. dig. it., vol. XI, Torino, 1957, 488) e, sia pur incidentalmente, in giurisprudenza (Cass., sez. I, 14 aprile 2005, n. 21034, in c.e.d. 231199; Id., sez. I, 21 dicembre 2000, n. 11282, in c.e.d. 218579; Id., sez. III, 19 settembre 2000, n. 2855, in c.e.d. 217587; Id., sez. VI, 10 maggio 1999, n. 1734 in c.e.d. 214754; Id., sez. IV, 11 gennaio 1988, n. 2608, in c.e.d. 177703, Id., sez. I, 18 novembre 1985, n. 4017 in c.e.d. 172771).

¹³⁴ In tal senso, tra gli altri, G. MAGLIOCCA, Le nullità, in G. SPANGHER (a cura di), Trattato di procedura penale, vol. I, t. II, 2008, 362 s.. Estende il rilievo anche alla sanatoria di cui all'art. 183 lett b) c.p.p. G. DI PAOLO, in La sanatoria, cit., 115-116.

¹³⁵ G.P. VOENA, Commento, cit., 148 (e, similmente, F. CORDERO, Nullità per inosservanza, cit., 69).

¹³⁶ 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 M. CAIANIELLO, in Premesse, cit., 107 s.; così, il riferimento legislativo alle «disposizioni concernenti [...] l'intervento» delle parti di cui all'art. 178 comma 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: benchè 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.

¹³⁷ G. LEONE, Manuale, cit., 322.

¹³⁸ T. 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. R. BRICHETTI, Il sistema della nullità degli atti, in Dir. pen. proc., 2010, fasc. 12, 1401 s.

¹³⁹ Il principio di tassatività, di portata generale, è inderogabile, T. RAFARACI, voce Nullità (diritto processuale penale), in Enc. Dir., vol. Agg. II, Milano, 1988, 600.

¹⁴⁰ 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, A.A. DALIA-R. 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» O. DOMINIONI, in Commento, cit., 259.

¹⁴¹ 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 (supra, nota 42) di cui all'art. 111 comma 1 Cost., C. IASEVOLI, La nullità, cit., 67.

disposizioni» (anziché a quella «delle forme», com'era stabilito dall'art. 184 c.p.p. 1930¹⁴²), non sembra aggiungere alcunché a quanto osservato¹⁴³, risolvendosi in una riaffermazione del principio della legalità processuale. Non si può pertanto considerare l'art. 83 comma 5 c.p.p. alla stregua di una eccezione (o violazione) del principio di tassatività delle nullità. Come già rilevato, il comma 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 parti¹⁴⁴ non rappresenta qui «il criterio esclusivo, in base a cui si giudica della conformità dell'atto ad un modello legale ellitticamente formulato»¹⁴⁵; soccorre, infatti, quel novero di elementi predeterminati, di cui l'interprete deve soltanto accertare l'essenzialità ai fini indicati¹⁴⁶, senza potersene dunque in alcun modo discostare. Così, con riguardo al caso annotato, già ex ante vi erano elementi sufficienti per identificare la forma che avrebbe assunto la citazione, senza necessità del decreto notificato; e quando il giudice ha quindi riconosciuto che questi elementi non erano essenziali ai fini di garantire la difesa al terzo, non ha creato un atto nuovo, atipico, quale tertium genus tra l'intervento volontario e la citazione, ma semplicemente consentito a quell'atto di assumere una, tra le sue 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 penale¹⁴⁷ che sappia coniugare la tutela dei diritti fondamentali delle persone e le esigenze di speditezza¹⁴⁸, evitando quegli epiloghi assurdi dei processi cui può condurre il formalismo delle nullità¹⁴⁹: è in questa prospettiva che va riletta la decisione del Tribunale di Torino, quale applicazione concreta della regola enucleabile dall'art. 83 comma 5 c.p.p. Che le forme del processo debbano essere costruite mediante la costante ricerca di un equilibrio tra esigenze contrapposte¹⁵⁰ non rappresenta una conquista della modernità, anche se l'introduzione, al comma secondo dell'art. 111 Cost., del principio della ragionevole durata del processo¹⁵¹, ha imposto una nuova, severa, riflessione sulla sostenibilità di queste forme processuali¹⁵².

