

Criminalia

Annuario di scienze penalistiche

2010

ESTRATTO



Edizioni ETS

RENATO BRICCHETTI

NULLITÀ DEGLI ATTI: IL PRINCIPIO DI TASSATIVITÀ
ALL'ESAME DELL'INTERPRETAZIONE GIURISPRUDENZIALE

1. Il sistema della nullità degli atti è fondato – come è noto – sul principio di tassatività (art. 177): l'inosservanza delle disposizioni stabilite per gli atti del procedimento è causa di nullità soltanto nei casi previsti dalla legge.

E i “casi previsti dalla legge” sono quelli di cui all'art. 178 ed alle varie disposizioni, disseminate nel codice ed in alcune leggi speciali.

Da qui la prima statica classificazione che caratterizza il sistema, quella tra *nullità a previsione (o di ordine) generale (art. 178)* e *nullità a previsione speciale*; ad una previsione per categorie (e le categorie di nullità di ordine generale si prestano sia a letture estensive sia ad approcci restrittivi) si contrappone, dunque, una tipizzazione per ipotesi specifiche.

Il sistema è imperniato, poi, su una seconda classificazione fondata sul regime normativo previsto per le anzidette categorie di nullità.

Le nullità di ordine generale possono, sotto tale profilo, essere *assolute (art. 179)* o *a regime intermedio (art. 180)*.

Non è possibile, invece, alla luce del combinato disposto degli artt. 179.1 e 180, che le nullità di ordine generale siano *relative*, sottoposte cioè al diverso regime di cui all'art. 181.

Soltanto la nullità a previsione speciale può dunque essere relativa, ma non è detto, naturalmente, che lo sia, non potendo escludersi che la disposizione sia riconducibile ad una delle tre classi normative generali di cui all'art. 178, soggiacenti agli altri diversi regimi ed essendo inoltre, dall'art. 179.2, espressamente prevista la possibilità di “nullità definite assolute da specifiche disposizioni di legge”.

Il sistema si fonda poi su un regime di preclusioni e sanatorie che non riguarda le nullità assolute.

In particolare, l'art. 182 – come spiega la rubrica – disciplina la *deducibilità*; non contempla, dunque, cause di sanatoria ma indica i requisiti affinché una parte sia legittimata a dedurre una nullità intermedia o ad eccepire una nullità relativa, a pena di inefficacia della deduzione o della eccezione. Le *sanatorie* trovano, invece, collocazione negli artt. 183 e 184.

2. L'esame della giurisprudenza formatasi in relazione alle disposizioni fin qui ricordate consente di affermare che l'approccio dei giudici alla materia è per lo più corretto.

Esistono, peraltro, aspetti del sistema che schiudono rischi interpretativi.

Si pensi in primo luogo alle *nullità a previsione speciale*, che costringono l'interprete ad una opera (talora) ardua di individuazione del regime normativo da applicarsi.

La verifica delle pronunce in argomento conduce, peraltro, a risultati abbastanza tranquillizzanti nel senso che, salvo pochi casi (errori naturalmente da evitare), l'approccio metodologico, quindi il processo di individuazione, è corretto.

2.1. Tra le nullità a previsione speciale si sono, ad esempio, *correttamente ritenute a regime intermedio* quelle derivanti:

- dall'omesso avviso *ex art. 103.3*, da parte dell'autorità giudiziaria, al consiglio dell'ordine forense del luogo (affinché il presidente o un consigliere da questo delegato possa assistere) allorquando si tratti di eseguire una ispezione, una perquisizione o un sequestro nell'ufficio di un difensore (cfr. Cass. III 4 ottobre 1994, Bellantoni, RV 200719, in motivazione);
- dall'inosservanza delle disposizioni di cui all'*art. 109* sulla lingua degli atti del procedimento penale (v. Cass. VI 15 febbraio 2006, Primoz, RV 233490); la giurisprudenza ha individuato, peraltro, un'ipotesi di nullità relativa in un caso di mancata traduzione, nella lingua del cittadino appartenente alla minoranza linguistica slovena, che ne abbia fatto richiesta, della sentenza conclusiva del giudizio di appello (Cass. VI 6 ottobre 1998, Pahor, RV 213326);
- dall'indecifrabilità grafica della sentenza, quando non sia limitata ad alcune parole e non dia luogo a una difficoltà di lettura agevolmente superabile "perché non solo si risolve nella sostanziale mancanza della motivazione ma in più determina una violazione del diritto al contraddittorio delle parti, pregiudicando la possibilità di ragionata determinazione in vista dell'impugnazione e di un'efficace difesa" (Cass. S.U. 28 novembre 2006, Giuffrida, RV 234916; Cass. S.U. 27 novembre 2008, R., RV 244118) ha, tuttavia, affermato che la mancanza assoluta di motivazione della sentenza non rientra tra i casi, tassativamente previsti dall'*art. 604 c.p.p.*, per i quali il giudice di appello deve dichiarare la nullità della sentenza appellata e trasmettere gli atti al giudice di primo grado, ben potendo lo stesso provvedere, in forza dei poteri di piena cognizione e valutazione del fatto, a redigere, anche

- integralmente, la motivazione mancante; tuttora, peraltro, ci si imbatte in decisioni che considerano la mancanza di motivazione della sentenza *ex artt. 125.3 e 546.3* fonte di nullità assoluta della medesima: v. da ultimo Cass. I 24 settembre 2008, p.m. in proc. Cascarano, RV 241132);
- dall'omessa motivazione (si ricordi che i decreti – come detto nell'*art. 125.3* – sono motivati, a pena di nullità, nei casi in cui la motivazione è espressamente prescritta dalla legge: cfr. *artt. 104.3, 127.8, 132, 244.1, 247.2, 253.1, 267.1, 321.3, 359-bis.2, 409.1, 414.1*) in ordine alle specifiche esigenze di cautela che ne hanno determinato l'adozione del decreto *ex art. 104* di differimento del colloquio con il difensore in vista della celebrazione dell'interrogatorio di garanzia (cfr., *ex plurimis*, Cass. VI 8 gennaio 2009, Motta, RV 242912);
 - dall'inosservanza dell'*art. 127.1* (in relazione all'*art. 127.5*) che disciplina gli atti introduttivi dell'udienza camerale ed il termine a comparire prevedendo che “quando si deve procedere in camera di consiglio, della data dell'udienza fissata va dato avviso alle parti, alle altre persone interessate e ai difensori almeno dieci giorni prima” (v. Cass. I 6 aprile 2000, De Nardi, RV 216198); lo stesso principio vale, nel procedimento di riesame, per l'inosservanza del termine di tre giorni liberi *ex art. 309.8* che deve intercorrere tra la data di comunicazione o notificazione dell'avviso di udienza e quella dell'udienza stessa (v. Cass. S.U. 17 aprile 1996, Pagnozzi, RV 205254);
 - dall'omessa notificazione, in tema di procedimento per la riparazione per l'ingiusta detenzione (v. *art. 315.3 in relazione agli artt. 646.1 e 127*), della domanda al Ministero dell'economia e delle finanze presso la competente sede distrettuale dell'Avvocatura dello Stato (Cass. S.U. 9 luglio 2003, Min. Economia in proc. Azgejui, RV 225471);
 - dall'inosservanza dell'*art. 127.3, primo periodo* (in relazione all'*art. 127.5*) che prevede, nel procedimento instauratosi a seguito di opposizione alla richiesta di archiviazione (*artt. 409.2 e 410.3*) che il pubblico ministero, gli altri destinatari dell'avviso e i difensori siano sentiti se compaiono (v., *ex plurimis*, Cass. V 25 gennaio 2008, p.o. in proc. Molinari, RV 239039);
 - dall'inosservanza della disposizione (*artt. 409.3 e 6 in relazione all'art. 127.1 e 5*) che prescrive di dare avviso al Procuratore generale della data della udienza in camera di consiglio fissata dal G.I.P. *ex art. 409.2*, nel caso in cui non ritiene di accogliere la richiesta di archiviazione presentata dal p.m. (Cass. VI 29 maggio 2002, p.m. in proc. Barigazzi, RV 222627);
 - dalla violazione dei principi del contraddittorio *ex artt. 309.8 e 127.3* (in relazione all'*art. 127.5*), segnatamente del diritto delle parti di interloquire,

