



1624/15



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
PRIMA SEZIONE PENALE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. MARIA CRISTINA SIOTTO
Dott. MASSIMO VECCHIO
Dott. ENRICO GIUSEPPE SANDRINI
Dott. FILIPPO CASA
Dott. ALESSANDRO CENTONZE

UDIENZA CAMERA DI
CONSIGLIO
DEL 16/12/2014

- Presidente - ORDINANZA
- Rel. Consigliere - N. 3601/2014
- Consigliere - REGISTRO GENERALE
N. 48811/2013
- Consigliere -
- Consigliere -

ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

sul ricorso proposto da:

MARITAN SILVANO N. IL 03/02/1947

avverso l'ordinanza n. 2865/2013 TRIB. SORVEGLIANZA di
TORINO, del 19/06/2013

sentita la relazione fatta dal Consigliere Dott. MASSIMO VECCHIO;

Letta la requisitoria del Pubblico Ministero, in persona del dott. Francesco Salzano, sostituto procuratore generale della Repubblica presso questa Corte, il quale ha concluso per l'annullamento del provvedimento impugnato con rinvio al giudice di merito per nuovo esame.

Rileva

1. – Con ordinanza deliberata il 19 giugno 2013 e depositata il 21 giugno 2013 il Tribunale di sorveglianza di Torino ha confermato la reclamata ordinanza del Magistrato di sorveglianza di Cuneo, 29 aprile 2013, di rigetto della richiesta di permesso premio, avanzata dal condannato Silvano Maritan.

2. – Il condannato ha proposto ricorso per cassazione, personalmente, mediante atto recante la data del 17 agosto 2013, eccependo la nullità del provvedimento per l'omesso avviso della udienza di trattazione del reclamo ai difensori di fiducia, all'uopo nominati, avvocati Andrea Ciurlo ed Emanuele Fragasso.

3. – Il procuratore generale della Repubblica presso questa Corte suprema di cassazione, mediante atto s.d., depositato il 7 agosto 2014, ha osservato *ad adiuvandum*: sebbene non rilevi la nomina (quale ulteriore difensore) dell'avvocato Fragasso, effettuata tardivamente dal ricorrente dopo la spedizione dell'avviso, 20 maggio 2013, della udienza di trattazione del reclamo; la nomina dell'avvocato Ciurlo era stata fatta dal Maritan in calce alla impugnazione e, pertanto, tempestivamente; orbene, l'omesso avviso al ridetto difensore della udienza camerale del 19 giugno 2013, di trattazione del reclamo, ha comportato la lesione del diritto di difesa e la conseguente «nullità dell'intero procedimento»; nei procedimenti di esecuzione e di sorveglianza, infatti, «la mancata notifica al difensore di fiducia [...] dell'avviso della udienza in camera di consiglio determina una nullità di ordine generale, assoluta, insanabile della udienza, non di meno tenuta in presenza del difensore di ufficio, e degli atti successivi, compresa la ordinanza conclusiva, ai sensi degli articoli 178, lettera c), e 179 cod. proc. pen.».

4. – La deduzione del ricorrente è fondata in punto di fatto, nei termini che seguono.

Con l'atto di reclamo il Maritan nominò l'avvocato Ciurlo proprio difensore.

Il Tribunale di sorveglianza non tenne, tuttavia, conto della ridetta designazione: il decreto presidenziale 20 maggio 2013, di fissazione della udienza in camera di consiglio del 19 giugno 2013, per la trattazione del gravame, col contestuale avviso relativo, fu, infatti, notificato, all' avvocatessa Michela Malerba, nominata difensore di ufficio dallo stesso decreto.

Il rilievo assorbe la questione dell'avviso (non dovuto) al difensore (avv. Fragasso), nominato tardivamente dopo la spedizione dell'avviso della udienza in camera di consiglio al difensore nominato di ufficio (Sez. 1, n. 19442 del 23/04/2008 - dep. 15/05/2008, Errante, Rv. 240289).

5. – La omissione comporta, in linea di principio, la nullità generale del procedimento camerale e del provvedimento relativo.