¹⁴² 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», F. 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», G. MAGLIOCCA, Le nullità, cit., 363.

¹⁴³ 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 C. IASEVOLI, in La nullità, cit., 170 s.

¹⁴⁴ Sez. IV, 30 aprile 2009, cit.

¹⁴⁵ Questo, invece, si può congruamente sostenere rispetto all'art. 156 comma 2 c.p.c., F. CORDERO, Nullità, sanatorie, vizi innocui, cit., 704, (61).

¹⁴⁶ 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. G. CONSO (I fatti giuridici, cit., 109), F. CORDERO (Nullità, sanatorie, vizi innocui, cit., 704) e V. DENTI (voce Nullità, cit., 477).

¹⁴⁷ V. GREVI, Carezza 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, 132s. 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"», E. FERRI, Sociologia Criminale. Terza edizione completamente rifatta dei Nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale, Torino, 1892, 728, 744 e 789: passo reperito in M.N. Miletto, Un processo per la Terza Italia, cit., 320.

¹⁴⁸ V. 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.

¹⁴⁹ 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», V. GREVI, Di chi è la vera colpa?, in Il corriere della sera del 2 settembre 1992, ora in Id., Scritti, cit., 159 s. Evidenza che la necessità di estirpare il formalismo rappresenta il filo rosso di quella cultura processualistica attenta alle premesse di valore del proprio operare S. 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 s.

¹⁵⁰ F.M. PAGANO, Considerazioni, cit., 45; nello stesso senso, più di recente, cfr. V. GREVI, in Non parlate di giustizialismo e garantismo, in Il corriere della sera dell'1 marzo 2008, ora in Id., Scritti, cit., 198 s.

¹⁵¹ 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. P. FERRUA, *Il 'giusto processo'*, cit., 108 s.

¹⁵² 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» V. GREVI, in Carezza di organici, cit., 133-134. D'altra parte, già sul finire del '700, si insegnava che «le soverchie

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 sussidiario¹⁵³; ma una volta individuato il nucleo minimo indefettibile delle garanzie¹⁵⁴, 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 contraria¹⁵⁵, 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 colpevoli¹⁵⁶; 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»¹⁵⁷. 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 processo¹⁵⁸.

Vi è infatti un trade-off tra il contraddittorio nella formazione della prova di cui all'art. 111 comma 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 alle strategie difensive ostruzionistiche¹⁵⁹, che si traduce «(n)ella moltiplicazione delle nullità, (n)ei richiami pedagogici, (n)ei formalismi processuali»¹⁶⁰. 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 processo¹⁶¹, essendo questi sufficientemente garantito dal carattere cognitivo e non potestativo del giudizio¹⁶². Una volta attuato il contraddittorio nella formazione della prova, il legislatore, cui (solo) si rivolge l'invito ad assicurare la ragionevole durata del processo¹⁶³, 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»¹⁶⁴; 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»¹⁶⁵, quella dell'accertamento di fatti e delle responsabilità; mentre l'eccessiva rigidità del sistema delle invalidità non può che favorire l'uso delle

dilazioni, le molte ed inutile 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 del processo, ed ecco aperto un ampio varco al reo, onde deluda la legge, e schivi la pena», F.M. 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», U. 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 garantire 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» L. LUCCHINI, in Elementi, cit., 258.

¹⁵³ P. FERRUA, *Il 'giusto processo'*, cit., 113 s.

¹⁵⁴ In relazione alle quali, anche per la distinzione tra giurisdizionalità in senso lato (garanzie ordinamentali) ed in senso stretto (garanzie procedurali), cfr. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 546 s.

¹⁵⁵ Nel concetto di principio, elaborato da R. Dworkin ed utilizzato nell'esegesi del nuovo art. 111 Cost. da P. Ferrua (Id., *Il 'giusto processo'*, cit., 85 s.), è parte integrante la dimensione del peso o dell'importanza rispetto a principi concorrenti, R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, (1977), trad. it., Bologna, 2010, 48 s.

¹⁵⁶ F.M. PAGANO, Considerazioni, cit., 45.

¹⁵⁷ R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, cit., 281.

¹⁵⁸ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 638-639 e, anche, S. CHIARLONI, *Questioni*, cit., 174 s.

