



CONSIGLIO SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA
UFFICIO DEI REFERENTI PER LA FORMAZIONE DECENTRATA
DISTRETTO DI TORINO

INCONTRO DI AGGIORNAMENTO SULLE QUESTIONI NUOVE O
CONTROVERSE NELLA GIURISPRUDENZA PENALE

Torino 11 novembre 2011

SOMMARIO

DIRITTO PROCESSUALE

Sezioni Unite

Cass. Sez. Un. 14 luglio 2011, n. 37505, Corsini (ricorso straordinario ed errore sulla prescrizione)	2
Cass. Sez. Un. 23 giugno 2011, n. 34475, Valastro (associazione finalizzata a fatti di lieve entità di traffico di stupefacenti e presunzione legale di adeguatezza della custodia carceraria)	5
Cass. Sez. Un. 28 aprile 2011, n. 30200, p.m. in proc. Ohomba Gab Paul (decorrenza dei termini cautelari nel giudizio abbreviato)	12
Cass. Sez. Un. 28 aprile 2011, n. 28451, Pedicone (notifica mezzo fax al difensore)	33
Cass. sez. un. 27 gennaio 2011, n. 22242, Scibè (deducibilità in appello omessa citazione)	39
Cass. sez. un. 31 marzo 2011, n. 18353, Maida (caducazione misure non detentive al passaggio in giudicato sentenza di condanna)	48

Sezioni Semplici

Cass. Sez. VI 7 ottobre 2011, n. 38673, Romeo (autorizzazione del pm all'accesso alle registrazioni)	56
Cass. Sez. VI 4 febbraio 2011, n. 16168, P.C., De Biase e altro (limiti sequestro conservativo crediti retributivi) ..	56
Cass. Sez. II 18 gennaio 2011, n. 3603, P.G. in proc. Mussa (dichiarazioni imputato sulla propria identità)	57

DIRITTO PROCESSUALE

SEZIONI UNITE

Cass. Sez. Un. 14 luglio 2011 (dep. 17 ottobre 2011), n. 37505, Corsini

In tema di ricorso straordinario, qualora la causa dell'errore non sia identificabile esclusivamente in una fuorviata rappresentazione percettiva e la decisione abbia comunque contenuto valutativo, non è configurabile un errore di fatto, bensì di giudizio, come tale escluso dall'orizzonte del rimedio previsto dall'art. 625-bis cod. proc. pen. (rv 250527)

È ammissibile il ricorso straordinario per errore di fatto sulla prescrizione del reato, a condizione che la statuizione sul punto sia effettivamente l'esclusiva conseguenza di un errore percettivo causato da una svista o da un equivoco, e non anche quando il preteso errore sulla causa estintiva derivi da una qualsiasi valutazione giuridica o di apprezzamento di fatto. (rv 250528)

Omissis

1. Va innanzitutto ricordato che è consolidato orientamento di questa Corte, sui limiti della cognizione del giudice di legittimità in materia di ricorso *ex art. 625-bis* cod. proc. pen., quanto affermato dalle Sezioni Unite nella sentenza n. 16103 del 27/03/2002, Basile, Rv. 221280, secondo cui l'errore di fatto verificatosi nel giudizio di legittimità e oggetto del ricorso straordinario consiste in un errore percettivo causato da una svista o da un equivoco in cui la Corte di cassazione sia incorsa nella lettura degli atti interni al giudizio stesso e connotato dall'influenza esercitata sul processo formativo della volontà, viziato dall'inesatta percezione delle risultanze processuali che abbia condotto a una decisione diversa da quella che sarebbe stata adottata senza di esso.

Tale indirizzo va confermato, assieme alla precisazione che qualora la causa dell'errore non sia identificabile esclusivamente in una fuorviata rappresentazione percettiva e la decisione abbia comunque contenuto valutativo, non è configurabile un errore di fatto, bensì di giudizio, come tale escluso dall'orizzonte del rimedio straordinario.

2. Nel solco tracciato dalla predetta pronuncia, si sono delineati, con specifico riferimento all'errore di percezione rifluente sull'accertamento della prescrizione, due orientamenti, il primo dei quali, più restrittivo, nega che la mancata rilevazione della prescrizione del reato in sede di legittimità sia riconducibile alla nozione di errore di fatto accolta dall'art. 625-bis cod. proc. pen., escludendo di conseguenza l'utilizzabilità del rimedio straordinario allo scopo di far dichiarare l'estinzione del reato (Sez. 6, n. 10781 del 24/02/2009, Bonanni, Rv. 243668). In questa pronuncia si è sottolineato che l'individuazione del momento di consumazione del reato e la verifica dell'esistenza o meno di cause d'interruzione ovvero di sospensione della prescrizione sono attività a contenuto valutativo, che richiedono un apprezzamento anche discrezionale suscettibile di previo contraddittorio e, come tale, diverso dal mero controllo formale d'immediata e indiscutibile evidenza. In definitiva, il tema dell'intervenuta o meno prescrizione del reato per cui si procede è argomento, o punto della decisione, oggetto di valutazione e giudizio, e la sua mancata trattazione nel processo in cassazione non è di regola riconducibile all'errore di fatto, tantomeno all'errore materiale, di cui all'art. 625-bis cod. proc. pen. (nello stesso senso Sez. 1, n. 41237 del 28/10/2008, Insogna, Rv. 242416 e, più recentemente, Sez.1, n. 4783 del 25/01/2011, Minardi, Rv. 249562).

3. Le Sezioni Unite ritengono di far proprio un diverso filone giurisprudenziale, il quale, più aderente all'impostazione generale delineata con la sentenza Basile, non esclude in radice la

configurabilità e la rilevanza dell'errore di fatto sulla prescrizione, purché la statuizione sul punto sia l'effetto esclusivo di un errore percettivo causato da una svista o da un equivoco, in cui la Corte di cassazione sia incorsa nella lettura degli atti interni al giudizio stesso e connotato dall'influenza esercitata sul processo formativo della volontà, viziato dall'inesatta percezione delle risultanze processuali, che abbia condotto a una decisione diversa da quella che sarebbe stata adottata in mancanza dell'errore. Va invece ribadita l'inammissibilità del ricorso straordinario *ex art. 625-bis* cod. proc. pen. tutte le volte che il preteso errore derivi da una qualsiasi valutazione giuridica o di apprezzamento di fatto (Sez. 3, n. 15683 dell'11/03/2010, Gargiulo, Rv. 246963; Sez. 2, n. 41489 del 28/10/2010, Racchelli, Rv. 248712; Sez. 1, n. 41918 del 07/10/2009, Lako, Rv. 245058).

4. Il ricorso in esame offre la riprova della validità di questo indirizzo.

Il ricorrente denuncia l'errore di fatto nella lettura di alcuni atti inerenti ai periodi di sospensione, con riferimento al reato di cui agli artt. 81 e 334 cod. pen.. Quest'ultimo, consumato il 25 giugno 2002 e astrattamente prescrivibile alla data del 25 dicembre 2009, fu ritenuto non prescritto nella sentenza delle Sezioni Unite impugnata, per la sussistenza di periodi di sospensione per complessivi 403 giorni.

5. Il ricorrente contesta due di tali periodi, per complessivi 150 giorni, e determina il periodo complessivo di sospensione in 253 giorni, con conseguente maturazione della prescrizione alla data del 7 settembre 2010. I periodi contestati sono quello dal 23 aprile al 22 giugno 2005, per complessivi giorni 61, relativo al giudizio di primo grado, e quello dal 12 marzo al 10 giugno 2009, per complessivi 89 giorni, relativo al giudizio di appello.

6. In effetti, per il primo periodo, emerge un indubbio errore di percezione, una vera e propria "svista" da parte delle Sezioni Unite, avendo esse ritenuto essersi svolta un'inesistente udienza il 23 aprile 2005: conclusione incontestabilmente emergente dalla lettura dei verbali del processo dinanzi al Tribunale, da cui risulta che all'udienza del 12 aprile 2005, che si svolse regolarmente, vi fu un rinvio non già al 23 aprile, bensì al 23 giugno 2005 e, in quest'udienza, un ulteriore rinvio al 23 novembre 2005.

Mentre è pacificamente computabile come sospensione il periodo intercorrente tra queste due udienze, fondatamente il ricorrente evidenzia l'errore della Corte nel computare anche quello intercorrente tra il 23 aprile e il 22 giugno (61 gg.). E che tale errore prescinda da ogni valutazione giuridica o di fatto e sia il frutto di una mera svista è di lampante costatazione.

7. A diversa conclusione deve giungersi per quanto concerne il periodo di sospensione dal 12 marzo 2009 al 10 giugno 2009, relativo al procedimento di secondo grado.

Dal verbale del 12 marzo 2009 risulta che il Corsini fu assistito dall'avvocato Luparia e dall'avv. Buttiglione, quale sostituto processuale dell'avv. Sgubbi, che aveva fatto pervenire «richiesta di posticipare il proprio intervento difensivo ad altra udienza essendo [...] impegnato in altro processo», fornendo documentazione del concomitante impegno. L'udienza proseguì con la raccolta delle conclusioni del pubblico ministero e del rappresentante di una parte civile e venne poi rinviata al 10 giugno 2009 per le conclusioni del rappresentante di un'altra parte civile e dei difensori del Corsini, tra cui l'avvocato Sgubbi.

Nella sentenza impugnata, il periodo dal 12 marzo al 10 giugno fu ritenuto periodo di sospensione, in quanto si considerò che il rinvio del 12 marzo fu determinato da concomitante impegno di uno dei difensori del Corsini.

Trattasi di una questione che inevitabilmente implica una valutazione di un fatto processuale, di per sé incompatibile con la nozione di errore di fatto normativamente accolta, come tutte quelle, ben evidenziate dalla citata sentenza Racchelli, relative alla qualificazione del rinvio ai fini dell'applicazione della disciplina della sospensione del corso della prescrizione, all'apprezzamento in ordine all'addebitabilità del rinvio alla parte privata, alla qualificazione della causa di rinvio ai fini dell'applicazione o meno del termine di sospensione.

Nel caso in esame, la conclusione cui è pervenuto il giudice di legittimità con la sentenza impugnata costituisce l'esito dell'apprezzamento di quanto emerge dal verbale d'udienza del giudizio d'appello, aperto alle ore 10,12 e chiuso alle ore 11, udienza in cui risultano essere stati

presenti tutti i protagonisti che avrebbero dovuto prendere la parola, ad eccezione del solo avv. Sgubbi, cioè di colui che aveva richiesto il rinvio dell'udienza pur avendo nominato un suo sostituto processuale.

Trattasi di una conclusione che, quale che sia la sua opinabilità, è frutto di un processo valutativo nella lettura del verbale e non costituisce l'errore di fatto che legittima il ricorso straordinario di cui all'art. 625-*bis* cod. proc. pen., il quale consiste, come si è innanzi precisato, in un errore percettivo causato da una svista o da un equivoco in cui la Corte di cassazione sia incorsa nella lettura degli atti interni al giudizio stesso.

Anche a voler concedere che la decisione di escludere la ricorrenza dell'applicabilità dell'art. 129, comma 1, cod. proc. pen. sia stata erronea, dalla lettura della sentenza impugnata e del verbale dell'udienza sopra indicata emerge che essa fu l'esito non già di una fuorviata rappresentazione percettiva, bensì di una valutazione, che può integrare in ipotesi errore di diritto, ma non errore di fatto rimediabile con il mezzo straordinario introdotto dall'art. 625-*bis* cod. proc. pen.

8. Da tali considerazioni deriva che, dai periodi di sospensione calcolati nella sentenza impugnata, vanno sottratti soltanto i sessantuno giorni che si riferiscono al processo di primo grado, mentre non possono detrarsi i giorni intercorrenti tra le udienze del 12 marzo e del 10 giugno 2009, svoltesi nel procedimento d'appello. Ne consegue che il reato, alla data del 30 settembre 2009, non era prescritto.

9. Il ricorso è, dunque, infondato e va rigettato, con condanna del ricorrente, *ex art.* 616 cod. proc. pen., al pagamento delle spese del procedimento.

omissis

In materia di ricorso *ex art.* 625-*bis* cod. proc. pen. l'oramai consolidato orientamento sui limiti della cognizione del giudice di legittimità è segnato come noto dall'impostazione tracciata da **Sez. U., n. 16103 del 27 marzo 2002, dep. 30 aprile 2002, Basile, Rv. 221280**, per cui l'errore di fatto verificatosi nel giudizio di legittimità e oggetto del ricorso straordinario consiste in un errore percettivo causato da una svista o da un equivoco in cui la Corte di cassazione sia incorsa nella lettura degli atti interni al giudizio stesso e connotato dall'influenza esercitata sul processo formativo della volontà, viziato dall'inesatta percezione delle risultanze processuali che abbia condotto a una decisione diversa da quella che sarebbe stata adottata senza di esso. Ed in tal senso la sentenza Basile ha precisato che:

a) qualora la causa dell'errore non sia identificabile esclusivamente in una fuorviata rappresentazione percettiva e la decisione abbia comunque contenuto valutativo, non è configurabile un errore di fatto, bensì di giudizio, come tale escluso dall'orizzonte del rimedio straordinario;

b) sono estranei all'ambito di applicazione dell'istituto altresì gli errori di interpretazione di norme giuridiche, sostanziali o processuali, ovvero la supposta esistenza delle norme stesse o l'attribuzione ad esse di una inesatta portata, anche se dovuti ad ignoranza di indirizzi giurisprudenziali consolidati, nonché gli errori percettivi in cui sia incorso il giudice di merito, dovendosi questi ultimi far valere - anche se risoltisi in travisamento del fatto - soltanto nelle forme e nei limiti delle impugnazioni ordinarie;

c) l'operatività del ricorso straordinario non può essere limitata alle decisioni relative all'accertamento dei fatti processuali, non risultando giustificata una simile restrizione dall'effettiva portata della norma in quanto l'errore percettivo può cadere su qualsiasi dato fattuale.

Nell'ambito del solco tracciato dalle Sezioni Unite in più occasioni la giurisprudenza di legittimità si è occupata specificamente dell'errore di percezione rifluente sull'accertamento della prescrizione.

Inizialmente **Sez. 6, n. 10781 del 24 febbraio 2009, dep. 11 marzo 2009, Bonanni, Rv. 243668**, ha escluso che la mancata rilevazione della prescrizione del reato nel corso in sede di legittimità potesse ritenersi riconducibile alla nozione di errore di fatto accolta dall'art. 625-*bis* cod. proc. pen., escludendo di conseguenza l'attività del rimedio straordinario allo scopo di far dichiarare l'estinzione del reato. Ed in tal senso la sentenza Bonanni sottolinea che l'individuazione del momento di consumazione del reato (per il quale non è sufficiente il dato emergente dall'iniziale capo di imputazione ma occorre la verifica di una non diversa valutazione dei giudici del merito) e la verifica dell'esistenza o meno di cause di interruzione ovvero di sospensione della prescrizione sono attività prettamente a contenuto valutativo, che richiedono un apprezzamento anche discrezionale suscettibile di previo contraddittorio e, come tale, insuperabilmente diverso dal mero controllo formale di immediata e indiscutibile evidenza. In definitiva, il tema dell'intervenuta o meno prescrizione del reato per cui si procede è argomento, o punto della decisione, tipicamente oggetto di valutazione e giudizio, e la sua mancata trattazione nel processo in cassazione non è di regola riconducibile all'errore di fatto, tantomeno all'errore materiale, di cui all'art. 625-*bis* cod. proc. pen. Sulla stessa linea **Sez. 1, n. 41237 del 28 ottobre 2008, dep. 5 novembre 2008, Insoigna, Rv. 242416**, per cui non è classificabile come errore percettivo

Le Sezioni Unite, sul presupposto che la fattispecie dell'associazione finalizzata alla commissione di fatti di lieve entità di traffico illecito di sostanze stupefacenti ex art. 74, comma sesto, del d. P.R. n. 309 del 1990 è ipotesi autonoma di reato e non mera ipotesi attenuata del reato di cui al comma primo, hanno affermato che la stessa non è soggetta al regime, derogatorio rispetto alla disciplina ordinaria, e da interpretarsi restrittivamente, di presunzione di sussistenza delle esigenze cautelari e di adeguatezza della misura della custodia cautelare in carcere, ex art. 275, comma terzo, cod. proc. pen. (massima non ufficiale)

omissis

1. La questione demandata al giudizio delle Sezioni Unite consiste nello stabilire «*se la presunzione di adeguatezza della sola misura cautelare della custodia carceraria, prevista dall'art. 275, comma 3, cod. proc. pen., operi, sussistendo i gravi indizi di colpevolezza ed esigenze di cautela, in riferimento all'imputazione per il reato di associazione per delinquere finalizzata al traffico di sostanze stupefacenti quando l'associazione sia costituita al fine di commettere fatti di lieve entità*».

2. Su tale specifica questione non risultano precedenti decisioni, né in senso affermativo né in senso negativo, della Corte di cassazione; in relazione ad essa, peraltro, assumono significatività i termini del contrasto insorto in altri ambiti (ed al quale si è sopra accennato), concernenti soprattutto la valenza dei richiami operati da alcune norme al fine di escludere l'applicabilità di taluni istituti ad alcune fattispecie criminose.

Infatti, ai fini della risoluzione della questione e, corrispondentemente, della decisione del ricorso, articolato sull'unico motivo rappresentato dalla pretesa inapplicabilità alla fattispecie delittuosa dell'art. 74, comma 6, d.P.R. n. 309 del 1990 della presunzione di pericolosità di cui all'art. 275, comma 3, cod. proc. pen., deve necessariamente chiarirsi se il generico rinvio, sostanzialmente operato (sia pure per il tramite dell'art. 51, comma-3 *bis*, cod. proc. pen.) da tale ultima disposizione processuale ai «delitti previsti dall'art. 74 del testo unico approvato con decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309», debba essere ritenuto comprensivo o meno anche della fattispecie di lieve entità contemplata dal comma 6 del citato articolo, al proposito assumendo rilevanza l'orientamento che la Corte di legittimità ha assunto in relazione ad alcune fattispecie che, analogamente all'art. 275, comma 3, cod. proc. pen., operano, appunto, un rinvio, diretto od indiretto, all'art. 74 cit. nella sua genericità.