Invero, l'articolo 666 cod. proc. pen. (richiamato dall'articolo 678 cod. proc. pen.) prescrive, ai commi 3 e 4 (salvi i casi contemplati dal comma 2), il procedimento camerale partecipato, ai sensi dell'articolo 127 cod. proc. pen., con l'avviso della udienza alla parti e ai difensori e con l'ulteriore requisito dell'intervento necessario del difensore e del Pubblico Ministero.

Secondo il principio di diritto, affatto pacifico nella giurisprudenza di legittimità, le comminatorie di nullità di ordine generale e quelle di carattere assoluto, rilevabili di ufficio in ogni stato e grado del procedimento, ai sensi degli articoli 178 e 179 cod. proc. pen., trovano applicazione anche nei procedimenti camerale partecipato di esecuzione o di sorveglianza, per effetto della estensiva interpretazione delle ridette disposizioni generali, concernenti (letteralmente) l'intervento e l'assistenza dell' *imputato* ovvero l'assenza del suo difensore.

6. – La considerazione che precede non è, tuttavia, risolutiva nel caso di specie.

Infatti alla udienza camerale del 19 giugno 2013 l'avvocato Pier Franco Bottacini, designato in sostituzione del difensore di ufficio, avvisato e non comparso (avvocata Michela Malerba), non eccipì l'omesso avviso all'avvocato Ciurlo (nominato dal reclamante con l'atto di impugnazione) e, invece, concluse nel merito, insistendo per l'accoglimento del reclamo.

Assume, pertanto, decisivo rilievo la *quaestio iuris* se la nullità in parola abbia carattere assoluto, ovvero no, dovendosi, nel caso della soluzione negativa, reputare che la nullità generale (a regime intermedio), conseguita all'omissione dell'avviso dovuto all'avvocato Ciur-

lo sia stata sanata ai sensi dell' articolo 182, commi 2 e 3, cod. proc. pen. per effetto della acquiescenza difensiva e della decadenza della parte dal diritto di far valere la invalidità.

La soluzione positiva comporta l'accoglimento del ricorso; quella negativa comporta, invece, il contrario epilogo del rigetto della impugnazione.

7. – Sulla questione in parola è dato censire nella giurisprudenza di legittimità due contrapposti orientamenti (anche in seno a questa stessa Sezione), oggetto, peraltro, di recentissima segnalazione del Massimario.

7.1 – Secondo un primo indirizzo, l'omissione della notificazione dell'avviso di udienza al difensore di fiducia dell'imputato è causa di nullità assoluta (Sez. II, n. 2784 dell'11 ottobre 1991 - dep. 16 marzo 1992, Sanino ed altro, Rv. 189389; cui *adde* Sez. 1, n. 1632 del 21/04/1993 - dep. 02/07/1993, Reale, Rv. 194588; Sez. V, n. 2317 del 18 febbraio 1997, Santoro, Rv. 207011; Sez. 1, n. 2418 del 29/04/1998 - dep. 11/06/1998, Pepitoni, Rv. 210773; Sez. V, n. 1760 del 13 dicembre 2004 - dep. 21 gennaio 2005, Cerenza, Rv. 231291; Sez. III, n. 6240 del 14 gennaio 2009, Plaka, Rv. 242530; Sez. I, n. 43095 dell'11 novembre 2011, Mastrone, Rv. 250997; Sez. III, n. 46714 dell'11 ottobre 2012, Ermonsele, Rv. 253873; Sez. IV, n. 7968 del 6 dicembre 2013 - dep. 19 febbraio 2014, Di Mattia, Rv. 258615).

L'indirizzo è stato, da ultimo, ribadito da Sez. 1, n. 20449 del 28/03/2014 - dep. 16/05/2014, Zambon, Rv. 259614.

La sentenza così motiva: *«L'ipotesi di mancanza della difesa tecnica si realizza non solo nel caso, estremo, in cui il dibattimento si svolge in assenza di qualunque difensore dell'imputato, ma anche nel caso in cui il difensore di fiducia, non presente poiché non avvisato, venga sostituito da un difensore di ufficio appositamente nominato. In tal caso, infatti, la nomina del difensore di ufficio avviene al di fuori delle ipotesi consentite dall'articolo 97, comma 3, cod. proc. pen., e, soprattutto, non rimedia alla intervenuta lesione del diritto dell'imputato di scegliere il proprio difensore e di essere assistito, nei casi in cui l'assistenza tecnica è obbligatoria, non da un qualunque difensore ma dal "suo difensore", come letteralmente recita il disposto dell' articolo 179, comma 1, cod. proc. pen.»*.