¹⁵⁹ Per l'affermazione che le nullità sono strumenti che servono a difendersi dal processo, cfr. M. NOBILI, *Torbide fonti*, cit., 155.

¹⁶⁰ P. FERRUA, *Studi sul processo penale, III, Declino del contraddittorio e garantismo reattivo*, Torino, 1997, 77.

¹⁶¹ La difesa 'dal processo' è respinta come un'idea concettualmente priva di fondamento in L. FERRARELLA, *Difendersi dal processo?*, *Il corriere della sera* 3 dicembre 2009 e, similmente, da A. 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 L. FILIPPI, in *Punti di frizione tra diritto di difesa e invalidità degli atti processuali*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 6, 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», F. CORDERO, *Chi abusa del processo*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2007, fasc. 11, 1425 e 1422; contra, M. NOBILI (*Torbide fonti e adorati errori*, 2011, in *Critica del diritto*, 2012, fasc. 1-2, 151-172) per il quale lo «strano proclama», che l'imputato non possa difendersi dal processo, è da annoverarsi 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. E.M. CATALANO, *L'abuso*, cit., 32 s. e 138 s.

¹⁶² L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 555.

¹⁶³ Lo stesso, infatti, non è rivolto (anche) ai soggetti del processo ed, in particolare alla difesa, P. FERRUA, *Il 'giusto processo'*, cit., 116 s.

¹⁶⁴ V. GREVI, *Carenza di organici*, cit., 133-134.

¹⁶⁵ V. GREVI, *Nuovo codice di procedura penale e processi di criminalità organizzata: un primo bilancio*, in Id. (a cura di), *Processo penale e criminalità organizzata*, Roma-Bari, 1993, 40; C. CONTI, *La preclusione*, cit., 123. Sull'involuzione formalistica della cultura delle garanzie, cfr. S. CHIARLONI, *Questioni*, cit., 175.

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 più flessibile ma schietta, l'altra (apparentemente) rigida ma subdola. La prima, di cui è chiaro esempio l'art. 83 comma 5 c.p.p., e con esso la pronuncia che s'annota, 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»¹⁶⁶. La seconda, invece, consiste nel continuare a negare l'esistenza di tale forma di discrezionalità giudiziale, asserragliandosi dietro quella lettura intransigente del principio di tassatività delle nullità di cui s'è detto, ma, almeno, dev'essere chiaro che si tratta di mera finzione: la discrezionalità riemerge costantemente in sede interpretativa¹⁶⁷, 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 giudiziale¹⁶⁸. 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 autoritaria¹⁶⁹.

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)»¹⁷⁰, aveva determinato una diffusa insensibilità dei giudici nei confronti dell'inosservanza di quelle norme processuali, con la conseguenza di legittimarne «l'aggiramento»¹⁷¹.

Vi è, però, un nuovo fattore, che sconsiglia di andar oltre in questa direzione, 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 processo¹⁷², cui la giurisprudenza anche nazionale ricorre alla ricerca di più ampi spazi di manovra¹⁷³, ed il «nuovo» modello di ragionamento, non più per regole/principi ma per casi¹⁷⁴, 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»¹⁷⁵, ma «un "procedimento senza formalità [nel lessico odierno: senza fattispecie] è l'indice [d']un fatale e illimitato dispotismo"»¹⁷⁶. 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 prassi¹⁷⁷, 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 peggiore ancora rispetto all'equità, «basandosi invero, quest'ultima, comunque sul diritto, per quanto flessibile»¹⁷⁸.

¹⁶⁶ G. FOSCHINI, *Giudicare*, cit., 7.

¹⁶⁷ R. BRICHETTI, *Il sistema della nullità degli atti*, cit., 1401 s.

¹⁶⁸ 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, P. FERRUA, *Il giudizio penale*, cit., 395.

¹⁶⁹ Così, G. FOSCHINI, in *Motivazione della decisione e deduzioni della difesa*, (1957), ora in *Id.*, *Giudicare*, cit., 291-292.