2.1. Secondo un primo orientamento infatti -con riguardo al divieto di applicazione dei benefici penitenziari in genere e della sospensione dell'esecuzione della pena ex art. 1, comma 3, lett. a), legge n. 207 del 2003, ovvero della sospensione della esecuzione delle pene detentive ex art. 656, comma 9, cod. proc. pen. previsto per i reati indicati dall'articolo 4-*bis* legge 26 luglio 1975, n.354, nonché con riguardo al divieto del "patteggiamento allargato" previsto dal comma 1-*bis* dell'art. 444 cod. proc. pen. per i reati di cui all'art. 51, commi 3-*bis* e *quater*, cod. proc. pen.- si è ritenuto che il rinvio all'art. 74 del d.P.R. n. 309 del 1990 non riguardasse anche l'ipotesi associativa di cui al comma 6 del detto articolo.

E ciò: perché trattasi di una configurazione autonoma di reato rispetto alle ipotesi associative più gravi previste dai commi 1 e 2 del medesimo articolo, presentando essa un carattere specializzante autonomo ed originale rispetto a tali più gravi associazioni, non essendosi prevista una mera riduzione di pena, essendosi operato un generale richiamo all'art. 416 cod. pen. che, per le caratteristiche del rinvio, non può essere considerato solo *quoad poenam*; perché il legislatore, tenuto conto del minore allarme sociale suscitato dalla condotta incriminata e della minore pericolosità degli autori dei fatti previsti dall'art. 73, comma 5, d.P.R. n. 309 del 1990, ha voluto riqualificare l'associazione dedita allo spaccio per tali fatti di lieve entità come una semplice ipotesi di associazione per delinquere ex art. 416 cod. pen.; perché la esclusione dai benefici operata

dall'art. 4-*bis* Ord. Pen. nonché la esclusione dall'applicazione del rito speciale di cui all'art. 444 cod. proc. pen. operata dall'art. 51, comma 3-*bis*, cod. proc. pen. riguardano tutte le ipotesi previste dall'art. 74 d.P.R. n. 309 del 1990 ma non anche quella di cui al comma 6 del detto articolo che, per effetto del richiamo operato all'art. 416, comma primo e secondo, cod. pen., segue il regime giuridico previsto per tale tipo di reato in relazione al quale non sono contemplate analoghe esclusioni (cfr. Sez. 5, n. 1483 del 16/03/2000, De Santis, Rv. 216045; Sez. 1, n. 26310 del 06/07/2006, La Monica, Rv. 235018; Sez. 6, n. 42639 del 20/09/2007, Russi, Rv. 237966; Sez. 6, n. 11938 del 05/03/2009, Colasuonno, Rv. 243079).

2.2. Secondo un secondo orientamento, con riguardo al divieto di sospensione di esecuzione della pena *ex* art. 656, comma 9, cod. proc. pen., si é di contro ritenuto, così pervenendo a conclusioni completamente difformi, che il rinvio di cui si discute (quale operato tramite il citato articolo 4-*bis* Ord. Pen., ma le considerazioni espresse valgono sostanzialmente anche con riguardo al rinvio operato tramite l'art. 51, comma 3-*bis*, cod. proc. pen.) imponga di estendere il divieto di sospensione della esecuzione della pena anche quando trattasi della associazione costituita al fine di commettere fatti di lieve entità contemplata dal comma 6 dell'art. 74 d.P.R. n. 309 del 1990.

E ciò: perché la lettera dell'art. 4-*bis* Ord. Pen., nell'elencare i reati ostativi alla concessione dei benefici penitenziari in considerazione della peculiare pericolosità sociale del condannato, annovera anche i delitti di cui all'art. 74 d.P.R. n. 309 del 1990 nella sua interezza, senza operare alcuna distinzione tra ipotesi aggravate o attenuate di associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti; perché, in ragione della diversità dell'oggetto di tutela dei reati previsti dall'art. 416 cod. pen. e dall'art. 74, comma 6, d.P.R. n. 309 del 1990 (il primo tutelando l'ordine pubblico ed il secondo la salute individuale e collettiva contro l'aggressione della droga e la sua diffusione) e della natura specializzante dei reati-fine programmati dal secondo tipo di associazione, si é costantemente ritenuto configurabile il concorso formale delle autonome norme incriminatrici quando il programma criminoso della pur unica associazione comprenda, oltre ai fatti relativi al traffico della droga, altri delitti comuni; perché lo spettro delle figure soggettive di cui al primo comma dell'art. 74 d.P.R. n. 309 del 1990 é più ampio di quelle delineate nel primo comma dell'art. 416 cod. pen.; perché, conseguentemente, la pretesa omologazione del regime giuridico comporterebbe l'irragionevole esclusione dalla specifica previsione attenuata di cui al comma 6 dell'art. 74 d.P.R. n. 309 del 1990 delle condotte di direzione e di finanziamento non previste dal primo comma dell'art. 416 cod. pen.; perché, in conclusione, appare più coerente con la formulazione letterale delle disposizioni in esame e con la *ratio legis* delle disposte esclusioni ritenere che il radicale giudizio di pericolosità sociale nei confronti del condannato per taluno dei delitti associativi finalizzati all'illecito traffico di sostanze stupefacenti permanga pur quando la condotta criminosa sia diretta alla commissione di fatti di lieve entità (cfr. Sez. 1, n. 25213 del 03/06/2009, Russi, Rv. 243824; Sez. 1, n. 10050 del 19/02/2002, Morelli, Rv. 221497).

3. Ebbene, pur tenute presenti tutte le ragioni sottese alle diverse decisioni, deve -in relazione alla specifica questione qui sottoposta- pervenirsi alla conclusione che il richiamo all'art. 74 d.P.R. n. 309 del 1990 operato per il tramite dell'art. 51, comma 3-*bis*, dall'art. 275, comma 3, cod. proc. pen. (laddove, in presenza di esigenze cautelari, si impone per talune fattispecie criminose l'applicazione della sola custodia cautelare in carcere) non sia comprensivo della fattispecie contemplata dal comma 6 del citato art. 74.

Secondo un orientamento consolidato - e qui condiviso - detta fattispecie costituisce ipotesi autonoma di reato e non mera ipotesi attenuata (sia pure con determinazione autonoma della pena) del reato di cui al comma 1 dell'articolo 74 d.P.R. n. 309 del 1990. Il disposto rinvio ai commi primo e secondo dell'art. 416 cod. pen. - nei termini usati dal legislatore - riconduce infatti l'associazione per delinquere finalizzata alla commissione di fatti di lieve entità in materia di droga all'associazione per delinquere comune di cui all'art. 416 cod. pen., ciò imponendolo la chiara dizione della norma («si applicano il primo ed il secondo comma dell'art. 416 del codice penale»), espressione di un rinvio *quoad factum* e non di un mero rinvio *quoad poenam* (atteso che in tale

caso sarebbe stata utilizzata la diversa dizione «si applicano le pene previste da commi primo e secondo dell'art. 416 cod. pen.») ed indicativa della volontà del legislatore di riservare all'ipotesi criminosa in questione, in ragione del minor allarme sociale suscitato dai fatti e della minore pericolosità degli autori degli stessi, un regime diverso da quello previsto per l'ipotesi criminosa contemplata dal comma 1 dell'art. 74 d.P.R. n. 309 del 1990. Peraltro, come già sottolineato da talune pronunce delle sezioni semplici di questa Corte, ove si fosse inteso regolare, al comma 6 del citato art. 74, una ipotesi circostanziata attenuata, il legislatore avrebbe previsto una semplice riduzione di pena rispetto alle ipotesi associative più gravi previste dai commi precedenti, senza operare quel generale richiamo - nei termini di cui si è detto - all'art. 416 cod. pen.

L'applicazione all'ipotesi criminosa di cui al comma 6 dell'art. 74 d.P.R. n. 309 del 1990 del regime giuridico previsto per il delitto di cui all'art. 416 cod. pen. impone dunque di ritenere il generico rinvio all'art. 74 cit. come non comprensivo della fattispecie criminosa di lieve entità, non contemplando le norme richiamate al fine di escludere l'applicazione di benefici ed istituti ovvero di regolare determinati istituti i delitti per i quali è riservato il regime giuridico previsto per il delitto di cui all'art. 416 cod. pen.

Né può sostenersi che, anche a voler convenire sulla natura autonoma del reato di cui al comma 6 dell'art. 74 cit. e sulla applicabilità allo stesso del regime giuridico proprio dell'associazione per delinquere comune, il richiamo senza limitazioni di sorta all'art. 74 d.P.R. n. 309 del 1990 non consentirebbe, comunque, di escludere dal rinvio la fattispecie criminosa in questione. Una tesi siffatta non tiene conto della irragionevolezza di una scelta legislativa - e quindi della poca persuasività di una tale interpretazione - che, dopo aver assimilato tale fattispecie criminosa all'associazione per delinquere di cui all'art. 416 cod. pen., riservi ad essa nelle materie qui considerate, nonostante il ritenuto minore disvalore della condotta criminosa contemplata al comma 6 dell'art. 74 d.P.R. n. 309 del 1990 (sia rispetto alle ipotesi di cui ai commi precedenti del detto articolo sia rispetto a molte delle condotte riconducibili nell'ambito dell'art. 416 cod. pen.) un trattamento differenziato e maggiormente afflittivo di quello previsto per l'associazione per delinquere comune. E poiché è obbligo dell'interprete, tra le possibili interpretazioni della norma, privilegiare quella che non presenti profili di irragionevolezza e non confligga con i principi costituzionali, deve convenirsi sulla correttezza di quell'orientamento giurisprudenziale per primo illustrato nell'ordinanza di remissione a queste Sezioni Unite e qui condiviso.

4. Inoltre - e ciò vale ad ulteriormente consolidare la correttezza dell'interpretazione sopra esposta con riguardo alla specifica questione demandata - deve tenersi presente la *ratio* della disposizione di cui all'art. 275, comma 3, cod. proc. pen., volta ad introdurre un più severo regime custodiale tramite la presunzione - relativa - di sussistenza delle esigenze cautelari e la presunzione - assoluta - di esclusiva adeguatezza della misura della custodia in carcere per determinati reati.

La natura derogatoria della disposizione rispetto al regime ordinario (caratterizzato dalla previsione di una pluralità di misure incidenti in maniera differenziata e graduale sulla libertà personale e di criteri idonei a consentire una scelta del trattamento cautelare adeguata alle esigenze configurabili nei singoli casi concreti) nonché i principi costituzionali di riferimento (eguaglianza dei cittadini dinanzi alla legge, inviolabilità della libertà personale, presunzione di non colpevolezza, riserva di legge e giurisdizione in materia, *ex artt.* 3, 13, 27 Cost.) impongono invero di adottare in ordine all'ambito del generico rinvio all'art. 74 d.P.R. n. 309 del 1990, operato tramite il richiamo dell'art. 51, comma 3-*bis*, cod. proc. pen. dall'art. 275, comma 3, dello stesso codice, un criterio di interpretazione restrittiva - e costituzionalmente orientato - anche in relazione all'individuazione dei singoli reati in esso compresi.

E ciò tanto più se si tiene doverosamente conto: della *ratio* della richiamata norma di cui all'art. 51, comma 3-*bis*, cod. proc. pen., volta ad introdurre una deroga all'ordinaria regola di attribuzione delle funzioni di pubblico ministero per determinati procedimenti, rispondente a ragioni di opportunità organizzative, senza alcun riferimento alla problematica delle esigenze cautelari e senza alcun intendimento di omologazione a tali fini dei reati per i quali la deroga è stabilita; di

quanto affermato in recenti pronunzie della Corte costituzionale, laddove si é ricordato che le presunzioni assolute, specie quando limitano un diritto fondamentale della persona, violano il principio di eguaglianza se sono arbitrarie ed irrazionali e se sia agevole formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione (cfr. Corte cost., sentenze nn. 139 e 265 del 2010, nn. 164 e 231 del 2011, l'ultima intervenuta successivamente alla pronuncia della presente sentenza e nel corso della stesura della motivazione).

5. Alla stregua delle considerazioni sopra esposte deve dunque affermarsi che «*la presunzione di adeguatezza della misura della custodia carceraria prevista dall'art. 275, comma 3, cod. proc. pen. non opera, sussistendo i gravi indizi di colpevolezza, in riferimento all'imputazione per il reato di associazione per delinquere finalizzata al traffico di sostanze stupefacenti quando l'associazione sia costituita al fine di commettere fatti di lieve entità*».

6. Ne consegue che, avendo il Tribunale di Messina motivato la reiezione dell'appello interposto ex art. 310 cod. proc. pen. da Gaetano Valastro nei confronti dell'ordinanza emessa il 21 giugno 2010 dal G.i.p. del medesimo Tribunale sulla base della applicabilit  al caso di specie della presunzione di adeguatezza della sola misura in carcere, deve accogliersi il ricorso del difensore dell'imputato che ha, di contro, sostenuto la non operativit  della detta presunzione.

Omissis

La questione demandata al giudizio delle Sezioni Unite consisteva nello stabilire se la presunzione di adeguatezza della misura cautelare della custodia carceraria operi, sussistendo i gravi indizi di colpevolezza, in riferimento all'imputazione per il reato di associazione per delinquere finalizzata al traffico di sostanze stupefacenti quando l'associazione sia costituita al fine di commettere fatti di lieve entit . Su tale specifica questione, per la verit , non risultano precedenti affermazioni, n  in senso affermativo, n  in senso negativo, della Corte di cassazione. Tuttavia ai fini della risoluzione della questione e, corrispondentemente, della decisione del ricorso, articolato infatti sull'unico motivo rappresentato dalla pretesa inapplicabilit , alla fattispecie delittuosa dell'art. 74, comma sesto, d. P.R. n. 309 del 1990, della presunzione di pericolosit  di cui all'art. 275, comma terzo, si rende necessario chiarire se il generico rinvio, sostanzialmente operato (sia pure per il tramite dell'art. 51 comma 3 bis) da tale ultima disposizione processuale, allo "art. 74 del testo unico approvato con D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309", debba essere ritenuto comprensivo o meno anche della fattispecie di lieve entit  del comma sesto. In tal senso, dunque, diventa rilevante l'orientamento che la Corte ha assunto in tutte quelle fattispecie che, analogamente all'art. 275, comma terzo, operano, appunto, un rinvio, diretto od indiretto, all'art. 74 cit. nella sua genericit  (pur dovendo anche sottolinearsi come l'utilizzazione, ai fini della risoluzione della questione rimessa al vaglio delle Sezioni Unite, del significato del rinvio alla fattispecie associativa ex art. 74 *tout court* effettuato dal legislatore in altri contesti normativi e, soprattutto, dell'interpretazione data dalla stessa Corte a tali disposizioni, potrebbe essere fuorviante proprio tenendo conto della peculiarit  propria di ogni norma).

Va segnatamente ricordato, infatti, che la Corte ha trattato di tale problematica in ordine alla : **a)** sospensione dell'esecuzione della pena prevista dall'art. 1 comma terzo lett. a) l. n. 207 del 2003 (giacch  ivi si prevede che "la sospensione non si applica...quando la pena   conseguente alla condanna per i reati indicati...dall'articolo 4 *bis* della legge 26 luglio 1975 n. 354 e successive modificazioni" in essi rientrando anche "i delitti di cui all'articolo 74 del testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope" ; **b)** applicazione della pena nel caso di "patteggiamento allargato" ex art. 444 cod. proc. pen. (giacch , ivi, al comma primo bis, si prevede che "sono esclusi dall'applicazione del comma 1 i procedimenti per i delitti di cui all'articolo 51, commi 3 *bis* e 3 *quater*"); **c)** sospensione dell'esecuzione delle pene detentive di cui all'art. 656 cod. proc. pen. (giacch , ivi, al comma nono, si prevede che "la sospensione dell'esecuzione di cui al comma 5 non pu  essere disposta : a) nei confronti dei condannati per i delitti di cui all'articolo 4 *bis* della legge 26 luglio 1975, n. 354 e successive modificazioni, in essi rientrando, come gi  detto, anche "i delitti di cui all'articolo 74 del testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope"). A tali situazioni potrebbero, in verit , tra le altre, aggiungersi anche quella : a) della confisca ex art. 12 *quinquies* del d.l. n. 306 del 1992, conv. in l. n. 356 del 1992 (estesa infatti anche a "coloro nei cui confronti pende procedimento penale...per i delitti...di cui agli articoli 73 e 74 del testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope..."); b) della confisca ex art. 12 *sexies* del medesimo d.l. n. 306 del 1992 (ove, al comma primo, si prevede infatti che la confisca vada sempre disposta "nei casi di condanna o di applicazione della pena...per taluno dei delitti previsti...dagli artt. 73, esclusa la fattispecie di cui al comma 5, e 74 del testo unico in materia di disciplina degli stupefacenti"); c) della sanzione pecuniaria e delle sanzioni interdittive in relazione alla responsabilit  amministrativa delle persone giuridiche ex d. lgs. 8 giugno 2001 n. 231 (giacch , all'art. 24 ter, si richiamano testualmente anche i "delitti previsti dall'articolo 74 del testo unico di cui al decreto del Presidente della

Repubblica 9 ottobre 1990 n.309”); d) della esecuzione della pena presso l'abitazione del condannato o altro luogo pubblico o privato di cura ex art. 1 legge 26 novembre 2010, n.199 (giacché, ivi, al comma secondo si prevede che “la detenzione presso il domicilio non e' applicabile : a) ai soggetti condannati per taluno dei delitti indicati dall'articolo 4-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni...”¹).