- in caso di acquisizione fuori udienza, da parte del tribunale del riesame, di informative di polizia giudiziaria integranti il contenuto di decreti di autorizzazione delle intercettazioni, motivati *per relationem* (Cass. IV 17 giugno 2003, Cadri, RV 226384; nello stesso senso, con riguardo al procedimento *de libertate* d'appello, Cass. VI 17 maggio 1995, Lucarelli, RV 202307; Cass. VI 12 febbraio 2003, Putignano, RV 227376);
- dall'inosservanza della procedura di cui all'art. 127 con la garanzia del contraddittorio (*art. 127.3* in relazione all'*art. 127.5*) nel caso in cui la decisione del giudice sull'opposizione proposta contro il decreto del p.m. che abbia disposto, nel corso delle indagini preliminari, la restituzione delle cose sequestrate sia assunta *de plano* (Cass. VI 10 marzo 2003, Cocco, RV 225972);
 - della disposizione dell'*art. 127.4* (in relazione all'*art. 127.5*) che prevede che l'udienza sia rinviata se sussiste un legittimo impedimento dell'imputato o del condannato che ha chiesto di essere sentito personalmente e che non sia detenuto o internato in luogo diverso da quello in cui ha sede il giudice (con riguardo ad un giudizio d'appello di camerale v. Cass. VI 14 ottobre 1996, Surace, RV 206890);
 - dalla violazione delle disposizioni circa la persona a cui deve essere consegnata la copia della citazione [*art. 171.1 d*)], sempre che non appaia in astratto o risulti in concreto inidonea a determinare la conoscenza effettiva dell'atto da parte del destinatario (nel qual caso integra invece la nullità assoluta ed insanabile di cui all'art. 179.1: Cass. S.U. 27 ottobre 2004, Palumbo, RV 229540; Cass. S.U. 27 marzo 2008, Micciullo, RV 239396);
 - dall'inosservanza delle modalità prescritte dal giudice nel decreto previsto dall'*art. 150* [*art. 171.1 h*)] (Cass. III 4 dicembre 2007, Rossi, RV 239467);
 - dal difetto di tempestiva notifica *ex art. 369-bis.1*, alla persona sottoposta alle indagini della comunicazione della nomina del difensore d'ufficio (v., tra le altre, Cass. II 26 gennaio 2006, Squarcia, RV 233803);
 - dall'inosservanza delle prescrizioni concernenti l'avviso di conclusione delle indagini preliminari – come fissate all'*art. 415-bis* in relazione all'*art. 416.1* (v., ad esempio, Cass. I 2 dicembre 2008, p.m. in proc. Barcellona, RV 242075) e all'*art. 552* (Cass. I 10 febbraio 2010, p.m. in proc. Ly, RV 246249) (non sono condivisibili le, in verità poche, decisioni che qualificano detta nullità come relativa: v. da ultimo Cass. II 11 giugno 2010, Sica, RV 248302);
 - dal mancato rispetto del termine di dieci giorni (*art. 419.2* e 7) entro il quale deve essere notificato all'imputato ed alla persona offesa dal reato l'avvi-

- so di fissazione dell'udienza preliminare (Cass. I 5 dicembre 2001, Zuccaro, RV 220440);
- dalla dichiarazione di contumacia pronunciata in presenza della prova che l'assenza dell'imputato sia dovuta ad assoluta impossibilità di comparire per legittimo impedimento (*art. 420-quater.4*) (v. Cass. III 20 dicembre 2006, Hodaj, RV 236176);
 - dall'insufficiente indicazione nel decreto che dispone il giudizio (*art. 429.2*) degli elementi atti ad identificare l'imputato (Cass. VI 7 maggio 1999, Lucini, RV 214540) ;
 - dal difetto di correlazione, in sentenza, tra imputazione e fatto accertato dal giudice (cfr., fra molte, Cass. VI 25 marzo 2010, Tommasi, RV 246740); più in generale dall'inosservanza, ex *art. 522.1*, delle disposizioni previste negli artt. 516 ss. in tema di modificazioni dell'imputazione e di diritto di difesa dell'imputato;
 - dalla mancanza o erroneità nel decreto di citazione diretta a giudizio dell'avviso di cui all'*art. 552.1 f*) (Cass. VI 25 marzo 2004, Cipriano, RV 228228).

2.2. L'elencazione – sia chiaro – non pretende di essere esaustiva.

In taluni casi, tra l'altro, il regime della nullità speciale è così evidente da non avere mai richiesto pronunce degne di massimazione.

Si pensi, ad esempio, alla nullità ex *art. 83.5* della citazione del responsabile civile o della sua notificazione, che, attenendo all'intervento di detta parte, è certamente a regime intermedio; e lo stesso è a dirsi della nullità per l'inosservanza dei termini di notificazione per l'udienza preliminare ex *art. 419.2 e 7* della citazione del responsabile civile e della persona civilmente obbligata per la pena pecuniaria, nonché, riguardando l'assistenza dell'indagato, della nullità di cui all'*art. 364.6* derivante dall'omessa specifica indicazione da parte del pubblico ministero dei motivi della deroga e delle modalità dell'avviso relative all'anticipazione di interrogatorio, ispezione o confronto nei casi di assoluta urgenza.

Spesso, inoltre, la previsione è di conio recente e quindi di essa la giurisprudenza di legittimità non è ancora stata chiamata ad occuparsi: si pensi all'*art. 224-bis.7* che prevede la nullità dell'atto di esecuzione coattiva del prelievo di capelli, di peli o di mucosa del cavo orale su persone viventi ai fini della determinazione del profilo del DNA o accertamenti medici se la persona sottoposta al prelievo o agli accertamenti non è assistita dal difensore nominato, altra indiscutibile nullità di ordine generale ex *art. 178.1 c*), a regime intermedio.

Talora, infine, la previsione contiene indicazioni inequivocabili come nel

caso dell'*art. 274.1a*) (che impone che le “specifiche ed inderogabili esigenze attinenti alle indagini relative ai fatti per i quali si procede, in relazione a situazioni di concreto ed attuale pericolo per l’acquisizione o la genuinità della prova” siano fondate su circostanze di fatto che devono essere “espressamente indicate nel provvedimento a pena di nullità rilevabile anche d’ufficio”, rilevabilità d’ufficio che rappresenta, non trattandosi di nullità assoluta perché non rientrante nella previsione dell’*art. 179*, sicuro indicatore del regime intermedio della nullità) ed analoghe considerazioni valgono per la disposizione di cui all’*art. 292.2* (che detta, a pena di nullità “rilevabile anche d’ufficio” il contenuto che deve avere l’ordinanza che dispone la misura cautelare; si veda, in ogni caso, Cass. I 3 febbraio 2005, Abbruzzese, RV 231082).