In ordine a tale ultimo profilo le citate sentenze Sez. 3, n. 6240 del 2009, Plaka, e Sez. 4, n. 7968 del 2014, Di Mattia, hanno argomentato che, in relazione alla previsione dell'articolo 179, comma 1, cod. proc. pen. della assenza del difensore, è irrilevante l'intervento del difensore di ufficio, in quanto il soggetto difeso non deve «essere



privato del diritto di affidare la propria difesa alla persona che riscuote la sua fiducia e che abbia avuto la possibilità di prepararsi adeguatamente nel termine stabilito per la comparizione».

7.2 – Il contrario indirizzo trova aggancio nel principio di diritto, espresso *per obiter dictum* – in materia di interrogatorio di garanzia, con riferimento alla questione della efficacia della nomina del difensore di fiducia effettuata ai sensi dell'articolo 123 cod. proc. pen., – da Sez. Un., n. 2 del 26/03/1997 - dep. 20/09/1997, Procopio, Rv. 208269, secondo la quale «*il mancato avviso al difensore di fiducia nominato tempestivamente [...] produce la nullità generale a regime intermedio di cui all'articolo 178 lett. c) cod. proc. pen.*».

La qualificazione della invalidità in parola come nullità generale, a regime intermedio, colla conseguente possibilità della sanatoria in difetto di mancata tempestiva eccezione a opera della parte privata assistita o del difensore designato di ufficio, è stata quindi affermata da successive pronunce in termini, sia in materia di procedimenti camerale partecipati, che in materia di giudizio: Sez. 1, n. 46898 del 22/09/2003 - dep. 05/12/2003, PM in proc. Barysiewicz, Rv. 226449; Sez. 2, n. 36 del 23/11/2004 - dep. 03/01/2005, Medile, Rv. 230225; Sez. III, n. 42074 del 16 ottobre 2008, Pusceddu, Rv. 241499; Sez. V, n. 10637 del 12 febbraio 2009, Caushi, Rv. 243164; Sez. II, n. 34167, 14 luglio 2009, Pellegrino Rv. 245242; Sez. V, n. 50581 del 7 novembre 2013, Parisi, Rv. 257820.

In particolare le citate sentenze Sez. 2, n. 36 del 2005, Medile, e n. 34167 del 2009, Pellegrino, hanno motivatamente confutato il carattere assoluto della nullità in parola.

Il più recente di tali arresti ha argomentato: «*l'articolo 179 cod. proc. pen. qualifica come nullità assoluta solo l'omessa citazione in giudizio dell'imputato e l'assenza del suo difensore nei casi in cui ne è prevista la presenza; non costituisce invece nullità assoluta l'omissione dell'avviso di fissazione dell'udienza al difensore, quando l'imputato non sia stato, in concreto, privato nella necessaria assistenza tecnica. In ordine all'interpretazione dell'articolo 179 cod. proc. pen. e, in particolare, della locuzione "assenza del suo difensore" non sembra lecito dubitare che la legge si riferisca in modo promiscuo e indistinto tanto al difensore d'ufficio e che a quello di fiducia; nel senso che l'assenza rilevante ai fini dell'articolo 179 cod. proc. pen. deve riguardare il professionista che assicura la difesa tecnica, a nulla rilevando che si tratti del difensore di fiducia o di quello d'ufficio: le due figure sono equiparate nel disegno del codice, sicché il silenzio della legge in ordine ad un'eventuale differenziazione di regime giuridico per i fini previsti dall'articolo 179 cod. proc. pen. depone decisamente per l'evocazione delle figura unitaria del difen-*

sore, comprensiva sia di quello di fiducia che di quello d'ufficio. Ne consegue che l'omesso avviso al difensore di fiducia della data fissata per l'udienza concreta una nullità di ordine generale prevista nell'articolo 178 cod. proc. pen. in quanto attinente all'assistenza dell'imputato. Essa [...] è [...] a regime intermedio, e pertanto soggetta alla disposizione di cui all'articolo 182, comma 2, cod. proc. pen. secondo cui la nullità di un atto deve essere eccepita dalla parte che vi assiste prima del suo compimento ovvero, quando ciò non è possibile, subito dopo, laddove il termine "parte" si riferisce tanto all'imputato che al suo difensore».