Ebbene, l'orientamento della Corte sul punto è approdato a contrapposte soluzioni in dipendenza, fondamentalmente, dalla natura attribuibile alla fattispecie di cui all'art. 74, comma sesto, talora individuata come autonoma e talaltra invece come rapportabile, in senso attenuato, a quella del comma primo.

Si rende dunque necessaria la specifica illustrazione dei differenti approdi esegetici.

Un primo orientamento giurisprudenziale esclude che il riferimento generico all'art. 74 significhi richiamo anche della ipotesi di lieve entità. Con riferimento, in particolare alla normativa, già menzionata sopra, dell'art. 1, comma terzo, lett. a) della legge n. 207 del 2003, la Corte ha affermato infatti che, se pure è vero che l'art. 4 bis ord. penit., richiamato dall'art. 1 cit., fa riferimento ai delitti previsti dall'art. 74 del d. P.R. n. 309 del 1990 senza prevedere esclusioni di sorta, tuttavia «l'articolo 74, comma 6, prevede che "se l'associazione è costituita per commettere i fatti descritti dal D.P.R. n. 309 del 1990, art. 73, comma 5, si applica l'art. 416 c.p., commi 1 e 2»...senza che tale ultimo riferimento possa ritenersi effettuato solo *quoad poenam*. Infatti, secondo la Corte, «il legislatore, tenuto conto del minore allarme sociale suscitato da tali fatti e della minore pericolosità degli autori dei fatti previsti dal D.P.R. n. 309 del 1990, art. 73, comma 5, ha voluto riqualificare l'associazione dedita allo spaccio di sostanze stupefacenti per i fatti di lieve entità di cui al D.P.R. n. 309 del 1990, art. 73, comma 5, come una semplice ipotesi di associazione per delinquere prevista dall'art. 416 c.p.; di qui, dunque, la conclusione che «l'esclusione dai benefici operata dall'art. 4 bis ord. penit. riguarda tutte le ipotesi previste dal D.P.R. n. 309 del 1990, art. 74, ma non anche quella di cui al comma 6, che, per effetto del richiamo operato all'art. 416 c.p., segue il regime giuridico previsto per tale tipo di reato»². Analoga conclusione è stata adottata con riferimento alla sospensione della esecuzione della pena di cui all'art. 656, comma nono, cod. proc. pen., essendosi, anche in tal caso, anche nei medesimi termini letterali, affermato che «l'esclusione dai benefici operata dall'art.4 bis dell'ordinamento penitenziario riguarda tutte le ipotesi previste dall'art. 74 d.P.R. 309/90 ma non anche quella di cui al comma 6, che, per effetto del richiamo operato dall'art.416 cod.pen., segue il regime giuridico previsto per tale tipo di reato»³. La natura autonoma del reato in oggetto risulta affermata dalla Corte anche con riferimento al già ricordato regime di esclusione del patteggiamento c.d. “allargato” previsto, per taluni, più gravi reati, dall'art. 444 cod. proc. pen. Con una prima decisione si è infatti rilevato che «la c.d. associazione per fatti di lieve entità è una vera e propria figura autonoma di reato, che presenta, oltre a tutti gli elementi dell'associazione per delinquere generica, un carattere specializzante autonomo ed originale rispetto alla stessa associazione di cui all'art. 74, comma 1, rappresentato dalla destinazione ad un traffico di sostanze stupefacenti di lieve entità, giacché «per tale autonoma figura di reato il D.P.R. n. 309 del 1990, art. 74, comma 6, non prevede una semplice riduzione di pena rispetto alle ipotesi associative più gravi previste in detto articolo commi 1 e 2, ma opera un generale richiamo all'art. 416 c.p., che, per le caratteristiche del rinvio, non può essere ridotto ad un mero richiamo *quoad poenam*». Infatti, il legislatore, tenuto conto del minore allarme sociale e della minore pericolosità degli autori dei fatti previsti dal D.P.R. n. 309 del 1990, art. 73, comma 5, avrebbe «voluto riqualificare l'associazione dedita allo spaccio di sostanze stupefacenti per i fatti di lieve entità di cui al D.P.R. n. 309 del 1990, art. 73, comma 5, come una semplice ipotesi di associazione per delinquere prevista dall'art. 416 c.p.». Di qui, allora, la conclusione per cui la fattispecie di associazione finalizzata al traffico di sostanze stupefacenti, costituita per commettere fatti illeciti di lieve entità «non è di per sé ostativa all'applicazione del rito speciale di cui all'art. 444 c.p.p., in quanto tale norma, nell'escludere l'applicabilità dell'istituto a tutte le ipotesi delittuose elencate nell'art. 51, comma 3 bis, non contempla analoga esclusione per i delitti cui sia impresso il regime giuridico previsto per il delitto di cui all'art. 416 c.p.»⁴.

Un ulteriore possibile spunto di riflessione potrebbe poi valorizzare il contesto nel quale è effettuato il richiamo, sia pure non direttamente, all'art. 74; infatti la *ratio* della disposizione contenuta nell'art. 275, comma terzo, è, come noto, quella di introdurre un più severo regime custodiale basato, in primo luogo, sulla presunzione relativa, per determinati reati, di sussistenza delle esigenze cautelari, la cui valutazione è invece, nel regime ordinario dei commi primo e seguenti, affidata al giudice; la natura derogatoria della disposizione potrebbe, dunque, indirizzare per un criterio di interpretazione restrittiva del più severo regime anche, pertanto, con riferimento ai singoli reati ivi compresi.

Val la pena ricordare, peraltro, che l'ordinanza del Tribunale del riesame di Messina, impugnata nella specie, afferma (in ciò seguendo l'impostazione dell'ordinanza del Gip) l'inclusione della fattispecie attenuata del comma sesto all'interno del richiamo effettuato dall'art. 275, comma terzo, cod. proc. pen. pur rilevando come la stessa rappresenti “una vera e propria figura autonoma di reato” e, dunque, facendo leva, a tali fini, sul dato meramente formale della mancata espressa esclusione del comma sesto stesso dal generico rinvio all'art. 74.

Un secondo orientamento, formatosi sul tema della sospensione di esecuzione della pena ex art. 656, comma nono, cod. proc. pen., è giunto invece a conclusioni diverse.

¹ Con riferimento all'art. 12 *sexies* del d.l. n. 306 del 1992 va evidenziato sin d'ora che, mentre, appunto, la norma esclude espressamente dall'applicazione della confisca la fattispecie di cui al comma quinto dell'art. 73, nessuna esclusione invece opera con riguardo al comma sesto dell'art. 74.

² Sez. I, n. 26310 del 06/07/2006, dep. 27/07/2006, La Monica, Rv. 235018.

³ Sez. 5, n. 1483 del 16/03/2000, dep. 06/04/2000, P.M. in proc. De Santis, Rv. 216045.

⁴ Sez. 6, n. 42639 del 20/09/2007, dep. 19/11/2007, P.G. in proc. Russi ed altri, Rv. 237966. Nel medesimo senso, Sez. 6, n. 11938 del 05/03/2009, dep. 18/03/2009, P.G. in proc. Colasuonno, Rv. 243079.

Con una prima, meno recente ma più articolata pronuncia, la Corte, andando di contrario avviso in particolare rispetto alla sentenza n. 1483 del 2000, già ricordata sopra, ha affermato che il reato di associazione per delinquere finalizzata al traffico di sostanze stupefacenti, anche quando l'associazione sia costituita al fine di commettere fatti di lieve entità e pertanto soggetta alla disciplina più favorevole di cui all'art. 74, comma 6, del D.P.R. 9 ottobre 1990 n. 309, rientra comunque tra i delitti di cui all'art. 4 bis dell'ordinamento penitenziario per i quali, ai sensi dell'art. 656, comma 9, lett. a), non è consentita la sospensione dell'esecuzione della pena. La Corte, premesso che il richiamo effettuato dall'art. 4 bis ord. penit. è all'art. 74 nella sua interezza, ha escluso la possibilità di assimilare il regime giuridico dell'associazione di lieve entità a quello dell'associazione per delinquere di cui all'art. 416 cod. pen.; ha infatti osservato come, attesa la diversità dell'oggetto giuridico dei due reati (l'art. 416 cod. pen. tutelando l'ordine pubblico e l'art. 74, comma sesto, invece, la salute individuale e collettiva contro l'aggressione della droga e la sua diffusione) e la natura specializzante dei reati-fine programmati dal secondo tipo di associazione, «la giurisprudenza di legittimità abbia costantemente ritenuto configurabile il concorso formale delle autonome norme incriminatrici, quando il programma criminoso della pur unica associazione comprenda, oltre i fatti di illecito traffico di stupefacenti - anche se di lieve entità, - altri delitti comuni (Cass., Sez. 5^a, 29.11.1999, Aparo, rv. 215257; Sez. 6^a, 14.6.1995 Montani, rv. 203643-644)». Ha aggiunto che, come rilevato in dottrina, «lo spettro delle figure soggettive di cui al primo comma dell'art. 74 d.p.r. 309/90 è più ampio di quello delineato nel primo comma dell'art. 416 c.p., non essendo fra queste annoverate chi "dirige" o "finanzia" l'associazione: di guisa che la pretesa omologazione del regime giuridico comporterebbe l'irragionevole esclusione dalla specifica previsione attenuata di cui al citato art. 74 comma 6 delle condotte di direzione e di finanziamento dell'associazione finalizzata a fatti di illecito traffico di stupefacenti di lieve entità», sembrando, dunque, «più coerente con la formulazione letterale delle disposizioni normative in esame e con la *ratio legis* ritenere che il concreto dispiegarsi del fenomeno organizzativo, nonostante il minor disvalore della condotta criminosa diretta alla commissione di fatti di lieve entità, non sia tuttavia in grado di attenuare il radicale giudizio di pericolosità sociale nei confronti del condannato per taluno dei delitti associativi comunque finalizzati all'illecito traffico di sostanze stupefacenti»⁵. Tale conclusione è stata inoltre riaffermata, negli stessi, letterali, termini, da altra recente decisione⁶. Va infine ricordato come altra pronuncia, pur con riferimento a tutt'altro tema (ovvero quello della confisca *ex art. 12 sexies* del d.l. n. 306 del 1992, già menzionata sopra), abbia incidentalmente osservato che l'art. 12 in oggetto, nell'elencare una serie di delitti fra i quali è ricompresa l'associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti *ex art. 74* D.P.R. n. 309 del 1990, non ha operato alcuna eccezione per la fattispecie attenuata di cui al comma sesto di quest'ultima disposizione, pur essendo invece esplicitamente esclusa l'ipotesi di lieve entità di cui all'art. 73 comma quinto D.P.R. cit.⁷ Di qui, dunque, secondo le sentenze n.10050 del 2002 e 25213 del 2009, un possibile ulteriore argomento nel senso della ricomprensione dell'associazione di lieve entità all'interno del generico richiamo dell'art. 74.

In dottrina, la specifica questione del significato del richiamo, da parte dei testi normativi ricordati sopra, all'art. 74 cit. non risulta affrontata. Tuttavia, spunti utili possono indirettamente provenire dall'analisi della natura giuridica dell'illecito in parola e dei rapporti tra tale reato e quello di cui all'art. 416 cod. pen., posto che, come già rilevato sopra, ove la associazione di lieve entità fosse fatta rientrare, in virtù del richiamo testuale dello stesso comma sesto, nella struttura della associazione per delinquere, il rinvio al reato di cui all'art. 74 non significherebbe rinvio anche all'ipotesi attenuata in questione. Ed in effetti, secondo un primo orientamento, la fattispecie di cui all'art.74, comma sesto, cit., configurerebbe un'ipotesi autonoma di reato, proprio nel senso che il richiamo ivi effettuato all'art. 416 cod. pen. non sarebbe soltanto *quoad poenam* ma riguarderebbe la stessa struttura del delitto associativo⁸; e ciò tanto più in quanto la norma richiamerebbe, integralmente, il primo e il secondo comma dell'art. 416 cod. pen. e non solo la pena per essi prevista⁹. Alla medesima conclusione della natura autonoma del reato giungono coloro che fanno leva, invece, sull'analisi strutturale del comma quinto dell'art. 73 da cui si ricava che gli elementi caratterizzanti la fattispecie non sono una mera variante d'intensità, bensì elementi descrittivi ulteriori che compongono una nuova fattispecie, aggiungendosi che, in caso contrario, la pena sarebbe stata determinata mediante riduzioni percentuali o in modo autonomo, senza fare riferimento ad altre disposizioni di legge, specie se esulanti dalla specialità della materia disciplinata¹⁰.

Su un versante opposto si situano invece coloro che, sottolineando che le conclusioni di cui sopra dovrebbero comportare, incongruamente, l'inapplicabilità, alla associazione di lieve entità, delle condotte di "direzione" e "finanziamento" di cui al comma primo dell'art. 74, non richiamate, infatti, dai commi primo e secondo dell'art. 416 cod. pen., propendono per il richiamo solo *quoad poenam* alla associazione per delinquere, con conseguente natura

⁵ Sez. 1, n. 10050 del 19/02/2002, dep. 11/03/2002, Morelli, Rv. 221497.

⁶ Sez. 1, n. 25213 del 03/06/2009, dep. 17/06/2009, P.M. in proc. Russi, Rv. 243824.

⁷ Sez. 4, n. 2263 del 20/09/1996, dep. 30/12/1996, Bortuzzo, Rv. 206609.

⁸ E. Fortuna, *Stupefacenti (dir. interno)*, in *Enc. Dir.*, XLIII, Milano 1990, 1205. Nel medesimo senso, M. Ronco, *Stupefacenti (dir. pen.)*, in *Enc. giur.*, XXX, Milano, 1993, 1.

⁹ G. Insolera, *L'associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti*, in AA. VV., *La riforma della legislazione penale in materia di stupefacenti*, a cura di Bricola e Insolera, Padova, 1991, 86.

¹⁰ N. Bartone - A. Iazzetti - F. Izzo, *Stupefacenti e sostanze psicotrope*, Napoli, 1991, 48 e ss.; G. Ambrosini, *La riforma della legge sugli stupefacenti*, Torino, 1991, 86.

Ai sensi del comma 2 dell'art. 458 cod. proc. pen. il giudice, prima di emettere il decreto che fissa l'udienza per la celebrazione del rito abbreviato, deve valutare l'ammissibilità della richiesta; ed è pacifico che, in caso di richiesta di rito abbreviato non condizionata, la valutazione del giudice è limitata soltanto alla verifica dei requisiti formali richiesti per l'accesso al rito, essendo stato escluso dalla legge n. 479 del 1999 il requisito della necessaria definibilità del processo allo stato degli atti.

Se risultano carenti i requisiti di ammissibilità, la richiesta verrà dichiarata inammissibile, con prosecuzione del giudizio con le forme del rito immediato.

Nel giudizio abbreviato che si innesta sul rito immediato devono essere osservate, a norma dell'art. 458, comma 2, seconda parte, le disposizioni degli artt. 438, commi 3 e 5, 441, 441-*bis*, 442 e 443 cod. proc. pen.

1.3. Le rilevanti modifiche apportate al giudizio abbreviato dalla c.d. legge Carotti del 1999, che, con la previsione della richiesta condizionata alla integrazione probatoria, ha aperto la via a una dilatazione dei tempi di definizione dei relativi processi, hanno reso necessaria una modifica, o meglio una integrazione, dell'art. 303 cod. proc. pen., che disciplina i termini di durata della custodia cautelare.

La nuova regola fissata dall'art. 303, comma 1, lett. *b-bis*) cod. proc. pen., introdotta dall'art. 1, comma 1, lett. *b*) d.l. 7 aprile 2000, n. 82, convertito, con modificazioni, dalla legge 5 giugno 2000, n. 144, prevede, infatti, la perdita di efficacia della custodia cautelare, quando, dalla emissione della «ordinanza con cui il giudice dispone il giudizio abbreviato, o dalla sopravvenuta esecuzione della custodia siano decorsi [per quel che qui interessa] nove mesi, quando si procede per un delitto per il quale la legge stabilisce la pena dell'ergastolo o la pena della reclusione superiore nel massimo a venti anni».

Appare opportuno immediatamente evidenziare, perché trattasi di dato certamente significativo, che il legislatore, che con lo stesso testo legislativo aveva modificato anche l'art. 458, comma 2, cod. proc. pen., ha individuato il *dies a quo* per il computo dei termini di custodia cautelare nella «ordinanza con cui il giudice dispone il giudizio abbreviato», senza fare alcuna differenza tra le ipotesi di rito abbreviato condizionato e incondizionato.

2. La soluzione della *quaestio iuris*.

2.1. E' fondato l'indirizzo secondo il quale, ai fini del computo dei termini di decorrenza della custodia cautelare, non è possibile una differenziazione del regime del rito abbreviato, che è disciplinato in modo unitario, a seconda del tipo di richiesta, condizionata o meno ad integrazione probatoria e che, pertanto, il termine di fase del giudizio abbreviato debba avere inizio con la adozione della ordinanza ammissiva del rito.

Milita a favore di tale soluzione in primo luogo il dato letterale dell'art. 303, comma 1, lett. *b-bis*), cod. proc. pen., secondo il quale i termini di fase della custodia cautelare per il rito abbreviato decorrono «dalla emissione dell'ordinanza» ammissiva del rito.

Il riferimento è, quindi, ad un provvedimento tipico del giudice – art. 125 cod. proc. pen. -, che è ben distinto dal decreto e che deve essere motivato a pena di nullità.