2.3. Tra le nullità a previsione speciale sono state *correttamente ritenute relative* quelle derivanti:

- dalla mancata sottoscrizione del verbale da parte del pubblico ufficiale che lo ha redatto (v. Cass. IV 9 dicembre 1997, Di Pinto, RV 210637); non vi è totale chiarezza, invece, in ordine all’inosservanza dell’altra disposizione di cui all’*art. 142*, quella che prevede “salve particolari disposizioni di legge” che il verbale è nullo se vi è incertezza assoluta sulle persone intervenute (Cass. IV 11 novembre 2004, Mastronardi, RV 231846, ad esempio, sembra non considerarla relativa; in senso affermativo, invece, si pronuncia la sopra citata Cass. IV 9 dicembre 1997, Di Pinto, oltre che Cass. I 18 giugno 1993, Turiano, RV 194620);
- da situazioni di incapacità e incompatibilità dell’interprete *ex art. 144* (cfr. Cass. I 14 aprile 2010, Mailat, RV 247406) e del perito *ex art. 222.1* (v. Cass. I 27 ottobre 2009, Blefari Melazzi, RV 245938);
- dall’omissione dell’avvertimento riguardante la facoltà di astensione dal deporre (*art. 199.2*; o rendere sommarie informazioni al p.m. *ex art. 362* o alla polizia giudiziaria, *ex art. 351.1*) per i prossimi congiunti dell’imputato e dell’indagato (v., *ex multis*, Cass. V 12 marzo 2010, D’E., RV 246715; Cass. I 19 marzo 2009, P.G. in proc. Patitucci, RV 243574);
- dall’omessa citazione (*art. 324.6* in relazione all’*art. 127.3 e 5*) del terzo proprietario del bene sequestrato per l’udienza di riesame del provvedimento impositivo della misura impugnato dall’indagato (Cass. S.U. 30 giugno 1999, Lotto, RV 213935);
- dall’omessa notificazione (*art. 419.1 e 7*) alla persona offesa dal reato dell’avviso di fissazione dell’udienza preliminare (v. Cass. IV 7 febbraio 2008, p.o. in proc. Pancin, RV 238938);

- dall'inosservanza della disposizione (*art. 471.1*) che prevede che l'udienza dibattimentale sia pubblica (Cass. S.U. 21 aprile 1995, Zoccoli, RV 201378);
- dal mancato invito in dibattimento al testimone a rendere la dichiarazione sacramentale di cui all'*art. 497.2* (v., *ex plurimis*, Cass. VI 27 novembre 2008, Verderame, RV 241661) o a fornire le proprie generalità (cfr. Cass. IV 23 marzo 1994, Cerqua, RV 199211);
- dalla violazione del diritto di replica spettante nell'udienza dibattimentale all'imputato ed al difensore ai sensi dell'*art. 523.5* (Cass. III 14 luglio 2010, Lavia, RV 248630) ;
- dalla mancata o incompleta sottoscrizione della sentenza (*art. 546.3*; si veda altresì l'*art. 426.3*) da parte del giudice che l'ha emessa (cfr. Cass. IV 20 maggio 2010, Frati, RV 247821; Cass. III 14 ottobre 2008, Ruà, RV 241432).

2.4. In questo settore si incontrano, peraltro, anche significative cadute di attenzione.

È stata, ad esempio, *erroneamente ritenuta relativa* la nullità a previsione speciale derivante dalla mancata o insufficiente enunciazione del fatto oggetto dell'imputazione nel decreto che dispone il giudizio [*art. 429.2 in relazione all'art. 429.1c*].

Non può condividersi, invero, l'affermazione secondo cui la predetta omissione non atterrebbe né all'intervento dell'imputato né alla sua assistenza o rappresentanza [v., ad esempio, Cass. V 25 marzo 2010, Di Bella, RV 247590; Cass. V 20 novembre 2009, L., RV 245374; analoghe affermazioni si riscontrano con riguardo al decreto di citazione diretta a giudizio di cui all'*art. 552.2 in relazione all'art. 552.1 f*): v. Cass. I 3 marzo 2000, Tancredi, RV 217123; Cass. I 30 marzo 2000, p.m. in proc. Hamidovic, RV 217123; Cass. I 11 novembre 1998, p.m. in proc. Cuciniello, RV 212357], né può sostenersi – come si legge in Cass. S.U. 20 dicembre 2007, p.m. in proc. Battistella – che l'*art. 181.3* qualifichi “espressamente” come relative tutte le nullità concernenti il decreto che dispone il giudizio.

L'*art. 181* non attribuisce il regime delle nullità relative alle classi di nullità che prende in considerazione, ma si limita a “dividere” le nullità relative concernenti gli atti delle indagini preliminari, gli atti compiuti nell'incidente probatorio e gli atti dell'udienza preliminare (comma 2) da quelle concernenti il decreto che dispone il giudizio e gli atti preliminari al dibattimento (comma 3) al solo fine di diversificare il termine entro il quale devono essere eccepite.

L'interprete, dunque, in presenza di una speciale previsione di nullità, concernente gli atti delle indagini preliminari, gli atti compiuti nell'incidente probatorio, gli atti dell'udienza preliminare, il decreto che dispone il giudizio e gli atti preliminari al dibattimento, deve sempre verificare, per individuarne l'eventuale regime intermedio o assoluto se essa sia riconducibile a quelle di ordine generale (ed a conferma si vedano in proposito anche le decisioni concernenti l'art. 429 di cui si tratta nel successivo paragrafo).

Un contrasto interpretativo sembra essersi creato in ordine alla natura della nullità derivante dalla violazione sia del termine a comparire "che non può essere inferiore di venti giorni" stabilito dall'art. 601, comma 3, c.p.p. (in tal senso cfr., per tutte, Cass. V, 10 novembre 2009, Maggiolini, RV 245844 che la considera a regime intermedio e Cass. VI 10 marzo 2009, Biagioni, RV 244174 che ritiene trattarsi di nullità relativa) sia del termine per la notificazione dell'avviso ai difensori di cui al comma 5 "almeno venti giorni prima della data fissata per il giudizio di appello" (Cass. V 18 giugno 2010, Mallia, RV 247908 ritiene trattarsi di nullità relativa; Cass. II 13 ottobre 1994, Manca, RV 200336 propende per il regime intermedio)

Non è certo tranquillizzante l'affermazione secondo cui darebbe luogo ad una nulla relativa, anziché a regime intermedio, l'assenza nella citazione dinanzi al giudice di pace dell'indicazione delle fonti di prova di cui si chiede l'ammissione (art. 20, comma 6, in relazione a comma 2, lett. e. del d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274) (Cass. V 13 aprile 2010, Di Gioia, RV 247591; Cass. II 13 gennaio 2009, La Barbera, RV 243949).

2.5. Tra le nullità a previsione speciale sono state, infine, *correttamente ritenute assolute* quelle derivanti:

- dall'omessa notificazione (*art. 419.1 e 7*) all'imputato dell'avviso di fissazione dell'udienza preliminare (Cass. S.U. 9 luglio 2003, Ferrara, RV 225361);
- dall'inesatta indicazione, nel provvedimento con cui l'interessato viene citato a giudizio [*art. 429.2 in relazione all'art. 429.1 f*], ma si tratta di considerazioni che valgono per ogni decreto contenente citazione a giudizio: *artt. 552, 601*, ecc.), della data di udienza (determinando un'incertezza sulla data in cui l'imputato avrebbe dovuto presentarsi equivale ad omessa citazione: v. Cass. I 30.9.2010, p.m. in proc. Osetskyy, RV 248575; Cass. III 3.12.2009, Sasso, RV 246228), del luogo di celebrazione dell'udienza (valgono le stesse considerazioni di cui sopra: Cass. VI 8 luglio 2010, Grasso, RV 248617; cfr. altresì Cass. VI 7 luglio 1998, Gabrini, RV 213051 secondo la quale qualora nell'atto che dispone il giudizio sia indicata un'aula specifi-

ca per la trattazione del processo, mentre questo è poi celebrato in aula diversa, si determina una situazione obiettivamente idonea a pregiudicare la possibilità di partecipazione dell'imputato al giudizio), della sezione davanti alla quale le parti devono comparire (naturalmente quando la Corte d'assise o il Tribunale, e per l'effetto del rinvio operato dall'art. 598 anche la Corte d'appello e la Corte d'assise d'appello, sono divisi in sezioni): Cass. V 19 settembre 1995, Branchi, RV 203005; Cass. III 24 febbraio 2000, Evola, RV 215830, che precisa che nullità assoluta si ha solo allorché la mancata indicazione della sezione giudicante è tale, in rapporto alla situazione concreta, da provocare un'incertezza assoluta sul luogo di comparizione e da pregiudicare, in termini effettivi, il diritto di intervento dell'imputato); in senso contrario (nel senso cioè dell'insussistenza di qualsivoglia nullità) vanno altre più recenti decisioni (Cass. V 23 novembre 1999, La Porta, RV 215195; Cass. VI 16 luglio 2009, Piccinini e altro, RV 244776 con riguardo all'art. 601.6); assai discutibilmente si è, poi, ritenuto che la mancata indicazione, nel decreto di citazione a giudizio, dell'ora di convocazione integri nullità relativa (Cass. I 1 dicembre 1999, Tropea, RV 215025).

