

Milano, 24 febbraio 2025

PROPOSTE PER LA COMMISSIONE SAN GIORGIO DELLA CAMERA PENALE DI MILANO

PROPOSTA

- Si propone di vietare al giudice ogni sindacato giurisdizionale sulla concreta offensività del vizio rispetto a tutte le nullità formali e tassative. Questo permetterebbe di tornare alla regola originaria dettata dal c.p.p.: se l'atto è viziato da una difformità rispetto al modello legale prescritto a pena di nullità, allora la conseguenza non potrà che essere quella indicata dalla legge. In via subordinata, si propone di circoscrivere per legge l'area del sindacato giurisdizionale sulla concreta offensività del vizio alle sole nullità relative, perché meno gravi, "non strutturali". Anche secondo questa prospettiva, bisognerebbe vietare al giudice ogni indagine sul pregiudizio effettivo in materia di libertà personale dell'imputato.
- Si propone di normare gli standard di acquisizione della prova informatica, prevedendo strumenti per garantire il contraddittorio anche tecnico e riconoscendo ex lege una sanzione processuale alla loro violazione.

CRITICITA' ATTUALI DELL'ISTITUTO

In sede applicativa il complesso reticolato normativo non sembra garantire la tenuta del sistema delle nullità; nella prassi, infatti, si registra una preoccupante disaffezione della giurisprudenza alle statuizioni legali e, più in generale, alle linee del sistema.

Le nullità, che si reggono sul principio di legalità e sulla tassatività delle prescrizioni, dovrebbero fondarsi esclusivamente sulla statuizione legale: se l'atto è viziato da una difformità rispetto al modello legale prescritto a pena di nullità, allora la conseguenza non potrà che essere quella indicata dalla legge.

All'idea del legislatore del 1988 di costruire un sistema tendenzialmente inibito ai poteri discrezionali del giudice, si contrappongono sempre più numerosi scollamenti fra il dato normativo e l'interpretazione giurisprudenziale che finisce con il superare gli argini dell'ermeneutica, accedendo a risultati *praeter legem*, se non addirittura *contra legem*.

Si fa appello al metro europeo dell'equità complessiva del processo, ai non meglio definiti principi di proporzionalità, di adeguatezza e di effettività per giustificare vistose violazioni delle forme procedurali e delle sottostanti garanzie che però non sarebbero in grado di inficiare il saldo attivo del processo.

L'interprete, in un'ottica di funzionalità del sistema, si è autoinvestito del compito di trovare un equilibrio fra il sistema delle invalidità disegnato dal legislatore, espressione di garanzia per le parti del processo, da un lato, e le esigenze di economia processuale e di ragionevole durata del processo, dall'altro.

Il diritto vivente, in tal modo, ha finito con il manifestare verso le invalidità, specie quelle demolitorie, un crescente fastidio sfociato, per un verso, in un progressivo ampliamento della discrezionalità giudiziale quanto a individuazione delle fattispecie integranti una nullità, e per l'altro in una degradazione del regime trattamentale delle stesse nullità.

Nel primo senso, preme anzitutto evidenziarsi la sostituzione, ai fini della declaratoria di nullità, del criterio logico formale legislativo con un criterio valoriale che passa attraverso l'individuazione dell'interesse protetto dalla norma violata e la verifica di un concreto pregiudizio del medesimo; detto altrimenti: perché sia dichiarata la nullità occorre la concreta lesione dell'interesse protetto.

Approcci pragmatici di questo tipo sono presenti anche in materia di formazione del fascicolo per il dibattimento senza contraddittorio, dove l'irrilevanza dell'invalidità è stata giustificata sulla base dell'assenza di un effettivo pregiudizio per la difesa¹.

La mancanza di quel pregiudizio è stata evocata anche in materia di violazione del principio di correlazione tra accusa e sentenza².

Una impostazione simile è emersa poi con riferimento alle patologie della vocatio in iudicium: così, ad esempio sono state considerate sanate le nullità conseguenti alla notificazione contra legem dell'atto di citazione se è provato che l'errore non ha precluso la conoscenza dell'atto e impedito il corretto esercizio del diritto di difesa³. Così, allo stesso modo, la mancata partecipazione dell'imputato legittimamente impedito all'udienza nel corso della quale si assumono prove riguardanti altre posizioni è stata ritenuta una nullità irrilevante non lesiva.

Allo stesso tempo, il raggiungimento dello scopo è servito per elaborare un principio generale cui ricorrere per giustificare sanatorie non previste dalla legge.

La giurisprudenza, poi, ha fatto ricorso a eccentriche teorie, quali quella dell'abuso del diritto per non riconoscere la nullità⁴; o ancora, è giunta a dichiarare abnormi i provvedimenti emessi nell'osservanza dei precetti normativi di cui agli art. 177 e ss. c.p.p.⁵.

Infine, quanto alla degradazione del regime trattamentale cui sottoporre le nullità non si può non dare atto del perenne tentativo di depotenziare le nullità assolute, qualificandole come nullità a regime intermedio⁶. Allo stesso modo queste ultime vengono degradate a nullità relative, mentre le nullità relative finiscono con l'integrare mere irregolarità.

¹ Cass. Sez. III, 3 dicembre 2013, Mitidieri, Rv. 251081, 192.