Argomento questo di sicuro rilievo perché, come si è già rilevato, la norma in questione è stata introdotta dal d.l. 7 aprile 2000, n. 82, convertito dalla legge 5 giugno 2000, n. 144, testo legislativo che ha apportato modifiche al comma 2 dell'art. 458 cod. proc. pen. – che disciplina appunto le modalità della instaurazione del giudizio abbreviato c.d. “atipico” conseguente alla richiesta del pubblico ministero di giudizio immediato – con riguardo alle conseguenze delle eventuali nuove contestazioni formulate dal pubblico ministero *ex art. 441-bis* cod. proc. pen. sulla scelta del rito abbreviato ed ha contestualmente modificato l'art. 303, comma 1, lett. *a*), cod. proc. pen.

Ebbene, pur avendone l'opportunità, il legislatore non ha disposto alcunché in merito ad una eventuale equiparazione tra il decreto di fissazione dell'udienza previsto dall'art. 458, comma 2, cod. proc. pen. e l'ordinanza ammissiva del rito abbreviato (per la esclusione della equipollenza tra

il decreto e l'ordinanza di cui all'art. 458, comma 2, cod. proc. pen. vedi Sez. 1, del 03/10/2001, D'Amico, Rv. 220119).

E' stato correttamente osservato che sarebbe stato logico attendersi una tale equiparazione qualora i due provvedimenti – decreto ed ordinanza -, previsti entrambi dal comma 2 dell'art. 458 cod. proc. pen., avessero rivestito analoga valenza ai fini della decorrenza dei termini custodiali.

2.2. Anche la interpretazione letterale e quella sistematica dell'art. 458 cod. proc. pen. militano a favore della tesi della non equiparazione ai fini in discussione del decreto di fissazione dell'udienza con l'ordinanza ammissiva del rito abbreviato.

Certo la norma in esame presenta alcune incongruenze ed alcune formalità oggi superflue, a seguito delle modifiche apportate al giudizio abbreviato dalla c.d. legge Carotti.

Tra queste vanno annoverate, ad esempio, le prescrizioni della preventiva notifica della richiesta dell'imputato di rito abbreviato al pubblico ministero e del deposito della prova dell'avvenuta notifica, nonostante la soppressione dell'inciso relativo alla prestazione del consenso da parte del pubblico ministero (art. 36 legge 16 dicembre 1999, n. 479).

Si tratta di adempimenti privi di sanzione processuale specifica ed oramai, come non ha mancato di notare parte della dottrina, privi della pregressa utilità, non potendo più il pubblico ministero esprimere il proprio consenso in ordine alla scelta del rito (Sez. 6, n. 4985 del 08/01/2009, Aprile, Rv. 242911; Sez. 2, n. 26303 del 19/04/2002, Vitale, Rv. 222068).

Non è significativo, invece, il fatto che il comma 2 dell'art. 458 cod. proc. pen., nel richiamare le disposizioni applicabili «nel giudizio» abbreviato instaurato a seguito di richiesta di giudizio immediato del pubblico ministero, abbia omissis il riferimento al comma 4 dell'art. 438 cod. proc. pen., mentre ha richiamato espressamente gli artt. 438, commi 3 e 5, 441, 441-bis, 442 e 443.

L'omesso riferimento al comma 4 dell'art. 438 cod. proc. pen. (tale norma disciplina il rito abbreviato per così dire ordinario), secondo il quale «sulla richiesta il giudice provvede con ordinanza con la quale dispone il giudizio abbreviato», non può implicare che della ordinanza ammissiva del rito non vi sia necessità nelle ipotesi di rito abbreviato “atipico”, essendo del tutto pacifico in dottrina ed in giurisprudenza che per iniziare il giudizio abbreviato vi sia bisogno di un provvedimento ammissivo del rito emesso a conclusione di apposita udienza caratterizzata dall'oralità, nel corso della quale, in contraddittorio delle parti, si valuteranno i requisiti formali di ammissibilità del rito e quelli sostanziali concernenti la fondatezza della richiesta di abbreviato c.d. “condizionato”.

E' da ritenere perciò che la disposizione si limita a regolare *per relationem* le forme da seguire «nel giudizio» che segue al provvedimento ammissivo, dato per presupposto.

Una siffatta conclusione è peraltro confortata dal fatto che lo stesso comma 2 dell'art. 458 cod. proc. pen. nell'ultima parte stabilisce che «nel caso di cui all'art. 441-bis, comma 4, il giudice, revocata l'ordinanza con cui era stato disposto il giudizio abbreviato, fissa l'udienza per il giudizio immediato».

Si tratta dell'ipotesi di nuove contestazioni del pubblico ministero e della facoltà dell'imputato in siffatta situazione di chiedere la revoca dell'ordinanza con la quale era stato disposto il giudizio abbreviato.

Ebbene se è possibile revocare l'ordinanza ammissiva del rito è del tutto evidente che una ordinanza che lo disponga deve necessariamente esservi, nonostante il mancato espresso richiamo del comma 4 dell'art. 438 cod. proc. pen.

2.3. Inoltre l'art. 458, comma 2, cod. proc. pen. stabilisce che «se la richiesta è ammissibile, il giudice fissa con decreto l'udienza».

Ciò significa che il giudice per emettere il decreto deve valutare soltanto la esistenza dei requisiti di ammissibilità della richiesta, ovvero la tempestività della stessa, la legittimazione del richiedente, che non potrà accedere al rito abbreviato quando abbia lui stesso richiesto il giudizio immediato (458, comma 3, cod. proc. pen.), e la riferibilità della richiesta all'intero processo a carico dell'imputato; non anche la “fondatezza” della istanza, ovvero la compatibilità della

integrazione probatoria richiesta con il rito prescelto (in tal senso con riferimento alla richiesta di rito abbreviato condizionato alla integrazione probatoria Sez. 4, n. 3526 del 12/12/2003, dep. 29/01/2004, Lucia, Rv. 229542; e Sez. 6, n. 787 del 20/12/2006, dep. 16/01/2007, Bernardini, Rv. 235851), valutazione che è, invece, demandata al giudice dell'udienza che potrà, all'esito del contraddittorio, accogliere o rigettare la richiesta dell'imputato.

In verità il legislatore non chiarisce cosa debba intendersi con l'espressione, riferita alla proposizione della richiesta di giudizio abbreviato, "se è ammissibile", ma appare del tutto ragionevole individuare il contenuto del giudizio di ammissibilità nella valutazione della presenza dei requisiti formali della istanza, come dinanzi indicati, da tenere ben distinto dal giudizio sulla fondatezza della istanza, ovvero sulla compatibilità della integrazione probatoria richiesta con la specialità del rito abbreviato.

Ed appare anche del tutto ragionevole ritenere che il giudizio sulla ammissibilità, caratterizzato dai limiti sopra indicati, possa essere affidato anche ad un giudice "incompatibile" che adotterà il decreto *de plano*, ovvero senza contraddittorio, mentre quello concernente la "fondatezza" della richiesta debba essere affidato al giudice competente a giudicare con il rito abbreviato, che pronuncerà la ordinanza ammissiva all'esito della udienza celebrata in contraddittorio tra le parti.

2.4. A questo punto un altro argomento appare significativo.

Il giudice chiamato a valutare la fondatezza della domanda di rito abbreviato proposta nell'ambito del giudizio immediato ed a celebrare poi il relativo procedimento speciale, non può essere, per ragioni di incompatibilità *ex art. 34*, comma 2, cod. proc. pen., lo stesso che abbia decretato l'accoglimento della richiesta del pubblico ministero di giudizio immediato.

Ciò perché, come si è già posto in evidenza, l'espressione "giudizio" che compare nel citato comma 2 dell'art. 34 cod. proc. pen. non comprende solo la forma dibattimentale del giudizio stesso, ma si estende ad ogni procedimento di definizione del merito, e dunque anche al rito abbreviato (Corte cost., sent n. 491 del 1991).

Ecco allora individuata la funzione del "decreto di fissazione dell'udienza" di cui all'art. 458, comma 2, che è di mero impulso processuale.

Il giudice, investito dalla richiesta di giudizio abbreviato, che, come detto, non può celebrarlo, valutata la tempestività e l'esistenza degli altri requisiti formali della richiesta, rimetterà le parti dinanzi al giudice competente a valutare l'ammissibilità e la fondatezza del rito richiesto ed a celebrare, eventualmente, il giudizio abbreviato.

In effetti se la valutazione della esistenza dei requisiti formali della richiesta in caso di richiesta di rito abbreviato incondizionato appare semplice, di sicuro complessa è quella relativa ad una richiesta subordinata ad integrazione probatoria perché in tal caso occorre verificare se l'integrazione probatoria richiesta sia necessaria e compatibile con le esigenze di semplificazione che caratterizzano il rito abbreviato.

Da tale verifica dipenderà con quali forme dovrà proseguire il giudizio, se in quelle del rito abbreviato o secondo lo schema del giudizio immediato; valutazione, quindi, molto delicata per le rilevanti conseguenze per l'imputato, che non può che essere assunta, tenuto conto dei principi generali che disciplinano il nostro sistema processuale, in udienza e in contraddittorio tra le parti, dal giudice competente per il rito.

Ciò, in definitiva, significa che soltanto all'esito del contraddittorio sul punto può essere emessa l'ordinanza di accoglimento – o di rigetto – della richiesta di rito abbreviato e soltanto da questo momento può considerarsi iniziato il relativo giudizio; l'inizio di tale giudizio non potendo, invero, essere individuato nel momento della adozione del decreto che fissi l'udienza anche perché emesso, come già detto, *de plano*, e, quindi, senza facoltà di interlocuzione per le parti interessate, da un giudice incompatibile a celebrare il rito abbreviato.

2.5. Le conclusioni alle quali si è pervenuti mettono in evidenza un altro importante aspetto della questione.

Il comma 2 dell'art. 438 cod. proc. pen., che indica i presupposti per accedere al rito abbreviato per così dire ordinario, dopo avere stabilito che la richiesta di rito abbreviato possa essere proposta, oralmente o per iscritto, dispone che la originaria istanza di definizione semplificata del rito possa essere precisata e rimodulata, o addirittura proposta per la prima volta, «fino a che non siano formulate le conclusioni a norma degli artt. 421 e 422» dello stesso codice, ovvero fino alle fasi conclusive della udienza preliminare.

Orbene se si ritiene che il momento iniziale del rito abbreviato disciplinato dall'art. 458 cod. proc. pen. sia quello della ordinanza ammissiva del rito emessa nella udienza svolta nel contraddittorio delle parti, si riconoscerà all'imputato l'importante strumento processuale dinanzi indicato, consentendogli di precisare la propria istanza anche con l'ausilio della difesa tecnica, mentre se il momento iniziale fosse da individuare nel decreto *de plano* che fissa l'udienza l'imputato sarebbe privato di tale strumento, con un risultato non rispondente alle ragioni di economia processuale che costituiscono la ragione giustificatrice del rito; infatti proprio la facoltà accordata all'imputato di precisare la richiesta in contraddittorio assicura, assieme ad una maggiore garanzia del diritto di difesa, le più ampie possibilità di raggiungere le finalità deflative del rito, in coerenza con il principio di ragionevole durata del processo (Corte cost., sent. n 115 del 2001).

2.6. In conclusione si deve ritenere che nella ipotesi di abbreviato che si innesti su una richiesta di giudizio immediato (o di emissione di decreto penale di condanna), vi sarà prima un vaglio, operato dal giudice che ha accolto la richiesta di giudizio immediato del pubblico ministero, di ammissibilità concernente i requisiti formali della richiesta, e, in caso di ritenuta ammissibilità, alla udienza fissata con decreto *de plano* si procederà, da parte di un diverso giudice, in contraddittorio, al vaglio della fondatezza della richiesta con adozione della ordinanza ammissiva del rito abbreviato (vedi anche Sez. 1, n. 9243 del 07/02/2003, Chakara, Rv. 224384 in tema di decreto penale di condanna e Sez. 5, n. 9355, del 08/02/2007, Scognamiglio, Rv. 235835, che, sempre in relazione all'art. 464 cod. proc. pen. ha affermato che è "d'obbligo" la fissazione, da parte del giudice, dell'udienza da tale articolo prevista, in caso, evidentemente, di ritenuta ammissibilità dell'istanza).

3. I termini di durata della custodia cautelare.

3.1. Come si è già accennato nel paragrafo precedente, le rilevanti modifiche apportate al giudizio abbreviato con la previsione di possibili integrazioni probatorie, hanno reso altresì possibile una dilatazione, anche notevole, dei tempi necessari per lo svolgimento del giudizio.

Si è, pertanto, reso necessario un intervento normativo al fine di adeguare i termini di custodia cautelare previsti dall'art. 303 cod. proc. pen. alla realtà del "nuovo" giudizio abbreviato.

E' con il d.l. 7 aprile 2000, n. 82, convertito, con modificazioni, dalla legge 5 giugno 2000, n. 144, che si sono rimodulati i termini di durata della custodia cautelare tenendo conto della nuova fisionomia assunta dal rito abbreviato e si è introdotto un termine autonomo in precedenza inesistente per la c.d. fase del "giudizio" del rito abbreviato; il momento dal quale fare decorrere i termini di fase è stato individuato dal legislatore nel provvedimento ammissivo del giudizio abbreviato; i termini previsti sono comunque ridotti rispetto a quelli previsti per i giudizi ordinari che prevedono l'espletamento della istruttoria dibattimentale.

Secondo la Relazione governativa, con le modifiche apportate «sembrano potersi scongiurare indesiderate ricadute sulla vicenda *de libertate* per effetto della nuova disciplina del giudizio abbreviato senza che ciò crei disarmonie di sistema, restando comunque ancorato il nuovo termine di fase all'inizio di un giudizio».

3.2. Da quanto detto emerge che il legislatore ha senza dubbio individuato nella «ordinanza che dispone il giudizio abbreviato» il *dies a quo* per la durata della custodia cautelare per la fase del giudizio abbreviato, fase che si conclude con la emissione della sentenza.

La giurisprudenza di legittimità ha chiarito che le modificazioni dei termini di durata della custodia cautelare di cui si è detto non si riferiscono soltanto alla ipotesi in cui il giudizio abbreviato venga disposto nell'udienza preliminare – ipotesi di abbreviato c.d. "ordinario" -, avendo essi

carattere generale e riguardando tutti i casi nei quali il giudice lo disponga (così Sez. 1, n. 17474 del 16/03/2001, Albanese, Rv. 218723).

La predetta giurisprudenza, in effetti, non ha mai dubitato che i termini di custodia per la c.d. “fase del giudizio” abbreviato, come disciplinati dall’art. 303, comma 1, lett. *b-bis*), cod. proc. pen., decorrano dalla ordinanza che, in qualunque grado di merito, disponga procedersi con il giudizio abbreviato (vedi tra le tante Sez. 1, n. 41380 del 14/10/2009, Pappalardo, Rv. 245072; Sez. 1, n. 33602 del 18/09/2002, Santangelo, Rv. 222166).

Si è, inoltre, significativamente affermato che i predetti nuovi termini della autonoma fase processuale del giudizio abbreviato trovano applicazione anche nel giudizio abbreviato disposto dal giudice del dibattimento e non dell’udienza preliminare nei casi previsti dagli artt. 452 (giudizio direttissimo), 458 (giudizio immediato) e 552 cod. proc. pen. (citazione diretta a giudizio), come è lecito desumere anche dalla stessa collocazione sistematica della nuova norma, la quale segue immediatamente quella di cui alla lettera *b*) del comma 1 dell’art. 303 cod. proc. pen. riguardante i termini di fase del dibattimento di primo grado (così Sez. 1, n. 24818 del 12/04/2001, Calabrese, Rv. 219545).

Appare, però, necessaria una precisazione con riferimento alle ipotesi di rito abbreviato c.d. “atipico”.

In effetti quando vi è un decreto che dispone il giudizio, ordinario o immediato che sia, si apre la fase del giudizio e, quindi, il decreto costituisce termine *ad quem* per la fase delle indagini preliminari e termine *a quo* per la fase del giudizio.

Nel caso in cui al termine della udienza preliminare venga emessa l’ordinanza con cui il giudice disponga il rito abbreviato costituirà tale provvedimento il momento di discriminare tra la fase delle indagini preliminari e quella del giudizio, come è lecito desumere dal combinato disposto di cui alla lett. *a*) e *b-bis*) dell’art. 303 cod. proc. pen.

Nelle ipotesi di rito abbreviato che si innesti dopo che sia già stato adottato un decreto che dispone il giudizio, come è nel caso di specie, non vi è dubbio che si apra la fase del giudizio e che inizino a decorrere i termini di custodia cautelare previsti per tale fase.

Se successivamente al decreto che dispone il giudizio venga emessa ordinanza ammissiva del giudizio abbreviato, i termini di custodia relativi alla fase del giudizio si commisurano a quelli propri di questo rito; si tratta di termini che, come si è già rilevato, sono più brevi di quelli previsti per il giudizio dibattimentale, con la precisazione che, essendo in precedenza decorsi quelli della normale fase di giudizio (a seguito del decreto che lo dispone), da tale momento non può decorrere un tempo maggiore rispetto a quello che la legge assegna a tale fase (termini indicati, nelle varie articolazioni, dall’art. 303, comma 1, lett. *b*) cod. proc. pen.

In conclusione, quindi, anche l’esame delle norme dettate in materia di durata dei termini della custodia cautelare conferma che l’inizio della fase del giudizio abbreviato non può che farsi decorrere, in ogni caso, dalla ordinanza che ammetta il rito abbreviato, provvedimento, pertanto, necessario sia per la introduzione del rito abbreviato ordinario che di quello “atipico”.

4. Conclusioni.

4.1 In conclusione, per tutte le ragioni esposte, deve essere stabilito il principio di diritto secondo cui «*i termini di durata massima della custodia cautelare per la fase del giudizio abbreviato, anche nella ipotesi di rito non subordinato ad integrazione probatoria e disposto a seguito di richiesta di giudizio immediato, decorrono dall’ordinanza con cui è disposto il giudizio abbreviato*».