3. Venendo alle *nullità di ordine generale*, deve convenirsi che esse pongono all'interprete un compito meno arduo (nella maggior parte dei casi), trattandosi soltanto di distinguere tra nullità assolute, nullità a regime intermedio ed inosservanze non rientranti nelle classi indicate dall'art. 178 o nelle ipotesi specificate dall'art. 179.1.

L'attività intesa a stabilire se l'inosservanza sia riconducibile ad una delle categorie anzidette va compiuta con grande attenzione, ma anche la verifica delle sterminate pronunce sul punto è abbastanza rassicurante.

3.1. Di regola l'opera di qualificazione è correttamente compiuta. Nondimeno gli errori rilevati non sono pochi.

In primis l'errore di ritenere "relativa" una nullità non prevista specificamente dalla legge.

Relative sono state ritenute, ad esempio, le nullità derivanti:

- dalla circostanza che la dilazione dei colloqui ex art. 104 fra l'indagato detenuto e il suo difensore sia stata disposta nel corso delle indagini preliminari dal p.m., anziché dal G.I.P. (Cass. I 2 giugno 1994, Caponnetto, RV 198902);

- dalla mancata traduzione, nella lingua dell'imputato, dell'avviso di fissazione dell'udienza preliminare (Cass. I 2 novembre 1995, Marino, RV 203492), dell'ordinanza con la quale il G.I.P. dispone, all'esito dell'udienza di convalida dell'arresto in flagranza, la custodia cautelare in carcere (Cass. III 6 aprile 2005, Lin Ge, RV 231387); dal rifiuto del giudice di nominare un interprete qualora il difensore dell'imputato ne chieda la nomina ai sensi dell'*art. 143.2*, per la traduzione di scritti compilati in lingua straniera (Cass. V 11 dicembre 1997, Tassinari, RV 209810);
- dal rilascio di delega da parte del perito ad un terzo dell'incarico affidatogli dal giudice per le indagini preliminari di accertare la eventuale identità di reperti ematici, qualora tale delega non sia stata autorizzata ai sensi dell'*art. 228.2* (Cass. I 29 dicembre 1993, Cimei, RV 197471);
- dall'omesso avviso di deposito, previsto dall'*art. 366*, del verbale contenente i risultati dell'alcooltest (Cass. IV 16 settembre 2003, p.m. in c. Della Luna, RV 227294; Cass. V 22 febbraio 1996, p.m. in proc. Maccari, RV 205122);
- dal mancato rispetto, in tema di incidente probatorio, del termine previsto dall'*art. 398.2c* per lo svolgimento dell'udienza (Cass. V 22 novembre 2005, Bratti, RV 233389);
- dalla "irrituale compressione" ad opera del giudice dei tempi di svolgimento dell'esame e del controesame di una prova testimoniale assunta in incidente probatorio (Cass. III 9 gennaio 2009, Osaigbovo, RV 243094);
- dall'omessa preliminare audizione, da parte del giudice, delle parti sulla regolare costituzione del rapporto processuale, prevista dall'*art. 420-quater.1*, che deve precedere la dichiarazione di contumacia (Cass. V 27 gennaio 2005, Grazia, RV 231489; correttamente la considerano a regime intermedio Cass. III 7 maggio 1998, Di Leo, RV 211530; Cass. III 18 gennaio 2008, Quarrella, RV 238943);
- dall'inosservanza, nel giudizio abbreviato, della disciplina della perizia, disposta dal giudice nell'esercizio dei suoi poteri officiosi (*art. 441.5*), prevista per il dibattimento, segnatamente dall'omessa effettuazione, dopo il deposito della relazione scritta, dell'esame del perito (Cass. IV 29 novembre 2004, Castelli, RV 230784);
- dall'instaurazione del giudizio direttissimo fuori dei casi previsti dalla legge (Cass. V 4 novembre 2008, Bigini, RV 241943);
- dall'inosservanza da parte del giudice dell'obbligo di sentire le parti prima di adottare la decisione di procedere "a porte chiuse" ex *art. 472* (Cass. III 5 marzo 2009, Sampech, RV 243407);

- dall'omessa citazione del perito per essere esaminato a dibattimento (violazione degli *artt. 508, 511 e 501 c.p.p.* perché il perito non è stato esaminato e la difesa non ha potuto porre domande) in caso di conferimento di incarico peritale, ove il perito abbia chiesto di poter rispondere con relazione scritta, e la relazione sia stata depositata (Cass. III 22 aprile 1999, Pilati, RV 214222);
- dalla violazione della norma di cui all'*art. 512* (lettura di atti per sopravvenuta impossibilità di ripetizione) sotto il profilo della inesatta, illegittima o illogica valutazione delle situazioni in essa disciplinate (Cass. I 11 novembre 1992, Betancor, RV 193436);
- dall'omessa acquisizione, nel procedimento di esecuzione, del parere del p.m. nel caso di dichiarazione di inammissibilità della richiesta *ex art. 666.2* [Cass. III 22 marzo 2007, Adornato, RV 236603; a regime intermedio *ex art. 178.1b*) l'aveva giustamente ritenuta Cass. I 3 aprile 2000, Pischedda, RV 216032, erroneamente catalogata nel massimario come "conforme" alla precedente];
- dalla mancata indicazione, in tema di procedimento di sorveglianza, del provvedimento oggetto di reclamo nel decreto di fissazione della udienza destinata alla trattazione del reclamo medesimo, ai sensi degli *artt. 69.6 e 14-ter legge 26 luglio 1975, n. 354* (Cass. I 9 dicembre 1994, Dallera, RV 200347).

3.2. Destano, inoltre, perplessità alcune *affermazioni che negano la sussistenza di nullità di ordine generale.*

Si pensi:

- all'inosservanza della normativa di cui all'*art. 134.3* in materia di riproduzione fonografica degli atti la cui verbalizzazione sia stata effettuata (v. Cass. II 1° luglio 1992, Gargiulo, RV 192510) e, più specificamente, dell'obbligo di documentazione fonografica o audiovisiva dell'esame protetto di minori di anni sedici nelle forme dell'incidente probatorio (Cass. III 9 luglio 2008, Valentino, RV 240746);
- alla violazione del dovere di tempestiva iscrizione *ex art. 335* nel registro delle notizie di reato, pur integrante eventuali responsabilità disciplinari o addirittura penali a carico del pubblico ministero negligente (recentemente ribadito da Cass. S.U. 24 settembre 2009, Lattanzi);
- alla già menzionata insussistenza di nullità della richiesta di rinvio a giudizio con imputazione mancante o insufficiente (cfr. Cass. S.U. 20 dicembre 2007, p.m. in proc. Battistella, cit.);

- all’inosservanza delle regole, per l’esame dei testimoni, che prescrivono che le domande siano rivolte direttamente dalle parti processuali e non dal giudice (*art. 498.1*), che impongono domande su fatti specifici (*art. 499.1*), che vietano domande nocive (*art. 499.2*) o suggestive (*art. 499.3*) (cfr. Cass. V 17 luglio 2008, Cutone, RV 242025; Cass. III 25 giugno 2008, Ouertatani, RV 241090; Cass. I 6 maggio 2008, Sapone, RV 241227; Cass. II 5 febbraio 2008, Chiara, RV 239547; Cass. I 14 luglio 2005, Grancini, RV 232941; Cass. II 8 luglio 2002, Natalotto, RV 227360; Cass. III 14 maggio 1999, Lorenzoni, RV 214282; Cass. I 11 maggio 1992, Cannarozzo, RV 190574);
- alla ritenuta insussistenza, nei procedimenti di esecuzione e di sorveglianza e, in genere, nei procedimenti camerati, dell’obbligo di rinviare l’udienza in caso di non comparizione del difensore per documentato impedimento legittimo ritualmente manifestato (Cass. S.U. 27 giugno 2006, Passamani, RV 234146).