² Cass. Sez. un., 15 luglio 2010, Carelli, in Arch. n. proc. pen., 2011, 192.

³ Cass. Sez. un., 27 marzo 2008, X, in Cass. pen. 2008, 4009.

⁴ Cass. Sez. un., 29 settembre 2011, Rossi, in Cass. pen., 2012, p. 2410 ss.

⁵ Cass. Sez. un., 20 dicembre 2007, Battistella, in Riv. it. dir. proc. pen., 2008, p. 1363 ss.

⁶ Cass. Sez. un., 27 marzo 2008, Micciullo, in Guida dir., 2008, f. 25, p. 77 ss.

Il rapido sguardo gettato sull'attuale atteggiamento della giurisprudenza in materia di nullità ha permesso di cogliere, per un verso, come i giudici cerchino in realtà di definire i processi, assicurandone la ragionevole durata ed al contempo dovendo fare i conti con la legalità processuale; per l'altro, è chiaro che così facendo il giudice finisce, talvolta, col sostituirsi al legislatore, creando nuove norme di diritto, svincolate dai riferimenti normativi, o eversive degli stessi, col risultato di alterare l'ordine costituzionale del processo.

I percorsi esegetici proposti, si discostano alquanto dal dato legislativo. In effetti, l'accertamento delle invalidità è integrato da un'indagine volta a verificare e reprimere soltanto le violazioni effettive dei diritti e degli interessi tutelati dalle norme, nell'ottica di un bilanciamento tra garanzie individuali ed economia processuale.

Un approccio fondato sulla diagnosi di meritevolezza di tutela e di concreta offensività, pur garantendo un miglior adattamento della norma al caso specifico, genera però l'indesiderato risultato di creare spazi di discrezionalità troppo ampi, che potrebbero facilmente sconfinare nel soggettivismo, ancora una volta in netta antitesi con la legalità processuale e con il principio di tassatività oltreché suscettibile di minare l'imparzialità del giudice.

Posto che, nei fatti, il criterio del pregiudizio effettivo funziona come una sanatoria non codificata, perché legata ad una specifica valutazione effettuata di volta in volta dal giudice, va da sé che quest'ultimo, per verificare l'esistenza o no di un concreto pregiudizio in capo all'imputato che invoca l'invalidità dell'atto, deve necessariamente collocarsi proprio nella posizione processuale di chi lamenta il mancato rispetto delle forme, risultandone, così, psicologicamente coinvolto.

D'altra parte, anche invocare l'approccio antiformalistico della Corte di Strasburgo - pensato per una valutazione da compiersi ex post di un processo già concluso e solo in funzione della tutela minimale dei diritti in sede internazionale – si risolve in un errore di prospettiva: i giudici europei non si occupano di violazioni di norme, ma di violazioni di diritti; donde la priorità riservata al tema della effettiva lesione di questi ultimi.

Un ulteriore elemento di criticità attiene alla prova informatica. In un momento storico in cui si registra l'imminente – se non già imminente – ingresso nelle indagini di strumenti di intelligenza artificiale, il rispetto delle best practices internazionali per la raccolta, la conservazione, la custodia delle digital evidences risulta essere privo di una effettiva copertura legislativa, relegando, tra l'altro, nell'alveo dell'atipicità la prova digitale.

Manca, inoltre, una disciplina che correli l'utilizzabilità del dato digitale al rispetto di regole e procedure (anche tecniche) predeterminate, quale garanzia della genuinità, tracciabilità, e affidabilità della prova.

FINALITA' E OBIETTIVI DELLA PROPOSTA

Appare necessario porre un freno alla deriva giurisprudenziale ed agli orientamenti elusivi del dettato positivo riaffermando con forza il tema della legalità processuale, unico presidio che protegge l'imputato di fronte all'autorità. In questo senso, la proposta è volta a riproporre la regola originaria dettata dal c.p.p.: le nullità formali e tassative devono essere solo constatate mediante il raffronto dell'atto concreto con il modello legale. Bisogna, quindi, imporre per legge il divieto per il giudice di sindacare sulla concreta offensività del vizio rispetto a tutte le nullità formali e tassative.

Se si ritenesse, invece, inevitabile arrendersi al criterio del pregiudizio effettivo in ossequio alla massima efficienza, bisognerebbe individuare un nucleo forte dei principi che non possono in nessun modo cedere il passo alla ragionevole durata e a ragioni di efficienza.

Si dovrebbe, pertanto, graduare la risposta ordinamentale alla gravità del vizio. Facendo tesoro dell'esperienza statunitense, si potrebbe circoscrivere per legge l'area del sindacato giurisdizionale sulla concreta offensività del vizio alle sole nullità relative, perché meno gravi, "non strutturali". Risulterebbe così attenuato il peso processuale

di vizi che hanno un impatto meno forte sul sistema, senza indebolire troppo le garanzie.

Sul versante della prova informatica, la previsione legislativa di strumenti che siano in grado di assicurare in sede di formazione della prova il contraddittorio anche tecnico aiuterebbe, tra le altre cose, ad arginare un utilizzo incontrollato – e incontrollabile – dell'intelligenza artificiale come strumento di accertamento dei fatti di reato.

Il Consiglio Direttivo

Prof. Avv. Luca Lupària Donati

Prof. Avv. Simone Lonati