Ne consegue che, in accoglimento del ricorso proposto dal Pubblico ministero, la ordinanza impugnata, che aveva erroneamente ritenuto che il termine predetto dovesse decorrere dalla emissione del decreto di fissazione dell’udienza di cui all’art. 458, comma 2, cod. proc. pen., deve essere annullata senza rinvio.

Ed infatti, operando il calcolo in base alla corretta interpretazione dell’art. 303, comma 1, lett. *b-bis*), cod. proc. pen., come dinanzi delineata, i termini di fase della custodia cautelare non

erano ancora decorsi prima della pronuncia della sentenza di condanna emessa in data 19 febbraio 2010 all'esito del rito abbreviato.

Infatti, essendo stata adottata l'ordinanza ammissiva del rito abbreviato alla udienza del 17 luglio 2009, il termine di fase di nove mesi non poteva considerarsi decorso prima del 17 aprile 2010, momento in cui la sentenza di condanna del 19 febbraio 2010 risultava già emessa.

Viceversa corretta era l'ordinanza del G.i.p. del Tribunale di Cagliari, che aveva rigettato l'istanza di declaratoria di inefficacia della misura per decorrenza dei termini di fase di Gab Paul Ohonba sul presupposto che il *dies a quo* del termine suddetto doveva essere individuato nella ordinanza ammissiva del rito.

4.2. Ai sensi dell'art. 28, comma 1, ultima parte, del regolamento per l'esecuzione del cod. proc. pen. – d. lgs. 30 settembre 1989, n. 334 - la Cancelleria è tenuta a comunicare il presente provvedimento al Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Cagliari per la adozione dei conseguenti provvedimenti.

E', infatti, appena il caso di notare che nelle ipotesi in cui la Corte di cassazione annulli, come nella specie, l'ordinanza con la quale il tribunale del riesame abbia revocato o dichiarato inefficace il provvedimento cautelare della custodia in carcere, non spetta al giudice di legittimità disporre il ripristino della medesima, ma compete al procuratore della Repubblica precedente adottare, ove ne esistano i presupposti, gli opportuni provvedimenti (Sez. 3, n. 1722 del 28/07/1993, Rv. 194675).

Omissis

La richiesta di giudizio abbreviato: forme, termini e modalità. - Come è noto, il nuovo codice di rito, coerentemente con la funzione deflattiva attribuita al giudizio abbreviato, ha previsto, nell'ambito della disciplina dei procedimenti speciali di stampo "accusatorio", il possibile innesto del rito abbreviato, bilanciando la scelta officiosa ed unilaterale che caratterizza l'impulso di questi procedimenti, con l'opzione per l'imputato di definire la sua posizione esprimendo il proprio consenso all'utilizzabilità degli atti di indagine, nella prospettiva di beneficiare di una riduzione di pena.

Il giudizio abbreviato che si instaura in conversione da altri riti speciali viene definito "atipico", in quanto regolato da norme che si pongono al di fuori delle disposizioni di cui al Titolo I (Libro VI), previste per lo svolgimento del rito alternativo che si instaura nell'ambito del procedimento ordinario.

L'imputato, in particolare, può avanzare la richiesta di giudizio abbreviato a seguito della **notifica del decreto che dispone il giudizio immediato emesso dal G.i.p.**, in cui è contenuto l'avviso che egli può chiedere di essere giudicato con le forme del rito abbreviato (art. 456, comma 2, cod. proc. pen.). La richiesta di conversione deve essere presentata in forma scritta e depositata presso la cancelleria del G.i.p. che ha emesso il decreto di giudizio immediato.

Il termine entro il quale è possibile avanzare la predetta richiesta è di **quindici giorni, a pena di decadenza** dalla facoltà di accedere al rito abbreviato, e la sua decorrenza, a seguito dell'intervento della **Corte Costituzionale** sul primo comma dell'art. 458 cod. proc. pen. (con la **pronuncia n. 120 del 10 aprile - 16 aprile 2002**), deve individuarsi non più dalla data di notificazione all'imputato del decreto di giudizio immediato, ma dalla notifica al difensore dell'avviso della data fissata per il dibattimento, *ex art.* 456, comma 5, cod. proc. pen..

Secondo la Corte costituzionale, infatti, nel decidere se optare per il rito abbreviato, l'imputato dovrà in ogni caso valutare l'eventualità che il giudice assuma anche d'ufficio, a norma dell'art. 441, comma 5, cod. proc. pen., gli elementi necessari ai fini della decisione, e tenere presente, ove la richiesta sia subordinata ad un'integrazione probatoria, che il pubblico ministero può chiedere l'ammissione di prova contraria *ex art.* 438, comma 5, cod. proc. pen. L'imputato viene cioè chiamato a compiere valutazioni che, coinvolgendo i poteri dispositivi sulla prova e implicando una peculiare esperienza professionale e processuale, esigono l'apporto della difesa tecnica, in quanto solo il difensore, sulla base della conoscenza degli atti del fascicolo del pubblico ministero, può a ragion veduta valutare la completezza delle indagini e gli effetti dell'utilizzazione in giudizio degli atti già acquisiti.

Spirato il termine, l'imputato decade definitivamente dalla possibilità di accedere al rito: la richiesta avanzata fuori termine, pertanto, è inammissibile e comporta la prosecuzione del giudizio dinanzi al Tribunale nelle forme ordinarie. È stata ritenuta inammissibile, ad es., se avanzata prima dell'emissione del decreto di giudizio immediato (**Sez. 2, n. 1665 del 9/11/1992, dep. 23/02/1993, Amendola, Rv. 193762**, relativamente ad un'ipotesi in cui la richiesta era stata avanzata oralmente nel corso dell'udienza di convalida dell'arresto¹³), ovvero se non risulti depositata nella cancelleria

¹³ Cfr., tuttavia, **Sez. 1, n. 31997, 4/09/2002, dep. 26/09/2002, confl. in proc. Falaschetti, Rv. 222643**, secondo cui la richiesta di giudizio abbreviato incondizionato può essere validamente avanzata, mediante presentazione dell'istanza al pubblico ministero, *anche prima che venga emesso e notificato all'imputato il decreto che dispone il giudizio immediato*. In tal caso, la presentazione della richiesta al p.m. è produttiva di effetti e costituisce atto equipollente alla notifica, prescritta con riferimento alla originaria disciplina del giudizio abbreviato che prevedeva il preventivo

del G.i.p. (Sez. 6, n. 1887 del 6/11/1992, dep. 26/02/1993, Rondonone, Rv. 193534, con riguardo ad una fattispecie in cui la richiesta di giudizio abbreviato era stata indirizzata erroneamente alla cancelleria del tribunale, senza la prova della notifica al pubblico ministero).

La richiesta formulata per iscritto e con sottoscrizione autenticata è invece ammissibile anche se viene depositata in cancelleria da un incaricato, e non personalmente dall'imputato, trovando applicazione analogica al riguardo il disposto di cui all'art. 582, comma 1, cod. proc. pen. (Sez. 6, n. 145 del 30/10/1991, dep. 10/01/1992, Pilato, Rv. 190169).

Per quanto attiene al quadro degli adempimenti previsti dall'art. 458 cod. proc. pen. per l'imputato che voglia accedere al rito abbreviato, la nuova formulazione del testo normativo, pur dopo la soppressione dell'inciso relativo alla prestazione di consenso da parte del p.m. (art. 36 l. 16 dicembre 1999, n. 479), continua a prescrivere la **preventiva notifica della richiesta al p.m.** e il deposito della prova dell'avvenuta notifica (ex art. 458, comma 1, cod. proc. pen.). Si tratta di un adempimento privo di sanzione processuale specifica ed oramai privo della pregressa utilità, atteso che il p.m. non può più esprimere il proprio consenso in ordine alla scelta del rito, ma può solo beneficiare di una previa informazione sulla scelta processuale dell'imputato, per dedurre ragioni in ordine all'eventuale inammissibilità della richiesta, o per articolare prova contraria nell'ipotesi di richiesta di giudizio abbreviato condizionato¹⁴.

Va inoltre ricordato - secondo **Sez. 1, n. 3051 del 29/04/1997, dep. 17/05/1997, confl. compet. Trib. e G.I.P. Firenze in proc. Atefaya, Rv. 207420** - che qualora l'imputato si trovi in stato di detenzione, può adempiere all'onere di notifica di tale richiesta all'ufficio del pubblico ministero, come previsto dalla disposizione normativa di cui all'art. 458 c.p.p., mediante consegna di copia della richiesta medesima, per l'inoltro al suindicato ufficio, alla direzione dell'istituto di detenzione, ai sensi dell'art. 123, comma primo, cod. proc. pen., valendo siffatta consegna, per il combinato disposto di tale articolo e dell'art. 153 cod. proc. pen., come notifica effettuata direttamente dalla parte.

Il giudice chiamato a valutare la domanda di rito abbreviato proposta nell'ambito del giudizio immediato, ed a celebrare il relativo procedimento speciale, non può essere - per ragioni di incompatibilità - lo stesso che abbia decretato l'accoglimento della richiesta di giudizio immediato: l'espressione "giudizio" che compare nell'art. 34, comma 2, cod. proc. pen., infatti, non comprende solo la forma dibattimentale del giudizio stesso, ma si estende ad ogni procedimento di definizione del merito, e dunque (anche) al rito abbreviato (**Corte cost., 4 novembre - 12 novembre 1991, n. 401**).

Presentata la richiesta, incombe sul giudice che la riceve il dovere di controllarne preliminarmente l'ammissibilità.

Il vaglio va condotto alla stregua di criteri diversi, secondo che si tratti di richiesta semplice oppure complessa. In caso di richiesta semplice, di regola, il giudice si limita ad un controllo meramente formale dell'atto di parte, che, in caso di esito positivo, sfocia poi nell'ordinanza che ammette il rito speciale (ex art. 438, comma 4, c.p.p.). Quando invece viene presentata una richiesta complessa, il giudice deve aggiungere al controllo meramente formale un ulteriore controllo sul contenuto della domanda di parte¹⁵.

In linea generale, **se la richiesta è respinta**, il giudizio proseguirà il suo *iter* naturale verso il dibattimento. Altrettanto accadrà, previa fissazione di una nuova data per il giudizio immediato, nell'ipotesi di regressione dal rito abbreviato ai sensi dell'art. 441-bis, cod. proc. pen.

Al riguardo, tuttavia, occorre considerare che il legislatore non ha previsto espressamente una disciplina per l'ipotesi in cui il giudice rigetti la richiesta di accesso al giudizio abbreviato incondizionato: avendo il legislatore del 1999 attribuito all'imputato un diritto alla definizione del processo nelle forme del rito speciale (non più caratterizzato dalla valutazione sulla decidibilità allo stato degli atti), ed essendo il controllo del giudice limitato al profilo formale della richiesta, deve ritenersi sussistente un vero e proprio obbligo di disporre il rito se la stessa è stata presentata ritualmente (circostanza che esclude la possibilità di un rigetto sul merito della domanda)¹⁶.

Se, dunque, l'eventuale provvedimento reiettivo deve considerarsi abnorme per il suo contenuto atipico, che lo fa divergere radicalmente dallo schema legale, tipizzato in modo inderogabile dall'ordinamento processuale, non altrettanto può dirsi dell'ipotesi in cui la richiesta sia dichiarata inammissibile, essendo egli tenuto, in linea con i principi generali in tema di invalidità degli atti, a respingere la domanda formalmente viziata, cioè quella priva dei requisiti tipici individuati dalla legge processuale, pur essendo talora problematico stabilire l'esatto confine tra il legittimo vaglio formale della domanda e l'arbitrario respingimento della stessa¹⁷.

Se invece la verifica preliminare dà esito positivo, la richiesta viene accolta e in tal caso il giudice fissa con decreto la data per il celebrando giudizio abbreviato dandone avviso alle parti, eventualmente deliberando anche in merito ai profili concernenti l'integrazione della prova¹⁸, ovvero riservandosi di valutare in contraddittorio se, alla stregua degli elementi acquisiti, l'integrazione probatoria sia necessaria e compatibile con le esigenze di semplificazione che

consenso dell'accusa. (Fattispecie nella quale la Corte ha risolto un conflitto di competenza sorto fra Gip e Tribunale nel caso di una richiesta di giudizio abbreviato incondizionato, diretta al Gip ma presentata al Pm, affermando la competenza del Gip a celebrare comunque il processo in base al rito prescelto, in quanto la mancata notifica della richiesta al Pm non poteva determinare la decadenza dal rito speciale che, con la normativa attuale, costituisce un diritto dell'imputato).

¹⁴ Cfr. M. D'ORAZI, *Dichiarata l'incostituzionalità dell'art. 458 comma 1 c.p.p. a tutela del diritto ad una effettiva assistenza difensiva*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 2269 ss.; F. ZACCHE', *Il giudizio abbreviato*, Giuffrè, 2004, p. 84. Secondo altra opinione, la notifica è ormai finalizzata solo a garantire alla parte pubblica la conoscenza del mutamento del rito (R. BRICCHETTI - L. PISTORELLI, *Il giudizio abbreviato*, Ipsoa, 2005, p. 84).

¹⁵ R. ORLANDI, *Procedimenti speciali*, in *Compendio di procedura penale*, a cura di CONSO e GREVI, Cedam, 2008, p. 619.

¹⁶ V. MAFFEO, *Il giudizio abbreviato*, Iovene, 2004, p. 241; R. BRICCHETTI - L. PISTORELLI, *Procedimenti speciali*, in G. SPANGHER, (diretto da), *Trattato di procedura penale*, v. IV, t. I, a cura di L. FILIPPI, Cedam, 2008, p. 202.

¹⁷ R. BRICCHETTI - L. PISTORELLI, *op. ult. cit.*, p. 203; V. MAFFEO, *cit.*, p. 244; MASSARI, *Illegittimo rifiuto di celebrare il giudizio abbreviato: quali rimedi?*, in *Cass. pen.*, 2001, p. 2806.

¹⁸ A. NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, Giuffrè, 2007, p. 503.

caratterizzano il rito¹⁹. Dalla verifica svolta in sede di udienza dipenderà con quali forme dovrà proseguire il giudizio, se in quelle del rito abbreviato o in quelle del rito ordinario. Solo all'esito dell'ordinanza di accoglimento della richiesta di rito abbreviato così come condizionato sul piano probatorio, il giudizio abbreviato può considerarsi iniziato: a questo punto, infatti, l'ordinanza di ammissione del rito non è più revocabile, fatti salvi i casi disciplinati dall'art. 441-bis cod. proc. pen., qualificabili come fattispecie di diritto potestativo dell'imputato, essendo a quest'ultimo riconosciuta in via esclusiva la possibilità di revocare la richiesta di ammissione al giudizio semplificato, in presenza di determinati presupposti²⁰.

È invece abnorme il provvedimento con il quale il giudice per le indagini preliminari, al di fuori dei casi previsti dall'art. 441-bis cod. proc. pen., revoca senza contraddittorio il decreto di fissazione del giudizio abbreviato condizionato emesso, ai sensi dell'art. 458, comma secondo, cod. proc. pen., in accoglimento della richiesta avanzata dall'imputato nei cui confronti sia già stato emesso decreto di giudizio immediato, non celebri l'udienza e "confermi" il precedente decreto di giudizio immediato (**Sez. 1, n. 33965 del 17/06/2004, dep. 09/08/2004, Gurliaccio, Rv. 228707**)²¹.

Nel giudizio si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni degli artt. 438, commi 3 e 5, 441, 441-bis, 442 e 443 c.p.p.; inoltre, nel caso di cui all'art. 441-bis, comma 4, c.p.p., il giudice, revocata l'ordinanza con cui era stato disposto il giudizio abbreviato, fissa l'udienza per il giudizio immediato: è quanto dispone l'**art. 458, comma 2, cod. proc. pen.**, in ordine al sindacato che il giudice compie sulla richiesta avanzata a seguito della notifica del decreto di giudizio immediato (*ex art. 458, comma 1*), ai criteri che lo orientano nella verifica e alla disciplina applicabile in caso di mutamento procedurale.

I presupposti di ammissibilità della richiesta e il controllo del giudice. - La fissazione dell'udienza successivamente alla formulazione della richiesta di giudizio abbreviato non sembra poter prescindere dalla previa **valutazione di ammissibilità della richiesta**: pur non essendo prevista un'esplicitazione delle ragioni che hanno indotto il giudice a considerare ammissibile la richiesta, l'adozione del provvedimento di fissazione dell'udienza è in ogni caso indicativa di una positiva delibazione di ammissibilità dell'istanza²².

Il codice di rito non chiarisce cosa debba intendersi con l'espressione, riferita alla proposizione della richiesta di giudizio abbreviato, "*se..... è ammissibile*"²³. A seguito delle modifiche apportate a tale rito con la l. n. 479/1999, che ha escluso dalle sue condizioni il profilo della necessaria definibilità del processo allo stato degli atti, la suddetta espressione deve ritenersi limitata, in caso di richiesta semplice, all'accertamento del rispetto dei termini e delle forme di cui all'art. 458, comma 1, mentre in caso di richiesta probatoriamente condizionata, il giudice dovrà valutare anche se quest'ultima sia necessaria ai fini della decisione e compatibile con le finalità di economia processuale che connotano tale specifico modello di rito semplificato.