3.3. Esistono anche *situazioni di davvero ardua decifrabilità*.

Provo a fare un esempio: il decreto di citazione diretta a giudizio che risulti privo della sottoscrizione del pubblico ministero.

L’*art. 552.1h*) prevede che il decreto debba contenere la sottoscrizione del pubblico ministero e dell’ausiliario che lo assiste. Per la mancanza di detto requisito, tuttavia, non è specificamente prevista alcuna nullità.

Coesistono nella giurisprudenza di legittimità, affermazioni di segno opposto: da una parte, la Corte ha ipotizzato l’inesistenza giuridica del decreto, ritenendo la sottoscrizione del pubblico ministero elemento essenziale ai fini del perfezionamento del decreto in funzione dell’esercizio dell’azione penale (Cass. III 10 novembre 1999, p.m. in proc. Sguazzo, RV 214902; Cass. V 7 febbraio 2000, p.m. in proc. Pollio, in motivazione); l’inesistenza è stata, invece, implicitamente esclusa in altra pronuncia (Cass. VI 4 gennaio 2000, p.m. in proc. Rizzo, RV 215844) in cui si è, in termini generali, affermato la non configurabilità, in relazione a detto decreto, della categoria dell’inesistenza, spiegando che i vizi del medesimo “sono espressamente specificati nel codice di modo che ritenere un tale atto inesistente significherebbe anche interferire arbitrariamente nella volontà del legislatore, ponendosi in contrasto con la stessa, con conseguente violazione del principio di legalità”.

Io sarei propenso a ritenere condivisibile quest’ultima affermazione (recentemente proposta da Cass. I 11 febbraio 2010, Fardella, RV 246121): il decreto di citazione a giudizio privo della sottoscrizione del pubblico ministero non è, in altre parole, atto giuridicamente inesistente.

La giurisprudenza ha, invero, avuto modo di chiarire che “l’inesistenza è configurabile in tutti quei casi in cui l’atto, per difetto di alcuni elementi strutturali essenziali che devono contraddistinguerlo, si pone totalmente al di fuori del sistema, non è comunque ad esso riferibile e non è riconoscibile all’esterno, nel senso che è assolutamente inidoneo a produrre un qualunque effetto sia nell’ambito che al di fuori del processo” (cfr. Cass. VI 4 gennaio 2000, p.m. in proc. Rizzo, *cit.*, in motivazione); che “l’inesistenza viene dalla più autorevole dottrina fatta discendere dalla mancanza dei presupposti identificativi dell’atto o dalla non riferibilità di esso ad alcuno dei poteri dello Stato abilitati ad emanarlo” e che “essa deve quindi ritenersi caratterizzata dalla mancanza assoluta degli elementi formali e sostanziali correlati alla natura stessa dell’atto, sicché ne rimanga impossibile la sua identificazione come atto giuridicamente rilevante in base ai principi fondamentali dell’ordinamento” (così Cass. III 11 aprile 2000, P.G. in proc. Rio, in motivazione).

Mi sembra che dette osservazioni (che in sostanza parlano di una difformità tra atto e modello tale da imporre il disconoscimento di qualsiasi rilevanza, anche precaria, dell’atto) consentano di escludere che il decreto di citazione a giudizio non sottoscritto dal pubblico ministero sia atto inesistente e di affermare, per contro, che si tratti di atto esistente seppur incompleto: esso non è, invero, mancante “degli elementi formali e sostanziali correlati alla natura stessa dell’atto”; basti rilevare in proposito la presenza di tutti gli elementi del contenuto imposto a pena di nullità dall’art. 552; né può sostenersi che la mancata sottoscrizione impedisca la riferibilità di esso al pubblico ministero, *id est*, nel linguaggio delle citate decisioni, al “potere dello Stato abilitato ad emanarlo”.

La sottoscrizione dell’ausiliario attesta, invero, il deposito dell’atto dal parte del pubblico ministero redigente nella segreteria del medesimo; si aggiunga che il contenuto imputativo del decreto si pone in necessaria correlazione con altro atto promanante dal medesimo organo, cioè con l’avviso di conclusione delle indagini preliminari di cui all’art. 415-*bis*, che deve, a pena di nullità, precederlo.

Siffatta incompletezza del decreto non è – come si è detto – prevista dall’art. 552 (né da altra specifica disposizione) a pena di nullità.

Le conseguenze di essa restano, pertanto, affidate ad un’alternativa: o dà luogo a mera irregolarità dell’atto (vale a dire ad una difformità dal modello insuscettibile di condizionare l’andamento del processo) oppure integra una “nullità di ordine generale” ex art. 178 che soggiace al regime “intermedio” di cui all’art. 180 (non potrebbe trattarsi, invero, di nullità – art. 179 – perché,

una volta riconosciuta l'esistenza dell'atto e, di riflesso, l'idoneità del medesimo a produrre i propri effetti, non possono dirsi violate disposizioni concernenti l'iniziativa del pubblico ministero nell'esercizio dell'azione penale).

E sciogliere l'alternativa è arduo.

Mi limito a ricordare, per concludere sul punto, che, con riferimento alla sottoscrizione dell'ausiliario, è costante l'affermazione (cfr., *ex plurimis*, Cass. III 20 aprile 2006, Harrada, RV 234332) che la sua mancanza rientri tra le mere irregolarità improduttive di effetti invalidanti, atteso che essa non adempie ad alcuna funzione di verifica del contenuto dell'atto, ma ne attesta soltanto il deposito.

3.4. Attenzione infine alle *massime che contengono imprecisioni*.

Ad esempio:

- la mancata assunzione dell'esame dell'imputato, che ne ha fatto richiesta, determina una *nullità assoluta ma non insanabile* e, pertanto, non è più deducibile nel giudizio d'impugnazione se la parte interessata non la eccepisce subito dopo l'assunzione dei testi di accusa, nel momento in cui l'esame deve essere eseguito (Cass. VI 8 giugno 2004, Alessandro, RV 230324);
- la celebrazione del giudizio di primo grado con il rito abbreviato, malgrado la carenza del consenso dell'imputato, non comparso, ed in assenza della procura speciale di cui all'art. 438, comma 3, configura *una causa di nullità del procedimento, che se pur assoluta, per la riduzione delle garanzie della difesa derivanti dalla scelta del rito speciale, è di ordine generale, non rientrando nelle ipotesi di cui all'art. 179*. Ne consegue che la relativa eccezione deve essere formulata ai sensi dell'art. 180 nei motivi di appello o comunque essere rilevata, anche di ufficio, nel corso del giudizio di secondo grado, verificandosi altrimenti la preclusione prevista dalla disposizione citata (Cass. 5 maggio 2004, Mignano, RV 229456);
- in tema di dichiarazione di contumacia (art. 420-quater), qualora la prova dell'assenza dell'imputato, costituita da certificato medico attestante l'impossibilità a comparire in udienza, pervenga dopo la pronuncia dell'ordinanza di contumacia e la chiusura dell'istruttoria dibattimentale ma prima della chiusura della discussione o della deliberazione, ed il tribunale ometta di valutarla, l'ordinanza di contumacia è *viziata da nullità assoluta ex art. 178, lett. c), per violazione del diritto di intervento dell'imputato* (Cass. V 13 aprile 2004, p.m. in c. Nicolini, RV 229198);
- è viziata da *nullità assoluta per violazione del diritto di intervento dell'imputato (art. 178, lett. c)* l'ordinanza dichiarativa della contumacia se la docu-

- mentazione attestante l'impossibilità a comparire dell'imputato in udienza, pervenuta in cancelleria prima della pronuncia dell'ordinanza contumacia-
le, non sia stata valutata dal giudice (Cass. V 13 aprile 2004, Restivo, RV 229323);
- la sentenza con la quale la Corte d'appello dichiara *de plano* prima del dibattimento l'estinzione del reato è affetta da *nullità assoluta di ordine generale in quanto incidente sull'intervento e assistenza dell'imputato* (Cass. II 25 novembre 2009, Mazza, RV 246796).