Il profilo della equiparazione tra il difensore di ufficio e quello di fiducia è stato approfondito dalla sentenza Sez. 2, n. 36 del 2005, Medile, la quale ha osservato: il vigente «codice di procedura penale ha profondamente innovato quello precedente e, ispirandosi all'esigenza di assicurare la concreta ed efficace tutela dei diritti dell'imputato, ha attuato la sostanziale equiparazione della difesa d'ufficio a quella di fiducia. Tale constatazione è innegabile, ove si consideri che [...] il d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115 (Testo unico delle spese di giustizia) all'articolo 103 dispone che "Nei cui in cui si deve procedere alla nomina di un difensore d'ufficio, il giudice, il pubblico ministero e la polizia giudiziaria informano la persona interessata delle disposizioni in materia di patrocinio a spese dello Stato e dell'obbligo di retribuire il difensore che eventualmente è nominato d'ufficio, se non ricorrono i presupposti per l'ammissione a tale beneficio." [...] Né la posizione processuale del difensore d'ufficio può essere differenziata da quella del difensore di fiducia, per le ragioni innanzi precisate. Il difensore d'ufficio e quello di fiducia hanno ormai gli stessi diritti e doveri ed ambedue devono tutelare l'intera situazione processuale e sostanziale dell'assistito nel superiore interesse del ministero difensivo. [...] In ogni caso a tale minima verifica [della omessa citazione del difensore di fiducia] non è sottratto il difensore d'ufficio, che ha l'obbligo d'assolvere con diligenza minima i propri doveri istituzionali».

7.3 – Tale indirizzo è stato recentemente riaffermato, in consapevole contrasto con quello opposto (e, segnatamente, con Sez. 1, n. 20449 del 28 marzo 2014, Zambon, cit.), dalla sentenza della Sez. 1, n. 52408 del 1°/10/2014, Depalmas, n.m..

7.4 – Il Collegio reputa che l'orientamento in parola meriti di essere tenuto fermo.

Giova ricordare che l'articolo 179, comma 1, cod. proc. pen. dispone: «Sono insanabili e sono rilevate di ufficio in ogni stato e grado del procedimento le nullità previste dall'articolo 178 comma 1 lettera a), quelle concernenti l'iniziativa del pubblico ministero nell'esercizio dell'azione penale e quelle derivanti dalla omessa citazione dell'im-

putato o dall'assenza del suo difensore nei casi in cui ne è obbligatoria la presenza».

7.4.1 – Orbene, per la confutazione della tesi che, in caso di omesso avviso del difensore di fiducia, sia configurabile la ridetta ipotesi di nullità assoluta (della assenza del difensore), a dispetto dell'intervento del difensore di ufficio, un decisivo argomento è offerto, innanzi tutto, proprio da uno degli arresti del primo indirizzo, innanzi censito (v. *supra* § 7.1): la sentenza ha riconosciuto che, in relazione alla «inosservanza delle disposizioni, concernenti l'avviso al difensore di fiducia dell'imputato e la sua partecipazione all'udienza, [...] manca una specifica previsione» sanzionatrice (Sez. 5, n. 2317 del 1997, Santoro, cit.).

Sicché, se pacificamente la invalidità in parola è riconducibile nel novero di quelle contemplate dall'articolo 178, comma 1, lettera c), cod. proc. pen., ricorrendo la inosservanza delle disposizioni concernenti l'assistenza dell'imputato, il principio di "tassatività", stabilito dall'articolo 177, comma 1, cod. proc. pen., osta alla ulteriore qualificazione della succitata nullità generale come assoluta.