Eliminata, dunque, la condizione della "decidibilità" allo stato degli atti, contemplata nell'originaria impostazione del modulo procedimentale in esame²⁴, la valutazione della richiesta di giudizio abbreviato si limita oggi al profilo della mera ritualità, qualora l'accesso al rito non sia subordinato ad un'integrazione probatoria. Anche in passato, peraltro, si era sostenuto che il G.i.p. dovesse limitarsi a verificare la ritualità della richiesta, in quanto il requisito della decidibilità allo stato degli atti doveva considerarsi assorbito nel già accertato requisito della evidenza della prova²⁵, ma la giurisprudenza aveva fermamente distinto i due requisiti (così, ad es., **Sez. 6, n. 5709 del 23/03/1993, dep. 4/06/1993, Gargano, Rv. 194393**, secondo cui il requisito probatorio necessario per l'instaurazione del giudizio immediato e quello richiesto per il giudizio abbreviato sono tra loro distinti, dal momento che la prova evidente, idonea all'accoglimento - da parte del giudice - della richiesta di giudizio immediato, è quella che, per la sua sufficienza ai fini del rinvio a giudizio, rende superflua l'effettuazione dell'udienza preliminare; mentre la definibilità allo stato degli atti, richiesta per disporre il giudizio abbreviato, si fonda sulla completezza dell'intero quadro probatorio e sulla previsione della sua non modificabilità anche ai fini dell'individuazione delle circostanze del reato e della commisurazione della pena; v., inoltre, **Corte cost., ord. 14 giugno - 22 giugno 1995, n. 276**).

Il giudice, pertanto, anche a seguito delle rilevanti modifiche normative introdotte dalla l. n. 479/1999, è chiamato a svolgere un **controllo di natura "formale"**, verificando la tempestività della richiesta, la legittimazione di chi la propone, e se l'istante sia munito di procura speciale rilasciata dall'imputato (con tutte le verifiche inerenti alla ritualità formale e sostanziale del mandato eventualmente conferito), nonché la riferibilità della richiesta all'intero processo a carico dell'imputato, laddove si acceda alla tesi della non frazionabilità della stessa con riferimento alle singole imputazioni²⁶.

Così, ad es., deve ritenersi in linea generale inammissibile la richiesta di giudizio abbreviato, se avanzata quando

¹⁹ Cfr. G. TONA, *Sub art. 458 c.p.p.*, in *Codice di procedura penale*, a cura di G. TRANCHINA, II, Giuffrè, 2008, p. 3524.

²⁰ In tal senso, v. G. TONA, *cit.*, p. 3524.

²¹ Nello stesso senso v., altresì, **Sez. 3, n. 9921 del 12/11/2009, dep. 11/03/2010, Majouri, Rv. 246326**.

²² V., ancora, G. TONA, *Sub art. 458 c.p.p.*, in *Codice di procedura penale*, a cura di G. TRANCHINA, II, Giuffrè, 2008, p. 3524.

²³ Cfr. GIUSTOZZI, in AA.VV., *Manuale pratico del processo penale*, Cedam, 2007, p. 836.

²⁴ Con riferimento al previgente assetto normativo del giudizio abbreviato, le **Sezioni Unite** (con sentenza **n. 22 del 6/12/1991, dep. 21/04/1992, confl. in proc. Di Stefano, Rv. 190247**) avevano statuito nel senso che anche nel caso in cui abbia disposto il giudizio immediato, il giudice per le indagini preliminari può rigettare la richiesta di giudizio abbreviato, se ritiene che il procedimento non possa essere deciso allo stato degli atti.

²⁵ Così, F.M. IACOVIELLO, *Evidenza della prova e decidibilità allo stato degli atti nella conversione del giudizio immediato in giudizio abbreviato*, in *Cass. pen.*, 1992, p. 685.

²⁶ V. MAFFEO, voce *Giudizio abbreviato*, in *Enc. Giur. Treccani*, 2003, p. 17; G. LEO, *Sub art. 438 c.p.p.*, in *Codice di procedura penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, diretta da G. LATTANZI e E. LUPO, V, Giuffrè, 2008, p. 78 ss.

il giudizio immediato è stato disposto su richiesta dell'imputato: la rinuncia dell'imputato all'udienza preliminare comporta infatti, ai sensi dell'art. 458, comma 3, cod. proc. pen., la rinuncia anche all'accesso agli altri riti alternativi.

E' stata, altresì, esclusa (**Sez. 5, n. 40489 del 5/11/2002, dep. 29/11/2002, Zagami, Rv. 225706**) l'abnormità dell'ordinanza con la quale il giudice per le indagini preliminari, investito della richiesta di giudizio abbreviato conseguente alla notificazione di un decreto di giudizio immediato, una volta riscontrata la **violazione dell'art. 550 cod. proc. pen. per essersi proceduto con rito immediato in riferimento ad una fattispecie per la quale l'azione avrebbe dovuto esercitarsi mediante citazione diretta a giudizio**, disponga non luogo a provvedere su detta richiesta ed ordini la restituzione degli atti al pubblico ministero (in motivazione la S.C., precisando che il provvedimento non potrebbe comunque considerarsi abnorme in quanto non produttivo di una situazione di stallo nel procedimento, ha definito "plausibile" un'estensione analogica al caso in questione della disciplina sulla restituzione degli atti che l'art. 33-sexies, cod. proc. pen. riferisce testualmente al giudice dell'udienza preliminare).

In conseguenza della riforma introdotta dalla novella legislativa del 16 dicembre 1999, n. 479 (cui, peraltro, hanno fatto seguito gli ulteriori innesti normativi operati con la l. n. 144/2000 e con la l. n. 63/2001), è semplicemente mutata l'area dell'apprezzamento discrezionale del giudice, ma non è venuto meno il potere-dovere di verificare l'ammissibilità della richiesta dell'imputato. Naturalmente, ove la stessa fosse inammissibile, dovrebbe esser dichiarata tale, al pari di quanto può accadere per la richiesta condizionata: quest'ultima, però, a differenza dell'altra, può essere rigettata anche in base ad una valutazione discrezionale concernente la necessità della prova sollecitata e la sua compatibilità con le finalità di economia proprie del procedimento²⁷.

Va inoltre considerato che quando sia stata avanzata una richiesta condizionata di accesso al rito, questa deve essere sottoposta ad una valutazione complessiva, senza alcuna possibilità per il giudice di diversificare il proprio giudizio con riguardo a ciascuna delle prove richieste. La domanda, pertanto, deve essere respinta anche se alcune delle sollecitazioni in essa contenute potrebbero essere accolte: il giudice, infatti, non può disporre il rito abbreviato con accoglimento solo parziale delle richieste di prova dell'imputato, dovendosi ritenere addirittura abnorme, secondo la giurisprudenza, un'ordinanza strutturata in tal senso (ordinanza che, peraltro, è suscettibile di divenire irrevocabile, se non impugnata autonomamente con ricorso per cassazione proposto nei termini di legge²⁸).

La **forma del provvedimento** che il giudice deve assumere a fronte della richiesta di rito abbreviato è normalmente quella dell'ordinanza (che va motivata, a pena di nullità, ex art. 125, comma 3, cod. proc. pen.), ed è anzi questa la regola inderogabile per il caso del rigetto, sia quando si tratti di una richiesta condizionata, sia quando l'imputato non abbia posto condizioni per l'accesso al rito.

Sembra fare eccezione proprio il caso delle domande proposte dopo la notifica di un decreto di giudizio immediato o di un decreto penale di condanna, il cui accoglimento comporta la **fissazione con decreto**, da parte del giudice, **dell'udienza** per la celebrazione del rito (rispettivamente, gli artt. 458, comma 1 e 464, comma 1, cod. proc. pen.). Al riguardo non si è mancato di rilevare²⁹, tuttavia, che lo stesso legislatore sembra ritenere che il giudizio abbreviato venga invariabilmente introdotto con una **ordinanza**, tanto da prevederne la revoca, senza eccezioni, quando si determinano le condizioni per una regressione del procedimento a norma dell'art. 441-bis cod. proc. pen.

Ed invero, nel giudizio abbreviato conseguente al decreto di giudizio immediato la disciplina generale sul rito abbreviato: anche in questa sede, dunque, sarà possibile al p.m. procedere a **contestazioni suppletive**, e se in tal caso l'imputato chiederà che si proceda nelle forme ordinarie, il giudice fisserà l'udienza per il rito immediato, dopo avere disposto la revoca dell'ordinanza ammissiva del giudizio abbreviato.

In molti uffici giudiziari, peraltro, si è instaurata³⁰ - specie nei casi in cui la richiesta di giudizio abbreviato deve essere valutata quando già sono maturati i termini di decadenza per altre e diverse richieste (come tipicamente avviene dopo la notifica del decreto di giudizio immediato o del decreto penale di condanna) - la prassi di convocare le parti per un'udienza volta a consentire, in caso di rigetto della domanda già proposta, che l'imputato ne formuli se del caso un'altra (ad es., non condizionando il rito abbreviato all'integrazione probatoria), favorendo in tal modo lo sviluppo di un contraddittorio contestuale tra le parti in ordine all'ammissibilità della prima richiesta.

Nella stessa giurisprudenza di legittimità, come si vedrà meglio più avanti, si è affermato che, per il combinato disposto dell'art. 458 e dei richiamati commi 3 e 5 dell'art. 438 cod. proc. pen., la **cadenza procedimentale - in caso di richiesta condizionata di rito abbreviato intervenuta a seguito di decreto dispositivo del giudizio immediato** - è costituita da un preliminare controllo di formale ammissibilità dell'istanza, cui segue, in caso di scrutinio positivo, la fissazione dell'udienza, nella quale si valuterà se, alla stregua degli atti già acquisiti, l'integrazione probatoria sia necessaria e compatibile con l'esigenza di semplificazione che caratterizza il rito; dall'esito della verifica dipenderà se il processo debba proseguire nelle forme del giudizio abbreviato o, previa indicazione della data, di quello immediato. La predetta disciplina, del resto, è ritenuta coerente con quella del giudizio abbreviato tipico, nel quale la richiesta - e la

²⁷ G. LEO, *op. ult. cit.*, p. 78; L. PARLATO, *Dichiarazione di inammissibilità della richiesta di giudizio abbreviato per ritenuta tardività: quid iuris ai fini di un recupero del rito negato?*, in *Foro amb.*, 2003, p. 356.

²⁸ G. LEO, *cit.*, p. 78; BRICCHETTI - PISTORELLI, *cit.*, p. 287; DEGL'INNOCENTI - DE GIORGIO, *cit.*, p. 152; P. SPAGNOLO, *Note minime in tema di giudizio abbreviato condizionato: prova necessaria, legalità della pena, oneri dell'imputato*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 371; in giurisprudenza, *ex multis*, v., di recente, **Sez. 6, n. 42696 del 23/10/2008, dep. 14/11/2008, La Gatta, Rv. 241627; Sez. 1, n. 44990 del 9/11/2007, dep. 4/12/2007, Corradini e altro, Rv. 238701.**

²⁹ Cfr. BRICCHETTI - PISTORELLI, *cit.*, p. 286.

³⁰ Cfr., sul punto, la ricostruzione di G. LEO, *op. ult. cit.*, p. 79 ss.; BRICCHETTI - PISTORELLI, *cit.*, p. 260.

relativa decisione di accoglimento o rigetto - possono intervenire nel corso dell'udienza preliminare fino alla precisazione delle conclusioni. Ne deriva che la fissazione dell'udienza di cui all'art. 458, comma 2, cod. proc. pen., non può affatto essere interpretata come atto di per sè introduttivo del rito abbreviato (**Sez. 1, n. 39157 del 3/10/2001, dep. 3/11/2001, D'Amico, Rv. 220119**).

Sotto altro, ma collegato profilo, è parso dubbio ³¹ che, una volta decorso il termine dalla notifica del provvedimento iniziale (quello, ad es., del giudizio immediato), la decadenza possa essere "superata" grazie al solo fatto che l'imputato si trova di fronte al giudice nel momento in cui gli viene comunicata la reiezione dell'istanza tempestivamente proposta. Muovendo dal presupposto contrario, sono state sollevate al riguardo diverse **questioni di legittimità costituzionale**, che hanno posto in evidenza, tra l'altro, un possibile profilo di disparità di trattamento dell'imputato raggiunto da un decreto di giudizio immediato rispetto a quello perseguito nell'udienza preliminare: il secondo, a norma dell'art. 438, comma 6, cod. proc. pen. (il cui disposto non è richiamato nel corpo dell'art. 458, comma 2, cod. proc. pen.), può proporre una richiesta incondizionata dopo il rigetto di quella condizionata; per il primo, invece, la stessa possibilità è in pratica vanificata dalla previsione del brevissimo termine di decadenza, il cui eventuale rispetto è condizionato dalla tempestività del giudice nel provvedere sulla domanda inizialmente proposta.

La **Corte Costituzionale** è intervenuta proprio su tali profili applicativi, dichiarando le questioni manifestamente infondate, sul rilievo che la legge consente all'imputato, dopo la notifica del decreto di giudizio immediato, di valutare liberamente il ventaglio dei possibili opzioni in ordine all'accesso al giudizio abbreviato (**Corte cost., 3 luglio - 22 luglio 2003, n. 273**). Il rischio di reiezione della domanda principale, dunque, può essere evitato dall'imputato mediante la contestuale formulazione di più richieste in rapporto di subordinazione, che potranno essere valutate dal giudice nel momento in cui egli si determini a respingere quella proposta in via principale.

Una soluzione ispirata dalla stessa esigenza, e favorita dalla disciplina fissata nel **comma 1 dell'art. 464 cod. proc. pen.**, è stata del resto elaborata dalla giurisprudenza di legittimità per i casi in cui una richiesta di giudizio abbreviato sia formulata dopo la notifica del **decreto penale di condanna**. Sarebbe infatti necessario e sufficiente che, nel termine di legge, l'imputato manifesti la propria volontà di accesso al rito, ben potendo egli precisare l'oggetto della propria domanda nell'udienza che il giudice deve fissare a norma del su citato art. 464, udienza che, pertanto, potrebbe registrare la trasformazione in abbreviato "semplice" del rito "condizionato" inizialmente proposto dall'interessato (**Sez. 1, n. 9243 del 7/02/2003, dep. 27/02/2003, Chakara, Rv. 224384**, secondo cui, in tema di giudizio immediato, non sussiste alcuna preclusione alla formulazione, da parte dell'imputato - qualora sussistano i presupposti e le condizioni processuali e i relativi termini non siano perenti - di una richiesta in via subordinata di rito abbreviato, ove non sia accolta quella, avanzata in via principale, di applicazione delle pena, non ostandovi il disposto dell'art. 456, comma 2, cod. proc. pen. - riferibile unicamente, come si desume dall'uso della disgiunzione, all'obbligo di opzione gravante sull'imputato, suscettibile di essere soddisfatto anche in presenza di un'istanza subordinata - e trattandosi di modalità distinte di instaurazione del rito, scevre di indebite commistioni ed inammissibili trasformazioni; nello stesso senso v., inoltre, **Sez. 1, n. 2100 del 19/12/2007, dep. 15/01/2008, confl. comp. in proc. Zamparino e altro, Rv. 238646**, nonché **Sez. 1, n. 1052 del 3/12/2008, dep. 13/01/2009, confl. comp. in proc. Dodaj. P., Rv. 244062**).

La nuova disciplina dei termini di durata della custodia cautelare. - La ricostruzione del quadro normativo deve necessariamente completarsi con l'analisi degli effetti della nuova disciplina dei termini di durata della custodia cautelare, successivamente modificata dal legislatore riguardo all'ipotesi della eventuale celebrazione del nuovo modello procedimentale di giudizio abbreviato.

La nuova regola fissata nell'**art. 303, comma 1, lett. b-bis), cod. proc. pen.** (norma interpolata a seguito della modifica introdotta dall'art. 1, comma 1, lett. b), del d.l. 7 aprile 2000, n. 82, convertito con modificazioni nella l. 5 giugno 2000, n. 144) prevede, infatti, la perdita di efficacia della custodia cautelare quando, dall'emissione dell'*ordinanza con cui il giudice dispone il giudizio abbreviato*, o dalla sopravvenuta esecuzione della custodia, sono decorsi i seguenti termini senza che sia stata pronunciata condanna ai sensi dell'art. 442 cod. proc. pen.: **1)** tre mesi, quando si procede per un delitto per il quale la legge stabilisce la pena della reclusione non superiore nel massimo a sei anni;**2)** sei mesi, quando si procede per un delitto per il quale la legge stabilisce la pena della reclusione non superiore nel massimo a venti anni, salvo quanto previsto nel numero 1;**3)** nove mesi, quando si procede per un delitto per il quale la legge stabilisce la pena dell'ergastolo o la pena della reclusione superiore nel massimo a venti anni.

La disciplina concernente la previsione dei termini di durata della custodia cautelare - così come inizialmente strutturata nell'assetto codicistico - si era rivelata obiettivamente incongrua proprio con riferimento all'ipotesi dell'eventuale celebrazione del "nuovo" giudizio abbreviato, poiché dell'incidenza delle rilevanti modifiche normative apportate dall'entrata in vigore della l. n. 479/1999 - sicuramente idonee, in molti casi, a determinare una sensibile dilatazione dei tempi richiesti per lo svolgimento del giudizio, in ragione della possibile attività di integrazione probatoria su impulso della parte privata - la disposizione di cui all'art. 303 cod. proc. pen. non aveva tenuto affatto conto ³².

A tale situazione ha inteso porre rimedio il **d.l. 7 aprile 2000, n. 82, conv. con modificazioni nella l. 5 giugno 2000, n. 144**, che, al fine di riequilibrare la durata della custodia cautelare con la nuova fisionomia assunta dal giudizio

³¹ Cfr. G. LEO, *cit.*, p. 80.

³² Per la ricostruzione delle linee guida del nuovo assetto normativo sia consentito rinviare a G. DE AMICIS, *Sub art. 303 c.p.p.*, in *Codice di procedura penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, a cura di G. LATTANZI e E. LUPO, IV, Giuffrè, 2003 - 2008, p. 738 ss.

abbreviato, ha ricollegato il decorso del nuovo termine di fase al provvedimento ammissivo del rito abbreviato, sia pure con termini ridotti rispetto a quelli previsti per il giudizio dibattimentale: in tal modo, secondo la **Relazione governativa**, “*sembrano potersi scongiurare indesiderate ricadute sulla vicenda de libertate per effetto della nuova disciplina del giudizio abbreviato senza che cio’ crei disarmonie di sistema, restando comunque ancorato il nuovo termine di fase all’inizio di un “giudizio”*” (cfr. la Relazione governativa, in *Guida dir.*, 2000, n. 15, p. 58).