4. Si diceva: il sistema è retto dal principio di tassatività; ciò che rileva, in altre parole, è la statuizione legale e la natura del vizio entra in gioco allorquando si tratti di individuare il regime della nullità.

Per il verificarsi di una nullità dovrebbe, dunque, essere irrilevante che ricorra un concreto pregiudizio all'interesse protetto dalla disposizione non osservata.

Il che è come dire che, se si diagnostica l'inosservanza di una norma prevista a pena di nullità, se l'atto è inficiato a causa della difformità rispetto al suo modello legale, l'interprete deve trarne la conseguenza che la legge gli indica.

Non può cioè evitare di dichiarare la nullità sul presupposto che l'inosservanza non abbia in concreto leso l'interesse protetto (nella maggior parte dei casi, il diritto di difesa).

Il sistema non sembra offrire questa possibilità.

I temperamenti messi a disposizione sono altri e appartengono al mondo delle ineducibilità (preclusioni) e delle sanatorie (oltre che, naturalmente, della carenza dell'interesse ad impugnare).

Un ruolo significativo riveste, ad esempio, la causa di sanatoria nota come raggiungimento dello scopo [art. 183.1 b)]: essa dipende, peraltro, dal realizzarsi di un atto di esercizio della facoltà successivo ed ulteriore rispetto all'atto omesso o nullo; non opera, in altre parole, nel momento stesso in cui si verifica la nullità o l'omissione.

Ciò nondimeno, è piuttosto frequente imbattersi in decisioni che ricorrono, per riconoscere o escludere la sussistenza di nullità, al *criterio della effettività della lesione dell'interesse sotteso alla norma violata (di regola, il diritto di difesa)*.

Al criterio logico – formale che sembra emergere dalla normativa la giurisprudenza tende, dunque, talora a sostituirla con uno di tipo valutativo, che passa attraverso l'individuazione dell'interesse anzidetto e la verifica della sussistenza di un concreto pregiudizio del medesimo, che utilizza, in altre parole, un

metodo diagnostico legato a “valutazioni” empiriche.

4.1. Un esempio lo troviamo in relazione ad alcune disposizioni che si sono già menzionate.

L'art. 522.1 stabilisce che l'inosservanza delle disposizioni previste negli artt. 516 ss. in tema di modificazioni dell'imputazione e di diritto di difesa dell'imputato è prevista a pena di nullità e si tratta – come si è detto – di nullità a regime intermedio.

La disciplina dei mutamenti del fatto enunciato e dei poteri del giudice di definizione giuridica del medesimo impone – inutile ricordarlo – un approccio rigoroso, dato il coinvolgimento di valori costituzionali (potere – dovere del pubblico ministero di esercizio dell'azione penale e diritto di difesa).

Il giudice può soltanto dare al fatto una diversa definizione (nei limiti di cui all'art. 521.1).

La diversa definizione giuridica del fatto presuppone che esso resti identico o che sia “ridotto” (ad esempio, data la contestazione di un reato complesso, si riconosca la sussistenza di un reato semplice che di quello sia elemento costitutivo o circostanza aggravante; ovvero, data la contestazione di un reato consumato, si ritenga sussistere il mero tentativo; o ancora, data la contestazione di un reato circostanziato non si riconosca sussistente la circostanza aggravante e si decida sul reato semplice); in questa ipotesi, invero, al fatto contestato non si sostituisce e non si aggiunge nulla.

Soltanto in tali casi (fatto immutato o ristretto), dunque, il giudice può dare al fatto una definizione giuridica diversa da quella data dal pubblico ministero o da altro giudice.

Fuori da questi casi si dovrebbe entrare nel mondo della modificazione (mutamento) del fatto, nell'area del fatto diverso, interdetta al giudice.

Questi è tenuto, invero, a rispettare il principio dell'immutabilità della contestazione, in assenza di modificazioni ritualmente effettuate dal pubblico ministero.

Il giudice non può modificare il fatto oggetto dell'imputazione, ossia pronunciarsi, senza che vi sia stata rituale modificazione, su un fatto “diverso” da quello addebitato (oltre che, naturalmente, su un fatto nuovo o su una nuova circostanza aggravante mai contestata).

E si ha un fatto “diverso” quando, dato un addebito determinato, risulta che il fatto, pur nella persistente identità dei suoi profili essenziali e, quindi, della reg giudicanda, consiste in un'ipotesi storica incompatibile con la precedente (in tal senso, vi è, ad esempio, diversità del fatto quando, contestata

una fattispecie colposa, emerge che l'ipotesi è dolosa; quando, contestato un fatto come corruzione, emerge trattarsi di concussione e via dicendo).

L'inosservanza delle disposizioni dettate in tema di modificazioni dell'imputazione determina – come si è detto – la nullità della sentenza.

Qui si innesta, però, l'orientamento giurisprudenziale di cui si diceva, imperniato sul criterio della effettività della lesione dell'interesse sotteso alla norma violata.

Alla nozione strutturale di fatto si tende a sovrapporre un pragmatico concetto funzionale, fondato sull'esigenza di reprimere soltanto le effettive lesioni del diritto di difesa.

In altre parole, i concetti di identità e diversità (oltre che di alterità) del fatto rivelerebbero il loro contenuto in funzione del principio di necessaria correlazione tra accusa (oggetto di potere del pubblico ministero) e decisione (oggetto del potere del giudice), posto essenzialmente a tutela del diritto di difesa.

In tal senso la giurisprudenza è solita affermare che per aversi “mutamento del fatto” occorre sì una trasformazione radicale, nei suoi elementi essenziali, della fattispecie concreta nella quale si riassume l'ipotesi astratta prevista dalla legge, ma essa deve essere tale da condurre ad un'incertezza sull'oggetto dell'imputazione dalla quale scaturisca un reale pregiudizio dei diritti della difesa.

Si afferma comunemente, per fare un esempio, che, nei procedimenti per reati colposi, la sostituzione o l'aggiunta di un particolare profilo di colpa, sia pure specifica, al profilo di colpa originariamente contestato, non vale a realizzare diversità o immutazione del fatto ai fini dell'obbligo di contestazione suppletiva e dell'eventuale ravvisabilità, in carenza di valida contestazione, del difetto di correlazione tra imputazione e sentenza.

Non si prospetta – in casi siffatti – una diversa definizione giuridica del fatto o una sua riduzione (è facile piuttosto che la questione nasconda problemi di genericità della contestazione e l'intreccio meriterebbe forse una trattazione a sé stante); pur tuttavia il giudice può legittimamente pronunciare la propria decisione su un profilo di colpa sostituito o aggiunto.

Si restringe in tal modo l'ambito della “diversità”, che esige l'attivazione da parte del pubblico ministero dei propri poteri “contestativi”, e l'osservanza di disposizioni previste a pena di nullità, in favore della “identità” che autorizza l'intervento del giudice.

4.2. Altro esempio si è avuto fino a poco tempo fa in materia di patrocinio dei non abbienti a spese dello Stato.

Con le modifiche apportate dalla legge 29 marzo 2001, n. 134 al testo originario dell'art. 6 della legge 30 luglio 1990, n. 217, *l'inosservanza del termine di dieci giorni per la decisione sull'istanza di ammissione al patrocinio a spese dello Stato* era stata sanzionata, ai sensi dell'art. 179 comma 2, con la nullità assoluta degli atti compresi tra la scadenza del termine e la data di effettiva adozione del provvedimento sull'istanza.