7.4.2 – Dirimente appare l'argomento testuale, fondato sul tenore obiettivo della norma: il legislatore connette la nullità assoluta alla 'assenza' del difensore «nei casi in cui ne è obbligatoria la presenza»; e, pertanto, la 'presenza' del difensore (di fiducia, ovvero di ufficio che sia) esclude la nullità assoluta.

L'assunto che l'aggettivo possessivo 'suo', contenuto nella disposizione, siccome riferito all'imputato e connotante il nome 'difensore', valga a conferire al sostantivo il significato di 'difensore di fiducia', appare all'evidenza privo di qualsiasi fondamento, sia grammaticale che logico - sistematico.

Ma in limine soccorre l'argomento *per absurdum*. La lettura della norma nel senso preteso: «Sono insanabili e sono rilevate di ufficio in ogni stato e grado del procedimento le nullità [...] derivanti dalla omessa citazione dell'imputato o dall'assenza del 'difensore di fiducia' [dell'imputato] nei casi in cui ne è obbligatoria la presenza», comporterebbe la conclusione – per vero assurda e inaccettabile – della esclusione della nullità assoluta nei casi in cui, in difetto della nomina di alcun difensore di fiducia, l'udienza sia celebrata senza avviso e senza intervento del difensore di ufficio, non ostante la obbligatorietà dell'assistenza difensiva.

Non occorre ulteriormente indugiare sul rilievo che la comminatoria della nullità assoluta è evidentemente finalizzata ad assicurare la assistenza difensiva, nei casi in cui è obbligatoria la presenza del difensore, sicché, se la disposizione venisse interpretata come riferita al (solo) difensore di fiducia, sarebbe, allora, irragionevolmente sottrat-

ta al regime della nullità assoluta la inosservanza delle disposizioni circa la presenza obbligatoria del difensore, quando costui sia stato nominato di ufficio.

7.4.3 – Epperò il criterio logico-giuridico – al pari di quello letterale – impone di riconoscere che l'articolo 179, comma 1, cod. proc. pen. contempla il caso della oggettiva assenza del difensore dell'imputato, nulla rilevando che si tratti di difensore di fiducia ovvero di ufficio.

E in proposito, il tema della equiparazione tra il difensore di fiducia e quello di ufficio, alla stregua del vigente codice di rito, è stato adeguatamente approfondito nelle sentenze citate.

7.4.4 – È, piuttosto, appena il caso di confutare le obiezioni secondo le quali: a) l'imputato non deve essere privato del diritto di nominare il difensore di fiducia; b) deve essere assicurata adeguata preparazione per la difesa.

La negazione del carattere assoluto nella nullità non compromette certamente la tutela del diritto di scelta del difensore fiduciario, che può essere fatto valere disgiuntamente dalla parte, se presente, ovvero dal difensore nominato di ufficio.

La seconda obiezione è resistita dal rilievo che il difensore di ufficio ha il dovere professionale di preparare adeguatamente la difesa (esattamente come quello di fiducia) e che, comunque, la legge riconosce al difensore di ufficio il «*diritto a un termine congruo*» per l'adempimento del suo ministero (articolo 108, comma 1, cod. proc. pen.).

7.4.5 – La conclusione raggiunta è, infine, confortata da considerazioni di carattere sistematico.

Nell'ordinamento le nullità assolute si correlano a patologie radicali del processo le quali, a dispetto della apparente sequela degli atti, ne impediscono, sul piano della realtà assiologia, la effettiva evoluzione attraverso le fasi e i gradi, sicché trova applicazione il rigoroso ed eccezionale regime della rilevabilità in ogni stato e grado, affatto speculare alla intrinseca insanabilità della invalidità.

Si tratta dei vizi che incidono sulla essenza stessa del processo:

- la inosservanza delle disposizioni concernenti la capacità del giudice e il numero dei giudici necessario per costituire i collegi stabilito dalle leggi di ordinamento giudiziario;
- la iniziativa del Pubblico Ministero nell'esercizio della azione penale;
- la omessa citazione dell'imputato;

– la assenza del difensore (dell'imputato) nei casi in cui ne è obbligatoria la presenza.