Per effetto dell’interpolazione operata con il nuovo comma 1, lett. *b-bis*), infatti, il primo termine intermedio fissato dall’art. 303, comma 1, lett. a), cod. proc. pen. (a sua volta modificato dall’art. 1, comma 1, lett. a), del d.l. 7 aprile 2000, n. 82), viene a coprire il periodo di tempo che decorre dall’inizio delle indagini preliminari sino al provvedimento che dispone il rinvio a giudizio, ovvero *all’ordinanza che dispone il giudizio abbreviato ai sensi dell’art. 438*, mentre la sentenza di condanna in caso di giudizio abbreviato (come si è visto) deve essere pronunciata, per i reati piu’ gravi, entro il termine di nove mesi dall’emissione dell’ordinanza che ha disposto il rito semplificato. La durata del nuovo termine inserito nella su citata disposizione è dunque proporzionata all’entità della pena edittale stabilita per il reato in ordine al quale si procede, e viene a scadere in coincidenza con la pronuncia della sentenza di condanna all’esito dell’udienza.

Al riguardo, è significativo rilevare come, a seguito della su menzionata riforma, sia la lett. *a*), che la lett. *b-bis*) della novellata disposizione di cui all’art. 303 facciano riferimento alla medesima locuzione (ossia, “*ordinanza con cui il giudice dispone il giudizio abbreviato*”) per disciplinare il computo dei termini custodiali relativi alla nuova fase del giudizio abbreviato. Ed è infatti “*nel giudizio*”, come stabilisce l’art. 458, comma 2, c.p.p. (anch’esso modificato per effetto dell’art. 2-*nonies*, comma 2, del medesimo d. l. n. 82/2000, convertito con modificazioni dall’art. 1, comma 1, della l. n. 144/2000), e non al di fuori di esso, che si osservano, in quanto applicabili, le richiamate disposizioni degli artt. 438, commi 3 e 5, 441, 441-*bis*, 442 e 443; tanto è vero che nel successivo inciso del comma 2 dell’art. 458 il legislatore precisa che in caso di nuove contestazioni da parte del P.M. – *ex art. 441 – bis* c.p.p. – il giudice revoca “*l’ordinanza con cui era stato disposto il giudizio abbreviato*” e fissa l’udienza per il giudizio immediato³³.

Il nuovo testo dell’art. 303 c.p.p. considera infatti il giudizio abbreviato – analogamente al giudizio dibattimentale – come fase autonoma cui assegnare uno specifico segmento temporale di durata della custodia cautelare. Nella previgente versione del testo normativo, allorché era pressoché interdetta qualsiasi forma di integrazione probatoria, il giudizio abbreviato era destinato a svolgersi in tempi rapidi: per questa ragione, benché anche allora, a rigore, si potesse parlare di una “fase” del giudizio abbreviato, il tempo necessario per chiudere tale fase non aveva rilievo autonomo con riguardo ai termini della custodia cautelare. A tal fine, l’imputato ammesso al rito speciale era trattato alla stessa maniera dell’imputato nell’udienza preliminare: nell’un caso, come nell’altro, il *terminus ad quem* del quale tenere conto per misurare il tempo della custodia coincideva con il provvedimento conclusivo dell’udienza (preliminare o di giudizio abbreviato), come esplicitamente stabiliva l’art. 303, comma 1, lett. *a*), c.p.p. (nella sua previgente versione).

Pur tecnicamente configurata come eccezionale (*ex art. 438*, commi 1 e 5, nonché art. 441, comma 5, cod. proc. pen.), la possibilità di acquisire ulteriore materiale probatorio costituisce attualmente un’eventualità assai piu’ frequente all’interno del nuovo modello di rito abbreviato, il cui svolgimento è pertanto suscettibile di prolungarsi per un arco temporale ben maggiore rispetto al passato³⁴.

La nuova formulazione dell’art. 303 sta a significare che il giudizio abbreviato, analogamente alla fase del dibattimento, deve considerarsi quale fase autonoma, cui assegnare uno specifico segmento temporale di durata della custodia cautelare: l’ordinanza ammissiva del rito semplificato in oggetto costituisce, dunque, al contempo, *terminus ad quem* per misurare la durata della custodia relativa alla fase preliminare destinata a sfociare nell’abbreviato, e *terminus a quo* per misurare la durata della custodia da eseguire durante il rito abbreviato, con la conseguenza che in questo secondo caso l’altra estremità del segmento temporale coincide con la sentenza conclusiva del rito speciale³⁵.

V’è, inoltre, da osservare come nell’art. 4 del su citato d.l. n. 82/2000 si precisi che le disposizioni in oggetto sono applicabili anche ai **giudizi abbreviati in corso alla data di entrata in vigore del decreto**, sempre che la custodia cautelare non abbia già perso efficacia: anche in tal caso, ed appare significativa l’omogeneità della scelta normativa, i **termini** stabiliti dalla lett. *b-bis*) dell’art. 303 c.p.p. **decorrono dalla data dell’emissione dell’ordinanza con cui il giudice ha disposto il giudizio abbreviato** o dalla data in cui ha avuto esecuzione la custodia cautelare, ove successiva alla medesima ordinanza³⁶.

La giurisprudenza di legittimità (**Sez. 1, n. 17474 del 16/03/2001, dep. 2/05/2001, Albanese, Rv. 218723**) ha chiarito, al riguardo, che **le modificazioni alla disciplina dei termini di custodia cautelare introdotte dal d.l. 7 aprile 2000 n.**

³³ Secondo **Sez. 3, n. 9921 del 12/11/2009, dep. 11/03/2010, Majouri, Rv. 246326**, l’ordinanza di revoca del provvedimento di ammissione dell’imputato al rito abbreviato, pronunciata al di fuori delle ipotesi di cui all’art. 441-*bis* cod. proc. pen., è provvedimento abnorme che comporta, altresì, l’abnormità di tutti gli atti conseguenti. (Fattispecie di revoca dell’ammissione al giudizio abbreviato condizionato disposta in sede di giudizio immediato). Analogamente v., inoltre, **Sez. 6, n. 21168 del 28/03/2007, dep. 29/05/2007, Argese e altri, Rv. 237081**.

³⁴ R. ORLANDI, *Nuove norme sui procedimenti e altre modifiche al codice di procedura penale*, in *Compendio di procedura penale*, (App. di aggiornamento) a cura di CONSO e GREVI, Cedam, 2001, p. 69.

³⁵ R. ORLANDI, *Nuove norme sui procedimenti e altre modifiche al codice di procedura penale*, in *Compendio di procedura penale*, (App. di aggiornamento) a cura di CONSO e GREVI, Cedam, 2001, p. 69, il quale rileva come la differenza tra il giudizio abbreviato e il giudizio ordinario, con riguardo all’estensione temporale della custodia cautelare, riguardi il solo termine di fase, non invece il termine complessivo, né quello finale, *ex art. 304*, comma 6, cod. proc. pen.; v., inoltre, G. DE AMICIS, *cit.*, p. 739.

³⁶ Su tali profili v. R. BRICCHETTI, *Applicabili sui procedimenti già avviati i termini piu’ lunghi per le misure preventive*, in *Guida dir.*, 2000, n. 15, p. 59.

82, convertito nella legge 5 giugno 2000 n. 144, per la fase del giudizio abbreviato, non si riferiscono solo all'ipotesi che esso venga disposto nell'udienza preliminare, ma **hanno carattere generale e riguardano tutti i casi nei quali il giudice lo disponga**, e perciò anche quelli in cui l'istanza dell'imputato sia stata presentata nel giudizio di appello, a norma dell'art. 4-ter della legge 5 giugno 2000 n. 144. Ne consegue che, in quest'ultima ipotesi, ai termini ordinari di fase si sostituiscono quelli previsti dall'art. 303, comma 1, lett. *b-bis*), cod. proc. pen. (come modificato dall'art. 1 della legge citata), che decorrono **dall'emissione dell'ordinanza dispositiva del giudizio abbreviato**.

Nello stesso senso si è orientata la successiva elaborazione della giurisprudenza di legittimità (**Sez. 6, n. 25058 del 9/05/2006, dep. 19/07/2006, Ferrante, Rv. 235133**, secondo cui i termini massimi di custodia cautelare per la "fase" del giudizio abbreviato, così come previsti dall'art. 303, comma primo, lett. *b-bis*), cod. proc. pen., decorrono dall'ordinanza che, in qualunque grado di giudizio di merito, dispone procedersi con il giudizio abbreviato³⁷; **Sez. 1, n. 41380 del 14/10/2009, dep. 28/10/2009, Pappalardo e altri, Rv. 245072; Sez. 1, n. 33602 del 18/09/2002, dep. 08/10/2002, Santangelo e altro, Rv. 222166; Sez. 1, n. 24818 del 12/04/2001, dep. 19/06/2001, Calabrese, Rv. 219545**, la quale - nel ribadire il principio secondo cui il legislatore ha individuato una nuova e autonoma "fase" processuale, il cui inizio vien fatto risalire all'ordinanza che, in qualunque grado di giudizio di merito, dispone procedersi con il giudizio abbreviato e termina con la sentenza emessa ai sensi dell'art. 442 cod. proc. pen. - ha significativamente constatato come l'applicabilità dei termini in esame anche al giudizio abbreviato disposto dal giudice del dibattimento (e non, quindi, della udienza preliminare) nei casi previsti dall'art. 452 c.p.p. (giudizio direttissimo), 458 c.p.p. (giudizio immediato) e 552 c.p.p. (nei casi di citazione diretta a giudizio), emerge chiaramente dalla stessa collocazione sistematica della nuova norma, la quale segue immediatamente quella di cui alla lettera *b*) del comma 1 dell'art. 303 c.p.p. riguardante i termini di fase del dibattimento di primo grado).

Il legislatore, pertanto, con la normativa in esame, ha inteso, da un lato, tener conto della minore durata e complessità del giudizio abbreviato, e quindi prevedere termini di custodia cautelare più brevi rispetto a quelli previsti per il giudizio ordinario; d'altro lato, ha inteso evitare che (in considerazione della profonda trasformazione apportata al giudizio abbreviato con la possibilità di prevedere integrazioni probatorie) la richiesta di giudizio abbreviato, in qualunque momento processuale formulata, fosse un mezzo per eludere i termini "normali" previsti per il giudizio ordinario con la proposizione della istanza in prossimità della loro scadenza, e comunque nel momento in cui l'integrazione probatoria prevista non consenta la sua conclusione nei termini di fase "ordinari" (**Sez. 1, n. 24818 del 12/04/2001, dep. 19/06/2001, Calabrese, cit.**).

L'orientamento che esclude l'equipollenza tra il decreto di fissazione dell'udienza e l'atto introduttivo del rito abbreviato. Secondo un primo indirizzo giurisprudenziale, tracciato dalla Corte di Cassazione all'indomani della novella legislativa n. 144/2000 e della precedente riforma introdotta con la l. n. 479/1999, una volta emesso il decreto di giudizio immediato, e proposta dall'imputato una tempestiva richiesta di giudizio abbreviato subordinata ad integrazione probatoria, la fissazione della relativa udienza da parte del giudice non può essere intesa come atto di per sé introduttivo di quest'ultimo giudizio, ma equivale solo ad una decisione positiva sull'ammissibilità del rito (sotto il profilo formale e dell'osservanza dei termini), che non preclude il rigetto dell'istanza, qualora, all'esito dell'udienza, l'integrazione probatoria risulti non necessaria o non compatibile con l'esigenza di semplificazione propria del rito medesimo (**Sez. 1, n. 39157 del 3/10/2001 - dep. 03/11/2001, confl. comp. in proc. D'Amico, Rv. 220119**, riguardo ad una fattispecie concernente un'ipotesi di conflitto tra il g.i.p. che, rigettata nel merito l'istanza di giudizio abbreviato, aveva nuovamente disposto il giudizio immediato, e il giudice del dibattimento che, ritenendo irreversibilmente ammesso il giudizio abbreviato per effetto della semplice fissazione dell'udienza da parte del primo, gli aveva restituito gli atti; in relazione ad essa, la Corte ha affermato che non spetta al giudice dibattimentale l'annullamento della decisione reiettiva della richiesta di giudizio abbreviato per difetto delle condizioni di legge e che, in caso di restituzione degli atti, il g.i.p. è legittimato a sollevare il conflitto). (*v. All. n. 9*).

Sia pure formulato in relazione ad una ipotesi di richiesta condizionata di rito abbreviato, intervenuta a seguito di decreto dispositivo del giudizio immediato, la S.C. ha chiaramente affermato il principio secondo cui, per il combinato disposto dell'art. 458 e dei richiamati co. 2 e 5 dell'art. 438 cod. proc. pen., la cadenza procedimentale è costituita da un **preliminare controllo di formale ammissibilità dell'istanza, cui segue**, in caso di scrutinio positivo, **la fissazione dell'udienza**, nella quale si valuterà se, alla stregua degli atti già acquisiti, l'integrazione probatoria sia necessaria e compatibile con l'esigenza di semplificazione che caratterizza il rito; dall'esito della verifica dipenderà se il processo debba proseguire nelle forme del giudizio abbreviato o, previa indicazione della data, di quello immediato. Siffatta disciplina, del resto, è ritenuta pienamente coerente con quella del giudizio abbreviato tipico, nel quale la richiesta - e la relativa decisione di accoglimento o rigetto - possono intervenire nel corso dell'udienza preliminare fino alla precisazione delle conclusioni.

Ne segue che **la fissazione dell'udienza di cui all'art. 458, comma 2, c.p.p. non può affatto essere interpretata come atto di per sé introduttivo del rito abbreviato**, ed anche nella novellata disciplina del rito deve ritenersi applicabile il consolidato principio giurisprudenziale (**Sez. Un., n. 22 del 6.12.1991/ 21.4.1992, confl. comp. in proc. Di Stefano, Rv. 190247 - 190249**) per cui non è in potere del giudice del dibattimento l'annullamento della decisione che respinga la richiesta di giudizio abbreviato per difetto delle condizioni di legge, con la conseguenza che in caso di disposta restituzione degli atti il G.I.P. è legittimato a sollevare il conflitto di competenza.

³⁷ Nell'affermare tale principio, la Corte ha rigettato il ricorso dell'imputato volto ad ottenere la retrodatazione dei suddetti termini a far data dal rigetto, da parte del G.i.p., della richiesta di ammissione al rito abbreviato, successivamente accolta dal giudice del dibattimento.

In motivazione, peraltro, la S.C. ha chiarito che l'opposta tesi del giudice del dibattimento era basata su un equivoco terminologico non autorizzato dalla "ratio" dell'assetto normativo attualmente in vigore. Infatti, la verifica preliminare compiuta dal G.I.P. in caso di istanza di giudizio abbreviato ex art. 458 cod. proc. pen. riguarda esclusivamente i requisiti di ammissibilità "della richiesta" (sotto il profilo formale e dell'osservanza dei termini), e non già quelli del rito, sui quali - nel solo caso di istanza condizionata - deciderà con provvedimento di accoglimento o "di rigetto" ai sensi del co. 5 dell'art. 438 C.P.P. (cfr. la letterale espressione usata nel comma successivo); ciò in coerenza con la natura della valutazione, che si sostanzia in una delibazione degli esiti dell'indagine onde verificare se l'integrazione "risulta necessaria ai fini della decisione e compatibile con le finalità di economia processuale proprie del procedimento, tenuto conto degli atti già acquisiti ed utilizzabili".

Seguendo tale percorso ricostruttivo, dunque, deve ritenersi che, una volta pervenuta la richiesta dell'imputato ex art. 458 cod. proc. pen. e verificatane l'ammissibilità sotto il profilo della tempestiva proposizione, il G.i.p. deve ritenersi obbligato a fissare l'udienza nella quale - in caso di istanza condizionata - deve verificare preliminarmente, nel contraddittorio delle parti, se l'integrazione probatoria sia necessaria, respingendo altrimenti la domanda, come desumibile dal rinvio contenuto nel comma 2 dell'art. 458 al comma 5 del precedente art. 438 cod. proc. pen.

Sulla stessa linea interpretativa si sono collocate, successivamente, **Sez. 4, n. 3526 del 12/12/2003, dep. 29/01/2004, Lucia, Rv. 229542**, nonché **Sez. 6, n. 787 del 20/12/2006, dep. 16/01/2007, Bernardini, Rv. 235851**, le quali hanno escluso ogni ipotesi di "automatica" ammissione al rito abbreviato, ribadendo che la fissazione dell'udienza per deliberare in merito alla richiesta di giudizio abbreviato subordinata ad integrazione probatoria, che segua l'originario decreto di giudizio immediato, non può essere considerata quale atto che introduce il giudizio abbreviato, così che il giudice può, in esito all'udienza, ritenere non sussistenti i requisiti per la sua ammissione e rigettare l'istanza.

Si tratta di un'interpretazione che tiene conto del tenore letterale e logico dell'art. 458, comma 2, cod. proc. pen., nella parte in cui dispone che "se la richiesta è ammissibile, il giudice fissa con decreto l'udienza". Il concetto di ammissibilità non coincide ovviamente con quello di "fondatezza" della richiesta, riguardando il primo un profilo di legittimità processuale, e l'altro la sostanziale accoglibilità della richiesta.