¹⁷⁰ Con riferimento alla disciplina della nullità nel periodo compreso tra la prima riforma del 1955 (L. 517/1955) e la seconda del 1977 (L. 534/1977), cfr. G. BELLAVISTA-G. TRANCHINA, *Lezioni*, cit., 278. Sull'evoluzione del sistema delle nullità nel c.p.p. 1930, cfr. F. CORDERO, *Procedura penale*, 1979, cit., 623 s.

¹⁷¹ A. GALATI, voce *Nullità*, cit., 919, (73).

¹⁷² E.M. CATALANO, *L'abuso*, cit., 25. Evidenza che la categoria, se intesa quale momento dell'interpretazione, si presta a «da(r) adito a veri e propri "abusi dell'abuso del diritto"» C. CONTI, in *La preclusione*, cit., 122-124.

¹⁷³ 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. F.M. IACOVIELLO, *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, Milano, 2013, 117 s. e 133 s.

¹⁷⁴ 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. S. VINCIGUERRA, *Diritto penale inglese comparato. I principi*, 2ª ed., Padova, 2002, 83 s. Sul sillogismo giuridico, cfr. V. ITALIA, *Il ragionamento giuridico*, Milano, 2009, 35 s. Sulle modalità di enucleazione ed utilizzazione del precedente giudiziario nel *case law*, cfr. G. CRISCUOLI, *Introduzione allo studio del diritto inglese. Le fonti*, 3ª ed., Milano, 2000, 350 s.

¹⁷⁵ M. NOBILI, *Torbide fonti*, cit., 164.

¹⁷⁶ Così, M. NOBILI (in *Torbide fonti*, cit., 158-159) in riferimento al pensiero di F.M. Pagano e di F. Carrara.

¹⁷⁷ In ciò si traduce il c.d. movimento della giustizia informale, A. GARAPON, *Bien juger. Essai sur le rituel judiciaire*, (2001), trad. it., Milano, 2007, 212 s.

¹⁷⁸ A. GARAPON, *Bien juger*, cit., 213. Nel senso che legalità ed equità costituiscono due diversi aspetti della conoscenza giudiziaria, cfr. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 135 s.

E' 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-diritto¹⁷⁹: categorie come quella dell'abuso del processo (o, su altro versante, della prova esclusiva o determinante¹⁸⁰) non possono costituire una guida per l'interprete, ma solamente un 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 vulnerabili¹⁸¹. 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»¹⁸².

Quando salta la normatività della prassi giuridica, con la confusione tra legge ed interpretazione¹⁸³, cambia anche il ruolo delle altre figure di giustizia. E' 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 piano istituzionale e organizzativo, non lo è per la funzione esercitata»¹⁸⁴. 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»¹⁸⁵. 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 comma 5 c.p.p. si è così creduto di poter rinvenire un modello e, nell'ordinanza, un puntuale esempio dei suoi possibili risvolti applicativi.

¹⁷⁹ Legalità interna e legalità convenzionale operano «secondo schemi assolutamente eterogenei», G. DI PAOLO, *La sanatoria*, cit., 270.

¹⁸⁰ P. FERRUA, *Il 'giusto processo'*, cit., 205 s.

¹⁸¹ A. GARAPON, *Bien juger*, cit., 215-216.

¹⁸² A. GARAPON, *Bien juger*, cit., 210.

¹⁸³ Confusione derivante dalla assurda pretesa, avanzata dalla Corte costituzionale con le note pronunce nn. 348 e 349 del 2007, che il giudice nazionale si limiti ad 'interpretare le interpretazioni' della Corte europea delle norme C.e.d.u., P. FERRUA, *Il 'giusto processo'*, cit., 208 s. e Id., *Il giudizio penale*, cit., 406 s. Discorre, invece, di una semplice interpretazione conforme alla C.e.d.u. R. BIN, in *L'interpretazione conforme. Due o tre cose che so di lei*, in *Rivista AIC*, 2015, n. 1, § 4. 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», L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 143 s. 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», G. FOSCHINI, *Giudicare ed essere giudicati*, cit., 9.

¹⁸⁴ P. FERRUA, *Sofisti e avvocati*, I, in *Spaziofilosofico*, 2012, n. 4, 96.

¹⁸⁵ M. LA TORRE, *Il giudice, l'avvocato e il concetto di diritto*, Soveria Mannelli, 2002, in partic. 191-192.