Insanabilmente nullo è, pertanto, solo il processo che abbia di fatto (apparente) sviluppo, senza un giudice (capace nei sensi indicati), ovvero senza l'iniziativa del Pubblico Ministero nell'esercizio della azione penale, ovvero senza la citazione dell'imputato, ovvero senza la partecipazione del difensore (quando è obbligatoria).

In tale prospettiva risulta palese che non sono assimilabili le ipotesi – affatto diverse in rapporto alle situazioni processuali e alla incidenza sul diritto di difesa – (a) del procedimento svoltosi in assenza della (prescritta) partecipazione di alcun difensore e, dunque, senza difesa tecnica; (b) del processo celebrato, invece, con l'intervento del difensore di ufficio, sebbene con inosservanza delle disposizioni relative all'avviso (e alla conseguente partecipazione) del difensore di fiducia erroneamente pretermesso.

Affatto coerente col sistema processuale risulta, dunque, la configurazione della nullità assoluta solo nel caso della radicale e oggettiva assenza del ministero difensivo dovuto.

7.4.6 – Mentre non merita di essere secondata l'opzione ermeneutica della proliferazione delle nullità assolute, *oltre* – e, dunque, *contro* – la previsione dei casi tassativamente contemplati.

Il tentativo contraddice, oltretutto, l'essenza stessa del processo: ne snatura la funzione tipica, di ordinata sequela di atti orientati alla decisione, evolventesi attraverso stati, fasi e gradi, scanditi dalle correlate preclusioni endoprocessuali (inibitrici della regressione), alle quali si giustappone il regime delle nullità assolute.

La preclusione, da un canto, e la nullità assoluta, dall'altro, - con gli assetti di interessi e valori, rispettivamente sottesi - costituiscono i poli del divenire del processo e assicurano l'equilibrio del sistema.

Epperò, la indebita espansione delle nullità assolute (fuori da ogni ipotesi connaturata alla radicalità della patologia e alla conseguente, intrinseca insanabilità del vizio) compromette siffatto equilibrio e, dischiudendo il varco della regressione, degrada il procedimento in un caotico susseguirsi di atti rimesso, *ad libitum*, alla opportunistica scelta delle parti sull'*an* e sul *quando* far valere la invalidità in funzione del pronostico della finale decisione.

E tanto non deve ritenersi consentito, ostando i canoni della economia e della efficienza processuali, implicati – costituendone la coesenziale espressione – dal principio costituzionale della ragionevole durata dal processo, sancito dall'articolo 111 Cost., secondo comma, ultimo inciso.

Peraltro la evocata (e apprezzabile) esigenza della tutela del diritto alla difesa fiduciaria risulta adeguatamente assicurata della comminatoria della nullità generale a regime intermedio.

Il principio del giusto processo per vero comporta, col riconoscimento dei diritti della difesa, il coesenziale onere del loro esercizio, nelle forme e nei tempi stabiliti dalla legge.

8. – In conclusione, pur a fronte della (ritenuta) dimostrazione, alla stregua delle considerazioni che precedono, della qualificazione della invalidità in parola come nullità generale a regime intermedio, tuttavia la constatazione del radicato e annoso contrasto giurisprudenziale, testé illustrato, consiglia, ai sensi dell'articolo 618, comma 1, cod. proc. pen., la rimessione, di ufficio, del ricorso alle Sezioni Unite sul seguente quesito di diritto: *“Se l’omesso avviso della udienza di trattazione del procedimento al difensore di fiducia dell’imputato, in dipendenza dell’errore occorso per la mancata considerazione della tempestiva nomina, con la conseguente designazione del difensore di ufficio (intervenuto alla udienza), integri la ipotesi della nullità assoluta, contemplata dall’articolo 179, comma 1, cod. proc. pen., della assenza del difensore, ovvero una nullità generale, a regime intermedio, ai sensi dell’articolo 178, comma 1, lettera c), cod. proc. pen.”*.

P. Q. M.

Rimette il ricorso alle Sezioni Unite.

Così deciso, il 16 dicembre 2014.

IL CONSIGLIERE ESTENSORE
(Massimo Vecchio)



IL PRESIDENTE
(Maria Cristina Stotto)