La legge 24 luglio 2008, n. 125 ha ora modificato l'art. 96 del d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia, nel quale era stata trasfusa la disposizione del menzionato art. 6.

È stato, in particolare, soppresso l'obbligo di provvedere "immediatamente" se l'istanza è presentata in udienza; inoltre, l'obbligo di provvedere nei termini non è più previsto a pena di nullità assoluta.

La menzionata modifica normativa ha in sostanza offerto un sostegno "postumo" all'indirizzo esegetico, sviluppatosi nella vigore della precedente disposizione, che aveva introdotto il criterio di offensività concreta del vizio quale condizione per la sua rilevanza, escludendo in altre parole che la nullità sussistesse indipendentemente dal concreto pregiudizio dell'interesse tutelato dalla norma violata (cfr., *ex plurimis*, Cass. VI 10 maggio 2006, Cavalera, RV 234725).

In altre parole, la nullità non era correlata alla mera intempestività, ma era integrata soltanto qualora dal ritardo fosse derivata un'effettiva lesione del diritto di difesa.

E le prerogative della difesa non erano, di regola, mai lese nei contesti, come quelli dibattimentali, in cui è prevista la partecipazione necessaria del difensore, nominato di fiducia o designato d'ufficio.

4.3. Anche talune recenti decisioni in materia di *notificazioni all'imputato* possono essere collocate nel filone in esame.

Si è affermato, ad esempio, che è nulla la notificazione eseguita a norma dell'art. 157.8-bis presso il difensore di fiducia, qualora l'imputato abbia dichiarato o eletto domicilio per le notificazioni (Cass. S.U. 27 marzo 2008, Micciullo, cit.).

Si tratta – si è aggiunto – di nullità di ordine generale a regime intermedio che deve ritenersi sanata quando risulti provato che non ha impedito all'imputato di conoscere l'esistenza dell'atto e di esercitare il diritto di difesa e che è, comunque, priva di effetti se non dedotta tempestivamente, essendo soggetta alla sanatoria speciale di cui all'art. 184.1, alle sanatorie generali di cui

all'art. 183, alle regole di deducibilità di cui all'art. 182, oltre che ai termini di rilevabilità di cui all'art. 180,

In altre parole il vizio di notificazione, difforme dal modello legale, che non abbia provocato lesioni del diritto di conoscenza e di intervento è "sanato" [il riferimento è all'art. 183.1b) ed all'art. 184.1].

Alla stregua di dette disposizioni, peraltro, soltanto l'esercizio della facoltà a cui l'atto nullo era preordinato [art. 183.1b)] e la comparizione della parte (art. 184.1), pur in presenza di nullità della citazione o dell'avviso ovvero delle relative comunicazioni e notificazioni, possono sanare il vizio (nella specie, il vizio riguardava la citazione per il giudizio di appello, l'imputata non era comparsa ed era stata dichiarata contumace e l'estratto contumaciale della sentenza era stato notificato ancora al suo difensore di fiducia ai sensi dell'art. 157.8-*bis*).

In un sistema governato, come detto, dal principio di cui all'art. 177, che esclude interpretazioni estensive o analogiche, il raggiungimento dello scopo dell'atto può servire, al più, come criterio di comprensione di scelte normative tassativamente regolamentate ma non come elaborazione di un principio generale cui ricorrere per motivare sanatorie non previste dalla legge.

4.4. Ci si imbatte, poi, in qualche altra isolata affermazione.

Si è detto, ad esempio, che la nomina di altro difensore di ufficio immediatamente reperibile (art. 97.4), ma non iscritto nell'elenco predisposto dal Consiglio dell'ordine forense, per il caso di assenza del difensore di ufficio originariamente designato, non è causa di nullità di ordine generale ai sensi dell'art. 178,1c) e può configurare una nullità generale solo se la parte che la deduce dimostri che tale inosservanza abbia cagionato in concreto una lesione o menomazione del diritto di difesa (Cass. III 2 dicembre 2008, Vergati, RV 242475).

5. Per concludere, alcune parole sui citati *artt. 182, 183 e 184*, applicabili soltanto alle nullità a regime intermedio e a quelle relative.

5.1. Va notato, anzi tutto, che il campo di applicazione di dette disposizioni è stato di fatto ampliato dalle *pronunce che hanno delimitato la nozione di "omessa citazione dell'imputato"*, così riducendo l'area della correlata nullità assoluta ex art. 179.1.

Si è in proposito affermato – come già si è avuto modo di dire – che detta

nullità assoluta ricorre soltanto nel caso in cui la notificazione della citazione sia stata omessa o quando, essendo stata eseguita in forme diverse da quelle prescritte, sia risultata inidonea a determinare la conoscenza effettiva dell'atto da parte dell'imputato (Cass. S.U. 27 ottobre 2004, Palumbo, cit.).

La medesima nullità – si è aggiunto – non ricorre invece nei casi in cui vi sia stata esclusivamente la violazione delle regole sulle modalità di esecuzione, alla quale consegue la applicabilità della sanatoria delle citazioni, degli avvisi e delle notificazioni di cui all'art. 184 (si reputa, dunque, implicitamente che la sanatoria di cui all'art. 184 non riguardi – come già sopra si è detto – le nullità assolute).

Nella specie, si è chiarito che la notificazione del decreto che dispone il giudizio all'imputato effettuata presso il domicilio reale a mani di persona convivente, anziché presso il domicilio eletto, non integra necessariamente una ipotesi di "omissione" della notificazione ex art. 179, ma dà luogo, di regola, ad una nullità di ordine generale a norma dell'art. 178.1c), soggetta alla sanatoria speciale di cui all'art. 184.1, alle sanatorie generali di cui all'art. 183 e alle regole di deducibilità di cui all'art. 182, oltre che ai termini di rilevabilità di cui all'art. 180, sempre che non appaia in astratto o risulti in concreto inidonea a determinare la conoscenza effettiva dell'atto da parte del destinatario, nel qual caso integra invece la nullità assoluta ed insanabile di cui all'art. 179.1, rilevabile dal giudice di ufficio in ogni stato e grado del processo (detta notificazione, che era stata seguita da una richiesta di rinvio della udienza per motivi di salute avanzata dal difensore dell'imputato contumace, non era stata equiparata ad una notificazione "omessa" ma era stata reputata idonea, in concreto, a determinare la conoscenza dell'atto da parte dell'imputato).

Va osservato che anche in tal caso il criterio di valutazione delle invalidità elaborato dalla Corte sembra ispirarsi al principio della conservazione degli effetti dell'atto nullo per conseguimento dello scopo.

Allo stesso filone appartiene anche altra recente decisione (Cass. S.U. 18 dicembre 2006, Clemenzi, RV 234905) che, prendendo spunto dalla pronuncia sopra citata, dopo aver affermato che la notifica delle citazioni effettuata all'imputato presso lo studio del difensore domiciliatario era invalida (avendo l'imputato dichiarato un diverso domicilio all'atto della scarcerazione), ha ritenuto che quella notifica non era inidonea a determinare la conoscenza effettiva degli atti da parte dell'imputato "considerato il rapporto fiduciario che lo legava al difensore" cui gli atti erano stati consegnati, il quale aveva "mantenuto il mandato fiduciario per tutti i gradi di giudizio di merito" e non aveva addotto "in ricorso, alcun elemento, se non una asserita assenza del patrocinio".

to dal territorio nazionale” per avvalorare l’ipotesi che l’imputato, pur contumace, non avesse avuto “effettiva conoscenza del procedimento per il tramite appunto del difensore domiciliatario”.

5.2. Con specifico riguardo all’*art. 182.2, primo periodo* (“quando la parte vi assiste, la nullità di un atto deve essere eccepita prima del suo compimento ovvero, se ciò non è possibile, immediatamente dopo”) merita, poi, di essere ricordata la pronuncia che ha definitivamente ribadito che la nullità a regime intermedio, derivante dall’omesso avviso dell’udienza a uno dei due difensori dell’imputato, è sanata dalla mancata proposizione della relativa eccezione a opera dell’altro difensore comparso, pur quando l’imputato non sia presente (Cass. S.U. 16 luglio 2009, Aprea, RV 244187; v. altresì Cass. VI 16 aprile 2010, Gabriele, RV 247086).

In motivazione la Corte ha precisato che è onere del difensore presente, anche se nominato d’ufficio in sostituzione di quello di fiducia regolarmente avvisato e non comparso, verificare se sia stato avvisato anche l’altro difensore di fiducia ed il motivo della sua mancata comparizione, eventualmente interpellando il giudice.

La nullità – si è aggiunto – deve essere eccepita a opera dell’altro difensore al più tardi immediatamente dopo gli atti preliminari, prima delle conclusioni qualora il procedimento non importi altri atti, in quanto il suo svolgersi (in udienza preliminare, riesame cautelare o giudizio) presume la rinuncia all’eccezione (Cass. S.U. 16 luglio 2009, Aprea, RV 244188).

Della sopra citata disposizione si fa ampio utilizzo soprattutto con riguardo alle nullità a regime intermedio.

Bastino questi esempi:

- la nullità derivante dall’omessa motivazione, in ordine alle specifiche esigenze di cautela che ne hanno determinato l’adozione, del decreto ex art. 104 di differimento del colloquio con il difensore in vista della celebrazione dell’interrogatorio di garanzia deve, per essere trasmessa a detto successivo interrogatorio, essere eccepita nei termini di cui all’art. 182 e cioè prima dell’espletamento delle formalità di apertura dell’atto (Cass. IV 12 luglio 2007, Recchia, RV 237845);
- la nullità dell’interrogatorio del collaboratore di giustizia tenutosi in assenza del suo difensore, non avvisato del suo compimento, può essere eccepita esclusivamente dall’interessato e non anche dal soggetto raggiunto dalle dichiarazioni accusatorie rese nel corso dell’atto. (Cass. IV 14 gennaio 2008, Di Domenico, RV 238754);

- nel procedimento di esecuzione, la mancata audizione dell'interessato presente, tradotto a seguito di espressa sua richiesta (art. 666, comma 4), determina nullità della deliberazione, inquadrabile tra quelle a regime intermedio, soggette alle preclusioni temporali stabilite dagli artt. 180 e 182. Detta nullità va, perciò, considerata sanata per inattività della parte, se questa ha omesso di eccepirla tempestivamente, cioè prima della deliberazione (Cass. VI 23 maggio 1995, Esposito, RV 202827).

5.3. Anche la sanatoria generale di cui all'*art. 183.1 a)* (accettazione degli effetti dell'atto ad opera della parte interessata) ha importanti applicazioni.

Si ricordi, ad esempio, che la richiesta di giudizio abbreviato ha efficacia sanante delle nullità a regime intermedio o relative inficanti gli atti a contenuto probatorio (in tal senso sono state, ad esempio, ritenute utilizzabili le dichiarazioni rese nel corso delle indagini preliminari da un prossimo congiunto dell'imputato benché viziate da nullità relativa per l'omissione dell'avviso della facoltà di astensione previsto dall'art. 199, comma 2: Cass. I 8 gennaio 2002, Marchegiani, RV 220622) o propulsivo (si veda, per tutte, Cass. S.U. 26 settembre 2006, Cieslinsky, RV 234835, secondo cui "l'omessa traduzione dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari in una lingua nota all'indagato, che non comprenda la lingua italiana, determina una nullità di ordine generale a regime intermedio che non può essere dedotta a seguito della scelta del giudizio abbreviato, in quanto la richiesta del rito speciale opera un effetto sanante della nullità ai sensi dell'art. 183"; Cass. VI 4 maggio 2010, Leotta, RV 247777).

Affermazioni analoghe si rinvencono in materia di competenza per territorio.

La competenza per territorio presenta un regime modellato su quello delle nullità cd. intermedie.

La relativa eccezione è, pertanto, rinunciabile e, una volta richiesto ed ammesso il rito abbreviato, diventa inammissibile, anche se in precedenza proposta e già decisa in senso negativo (cfr. Cass. VI 4 maggio 2006, Acampora, RV 234392; Cass. VI 17 ottobre 2006, Cimino, RV 235600; Cass. I 17 settembre 2008, Confl. comp. in proc. Leuzzi, RV 241141).

6. La ricognizione effettuata giustifica una sintesi conclusiva.

L'idea di fondo del legislatore del 1988 era chiara.

Si voleva un sistema imperniato sul principio di tassatività, tendenzialmen-

te inibito ai poteri discrezionali del giudice (ferme restando le linee “larghe” lasciate da categorie munite di una certa elasticità, come quella delle nullità di ordine generale).

Con altrettanta chiarezza emerge, peraltro, il modo in cui il giudice si è attribuito il compito di trovare un equilibrio tra diritto di difesa e, in genere, garanzie della persona, economia processuale e ragionevole durata del processo.

E ha svolto il compito senza celare una sorta di fastidio istituzionale verso le sanzioni demolitorie, e più specificamente verso le nullità rilevabili in ogni stato e grado del processo, tra l'altro anche d'ufficio (con una sensazione di eccentricità rispetto ad un processo di parti), o, comunque, trascrinabili fino all'ultimo.

Lo ha svolto, con impeto *praeter legem*, mostrando assoluta predilezione per lo strumento rappresentato dal cd. principio di offensività.

Il legislatore, contrario alla codificazione di discrezionalità eccessive, non aveva offerto questo strumento al giudice; il giudice se lo è preso. E lo ha fatto certamente per ragioni importanti, ritenendo suo dovere porre rimedio a situazioni che leggeva come espressive di abusi dei diritti nel processo (tema tuttora assai controverso), di “giochi” perversi con i tempi del processo, quindi contro economia processuale e ragionevole durata, mirati a lucrare prescrizioni.

Altro strumento a lungo utilizzato e che ha assestato, con proliferazione non sempre coerente, colpi “mortalì” al principio di tassatività è stato il ricorso alla categoria dell'atto abnorme, suscettibile di ricorso per cassazione e la cui sorte è l'annullamento senza rinvio (anche se, a ben vedere, lo scopo perseguito era forse più che altro quello di offrire al p.m., che si era visto togliere la possibilità di far uso dello strumento del conflitto di competenza, un congegno analogo). Ora, però, sembra (si veda in particolare, a Cass. S.U. 26 marzo 2009, p.m. in proc. Toni, RV 243590) che la tendenza sia quella di ridimensionare la categoria, esageratamente dilatata negli ultimi anni: ci si è anche ricordati, probabilmente, che l'atto abnorme è fonte di responsabilità disciplinare per il magistrato.

Non ultima, infine, seppur non riguardante le nullità assolute, va segnalata la tendenza ad interpretare con approccio estensivo le delicate disposizioni in tema di deducibilità contenute nell'art. 182; in proposito si attende, con una certa curiosità, il deposito della motivazione di Cass. S.U. 27 gennaio 2011, Scibé, che ha affermato il principio secondo cui la nullità derivante dall'omessa notificazione dell'avviso di fissazione dell'udienza del procedimento camerale (giudizio d'appello avverso la pronuncia di primo grado resa all'esito di

giudizio abbreviato) ad uno dei due difensori dell'imputato può essere dedotta (termine ultimo di deducibilità) soltanto nell'ambito del giudizio al quale si riferisce l'avviso, anche in caso di assenza in udienza sia dell'imputato che del codifensore ritualmente citato.

Edizioni ETS
Piazza Carrara, 16-19, I-56126 Pisa
info@edizioniets.com - www.edizioniets.com
Finito di stampare nel mese di maggio 2011