Inoltre, nella motivazione della **sentenza n. 787 del 20/12/2006, Bernardini, cit.**, la S.C. ha evidenziato che non assume rilievo a tali fini la su citata sentenza della Corte costituzionale n. 169/2003, che ha dichiarato l'illegittimità degli artt. 458, comma secondo e 464, comma primo, cod. proc. pen. nella parte in cui, in caso di rigetto dell'istanza da parte del G.i.p., non consentivano la rinnovazione della istanza davanti al giudice del dibattimento prima della chiusura delle formalità di apertura. Nel caso di specie, infatti, una volta emesso il decreto di giudizio immediato e proposta dall'imputato richiesta di giudizio abbreviato subordinata ad integrazione probatoria, all'udienza appositamente fissata per quest'ultimo giudizio, il giudice aveva ritenuto l'integrazione probatoria non necessaria ai fini del decidere e incompatibile con il rito, rigettando la richiesta stessa. In seguito, sia il difensore che l'imputato avevano richiesto che il procedimento fosse definito con il "rito abbreviato semplice" e il giudice aveva dato corso a tale rito. Ne deriva, secondo la S.C., che non solo si è data piena applicazione ai principi affermati dalla Corte Costituzionale (consentendo all'imputato di rinnovare la richiesta di rito speciale), ma che la parte privata, avendo essa stessa richiesto la celebrazione del giudizio in tale forma ed essendo stata esaudita in tale richiesta, non può ripensare in sede di legittimità la sua scelta processuale e rimettere in discussione lo sviluppo del processo, avendovi chiaramente perso interesse.

Sia pure con riferimento alla diversa ipotesi di **giudizio conseguente all'opposizione a decreto penale di condanna, ex art. 464, comma 1, cod. proc. pen.** (che peraltro detta una sequenza procedimentale del tutto simile a quella delineata nell'art. 458, comma 2, cod. proc. pen.), v'è da osservare che la giurisprudenza di legittimità svolge considerazioni sostanzialmente analoghe, allorché giunge, significativamente, ad affermare (cfr. la su citata **Sez. 1, n. 38595 del 17/09/2003, dep. 09/10/2003, confl. comp. in proc. Mores, Rv. 225997**) [v. *All. n. 10*]:

a) che il limite temporale di cui all'art. 461 c.p.p. concerne esclusivamente la proposizione dell'opposizione, nonché l'eventuale richiesta di rito alternativo, e non già le ulteriori indicazioni che possono caratterizzare tali riti (cfr. i commi 1-3 del citato articolo 461), sicché nessuna questione di tardività può farsi in ordine a siffatte ulteriori indicazioni;

b) che il "giudizio abbreviato condizionato" ed il "giudizio abbreviato semplice" sono espressioni che indicano non già due diversi riti alternativi, ma modalità differenziate del medesimo tipo di giudizio, le quali possono essere esplicitate anche in sede di udienza ex art. 464, comma 1, cod. proc. pen., di modo che una originaria richiesta di "giudizio abbreviato condizionato", ove non accolta, ben può essere sostituita da una richiesta di "giudizio abbreviato semplice", senza incorrere in decadenze di sorta o sbarramenti, *attesa la ricordata identità di rito e la carenza di imposizioni o divieti che stabiliscano limiti od opzioni irreversibili*.

Con chiarezza ancor maggiore si è altresì ritenuto - richiamandosi proprio a quanto è stato esplicitamente affermato in tema di giudizio immediato (con le su citate pronunce rese da **Sez. 4, n. 3526 del 12/12/2003, ric. Lucia** e da **Sez. 1, n. 39157 del 03/10/2001, ric. D'Amico**) - che nell'ipotesi in cui, a seguito di decreto penale di condanna, sia stata tempestivamente proposta dall'imputato una richiesta di giudizio abbreviato, subordinata o meno ad integrazione probatoria, è d'obbligo la fissazione, da parte del giudice, dell'udienza indicata dall'art. 464, comma 1, cod. proc. pen. (**Sez. 5, n. 9355 del 08/02/2007, dep. 06/03/2007, Scognamiglio, Rv. 235835**). (v. *All. n. 16*).

La fissazione dell'udienza, infatti, non può essere intesa come atto di per sè introduttivo del rito alternativo, ma, presupponendo soltanto l'ammissibilità formale della richiesta (sotto il profilo formale e dell'osservanza dei termini), prelude alla valutazione in contraddittorio sul "merito" dell'istanza. Contraddittorio che s'impone, in particolare, proprio in ragione della valutazione sulla necessità dell'integrazione probatoria cui risulti condizionata la richiesta, all'evidente fine di consentire all'imputato di "adeguare", o meglio calibrare, le sue scelte difensive e prospettare, eventualmente,

richieste gradate: operando - consapevolmente - la scelta di ridurre o eliminare l'integrazione probatoria apposta come condizione, ovvero quella, diversa, riconosciuta dalla sentenza n. 169/2003, di rinnovare al giudice del dibattimento la richiesta di giudizio abbreviato subordinata ad una integrazione probatoria (Corte cost. n. 273/2003).

Ne consegue che, allorché sia stato tempestivamente richiesto il giudizio abbreviato "condizionato", nè una diversa articolazione della "condizione" relativa all'integrazione probatoria, nè la formulazione della richiesta di abbreviato "semplice" (in relazione a tale ultima possibilità v. la già citata **Sez. 1, n. 38595 del 17/09/2003, Mores**) proposte nell'udienza fissata ai sensi dell'art. 464, comma 1, cod. proc. pen., potranno considerarsi tardive, costituendo esse una "modalità differenziata" della medesima domanda sul rito, e suscettibili, dunque, d'essere "esplicitate" nel corso della citata udienza.

L'orientamento che ammette l'equivalenza rispetto all'ordinanza dispositiva del giudizio abbreviato. Un diverso orientamento giurisprudenziale, tuttavia, ritiene che vi sia una differenziazione di regime, a fini delle modalità di computo dei termini di decorrenza della custodia cautelare, affermando che **il decreto di fissazione dell'udienza**, successivo alla richiesta di giudizio abbreviato incondizionato proposta dall'imputato dopo la notificazione del decreto di giudizio immediato, **equivale all'ordinanza di disposizione del giudizio abbreviato** e, pertanto, segna l'inizio della fase di computo dei termini di durata massima della custodia cautelare (**Sez. 2, n. 12818 del 18/02/2009, dep. 23/03/2009, P.M. in proc. Bianco, Rv. 244049**³⁸).

Entro tale prospettiva, infatti, si ritiene che nel caso di richiesta "secca" di rito abbreviato, formulata successivamente al decreto di giudizio immediato, il provvedimento con cui il G.i.p. fissi l'udienza camerale ai sensi dell'art. 458, comma 2, cod. proc. pen., non abbia alcun carattere interlocutorio, ed anzi venga emesso nel rispetto del principio del contraddittorio.

Per quanto attiene al diritto di interlocazione del P.M., si afferma, esso è assicurato dall'adempimento imposto all'imputato, ai sensi dell'art. 458, comma 1, c.p.p., di notificargli l'istanza di rito abbreviato; si tratta, peraltro, di un diritto di interlocazione persino esorbitante rispetto ai suoi attuali limiti oggettivi, non avendo più il P.M. il potere di esprimere il proprio dissenso rispetto alla richiesta di giudizio abbreviato.

Quanto all'altro aspetto, si osserva che, prima di fissare l'udienza camerale, il G.i.p. deve accertare l'ammissibilità della richiesta, secondo *"una verifica "anticipata" che non consente di attribuire al decreto una mera funzione introduttiva del procedimento camerale e che, nel caso di istanza di giudizio abbreviato non condizionata, esaurisce in sostanza il potere-dovere di controllo del GIP"*.

Né potrebbe rilevarsi, secondo tale pronuncia, che le disposizioni relative al giudizio abbreviato si osservano nell'ipotesi prevista dall'art. 458 c.p.p. solo "in quanto applicabili", dal momento che nell'attuale contesto normativo, quando sia in questione un'istanza di rito abbreviato successiva al decreto di giudizio immediato, e non subordinata ad integrazioni istruttorie, *"solo il rispetto del termine prescritto dall'art. 458, comma 1, c.p.p., e l'adempimento della notifica dell'istanza al P.M. definiscono gli unici limiti di compatibilità tra le due normative a confronto, la relativa verifica esaurendosi, peraltro, a monte dell'emissione del decreto ex art. 458 c.p.p., comma 2"*.

Ne consegue, in definitiva, che solo quando l'istanza di giudizio abbreviato proposta ex art. 458 cod. proc. pen. venga subordinata ad integrazioni probatorie, il decreto di fissazione dell'udienza camerale non può essere considerato atto che introduce il giudizio abbreviato, per la diversità delle condizioni legittimanti, *in questo caso*, l'accesso al rito premiale, sia sotto il profilo della compatibilità delle richieste di integrazione istruttoria con le esigenze di celerità del rito, che per la necessità di assicurare, stavolta, più ampi margini di interlocazione al P.M., anche con riferimento al suo potere di proporre prova contraria.

Sulla stessa linea interpretativa tracciata dal precedente giurisprudenziale or ora esaminato si è posta, successivamente, **Sez. 6, n. 37022 del 23/09/2010, dep. 18/10/2010, Monti Condesnitt, Rv. 248599**, che ha fatto proprie sostanzialmente le medesime argomentazioni ivi sviluppate, con riguardo ad un'istanza di rito abbreviato "secco" o "incondizionato".

Ulteriori rilievi in tal senso giungono da **Sez. 1, n. 33965 del 17/06/2004, dep. 09/08/2004, Gurliaccio, Rv. 228707**, secondo cui la fissazione dell'udienza per il giudizio abbreviato, richiesto dall'imputato cui sia stata notificato il decreto di giudizio immediato, costituisce un *posterius* rispetto alla positiva deliberazione in ordine al rito. Conseguentemente, il decreto di fissazione dell'udienza disciplinata dall'art. 458, comma 2, c.p.p., deve essere interpretato come atto di per sé introduttivo del rito abbreviato, già preceduto da un vaglio di ammissibilità della richiesta, di cui costituisce il naturale sviluppo logico e giuridico.

Nella stessa pronuncia si ritiene "indubbio", peraltro, che, in presenza di un'istanza "condizionata" di rito abbreviato, lo scrutinio positivo in ordine all'ammissibilità della domanda non impedisce al giudice di valutare in udienza, nel contraddittorio fra le parti, se, alla stregua degli atti già acquisiti, l'integrazione probatoria sia necessaria e compatibile con le esigenze di semplificazione che caratterizzano il rito. Dall'esito della verifica dipenderà, pertanto, se il processo debba proseguire nelle forme del giudizio abbreviato.

Deve pertanto escludersi che il decreto di fissazione dell'udienza ai sensi dell'art. 458, comma 2, c.p.p. possa costituire "un mero incumbente materiale ed un semplice atto interinale svincolato dalla più articolata struttura del giudizio semplificato": siffatto provvedimento è piuttosto un *"atto complesso con il quale il giudice per le indagini preliminari, investito della richiesta di giudizio abbreviato formulata dall'imputato, cui sia stato notificato il decreto di giudizio immediato, valuta l'ammissibilità della istanza e, dopo un apprezzamento positivo dei presupposti, fissa la relativa udienza"*.

³⁸ Nel caso di specie il ricorrente aveva proposto istanza di giudizio abbreviato senza porre alcuna condizione.

Nell'iter motivazionale della stessa pronuncia, tuttavia, si riconosce che *“all'esito della pronuncia dell'ordinanza di accoglimento della richiesta, il giudizio abbreviato può ritenersi iniziato”*.

Infine, proprio perché già introduttiva del rito, l'ordinanza con la quale viene ammesso il giudizio abbreviato non è revocabile, fatti salvi i casi disciplinati dall'art. 441 - *bis* c.p.p., qualificabili come fattispecie di diritto potestativo dell'imputato, essendo riconosciuta esclusivamente all'imputato, in presenza dei presupposti fissati dalla legge, la facoltà di revocare la richiesta di ammissione al giudizio semplificato in precedenza formulata.

Ad ulteriore conforto argomentativo del proprio *decisum*, la su menzionata **pronuncia n. 12818/2009 della Sez. 2, ric. P.M. in proc. Bianco**, rileva come nell'elaborazione della più recente giurisprudenza di legittimità siano stati già posti in evidenza significativi aspetti di assimilabilità dei provvedimenti emessi dal G.i.p. nella situazione prevista dall'art. 458 c.p.p., a quelli che regolano l'accesso al rito abbreviato secondo la disciplina fondamentale dettata dagli artt. 438 ss. c.p.p. .

Si richiama, in tal senso, il precedente costituito da **Sez. 3, n. 27760 del 06/06/2008, dep. 08/07/2008, Ghouini, Rv. 240826** - secondo cui, in tema di procedimenti speciali, è assimilabile all'ordinanza di rigetto della richiesta di giudizio abbreviato l'omessa pronuncia del giudice sulla richiesta di accesso al predetto rito, ritualmente e tempestivamente presentata dopo la notifica del decreto che dispone il giudizio immediato (v. All. n. 19) – e si osserva come un passo avanti ben più incisivo, nell'equiparazione delle due forme di accesso al rito abbreviato, sia stato segnato, in precedenza, dalla sentenza della Corte costituzionale n. 169/ 2003, che dichiarò l'illegittimità degli artt. 458, comma 2, e 464, comma 1, c.p.p., nella parte in cui, in caso di rigetto dell'istanza da parte del G.i.p., non consentivano la rinnovazione della stessa avanti al giudice del dibattimento prima della chiusura delle formalità di apertura.

Nel caso di specie, peraltro, occorre precisare che non risultava dagli atti un'esplicita pronuncia d'inammissibilità, e che la richiesta di rito abbreviato, dal ricorrente avanzata in via subordinata rispetto ad un'istanza di patteggiamento, non era stata più riproposta al giudice del dibattimento in limine litis.

Nel senso che il giudizio preliminare inerente al provvedimento di fissazione dell'udienza può assorbire ogni valutazione sui profili di ammissibilità del rito, anche nell'ipotesi in cui venga formulata una richiesta di abbreviato “condizionato”, si esprime **Sez. 1, n. 29115 del 03/07/2007, dep. 19/07/2007, confl. comp. in proc. Pontrelli, Rv. 237346**, secondo cui, una volta emesso il decreto di giudizio immediato e proposta dall'imputato una tempestiva richiesta di giudizio abbreviato subordinata ad integrazione probatoria, la dichiarazione di inammissibilità della richiesta può essere pronunciata dal G.i.p. “*de plano*”, senza la fissazione dell'udienza ex art. 458, comma 2, cod. proc. pen. (in relazione ad una fattispecie di conflitto determinatasi tra G.i.p. e giudice del dibattimento, in cui l'imputato aveva presentato come unica richiesta quella di rito abbreviato condizionato, “consumando” in tal modo il proprio diritto di presentare la richiesta di riti alternativi entro il termine perentorio di quindici giorni dalla notifica del decreto di giudizio immediato).

Muovendo dal presupposto per cui il giudizio preliminare di ammissibilità della richiesta di rito alternativo può avere ad oggetto anche la richiesta di rito abbreviato condizionato ad integrazioni probatorie, trattandosi di un giudizio che necessariamente precede l'ammissione al rito e non la segue, la S.C. ha preliminarmente osservato che *l'udienza è solo uno dei modi con cui il G.i.p. valuta l'ammissibilità del rito condizionato, ad esempio se la richiesta non appaia prima facie infondata.*

Mostrando di aderire, inoltre, all'impostazione ermeneutica già adottata da **Sez. 1, n. 27778 del 19/04/2006, dep. 03/08/2006, Lombardi, Rv. 234964**³⁹, la S.C. ha affermato che il termine per presentare le richieste di riti alternativi, ai sensi dell'art. 458 cod. proc. pen., è a pena di decadenza, e, pertanto, entro tale termine la parte può presentare la richiesta di accesso a tutti e tre i tipi di rito consentiti (rito abbreviato condizionato, rito abbreviato incondizionato, patteggiamento, in subordine l'uno all'altro), ma, una volta consumato il proprio diritto con la scelta di presentare una sola richiesta, non ha più la possibilità di trasformare l'originaria richiesta *in itinere*.

La decorrenza dei termini massimi di fase nel giudizio abbreviato. Un'applicazione formalmente corretta del consolidato quadro di principi delineato dalla giurisprudenza di legittimità riguardo alle modalità di computo della decorrenza dei termini massimi di fase nel giudizio abbreviato è operata, inoltre, da **Sez. 1, n. 41380 del 14/10/2009, dep. 28/10/2009, Pappalardo e altri, Rv. 245072**, secondo cui i termini di durata massima della custodia cautelare per la fase del giudizio abbreviato, di cui all'art. 303, comma 1, lett. *b-bis*), cod. proc. pen., decorrono dall'ordinanza che, in qualunque grado del giudizio di merito, dispone procedersi con il rito speciale. (v. All. n. 21).

Siffatta pronuncia, invero, senza contraddire la su citata pronuncia resa da Sez. 2, n. 12818 del 18/2/2009, ric. P.M. in proc. Bianco – come invece sostenuto dal ricorrente nel procedimento *de quo* - e senza prendere espressamente posizione sul nodo problematico oggetto della questione controversa, si limita a ribadire una *regula iuris* già affermata (da **Sez. 6, n. 25058 del 9/05/2006, dep. 19/07/2006, Ferrante, Rv. 235133**; da **Sez. 2, n. 32978 del 12/06/2001, dep. 03/09/2001, Di Mauro, Rv. 220865**, nonché da **Sez. 1, n. 129 del 12/12/2006, dep. 08/01/2007, Strano, Rv. 235353** –) - e da altre pronunce citate *supra*, nel par. 4.4.), stabilendo che il momento di decorrenza del termine per la fase del giudizio abbreviato deve decorrere dall'ordinanza che dispone procedersi con tale rito, anche se poi tale momento viene

³⁹ In particolare, secondo **Sez. 1, n. 27778 del 19/04/2006, dep. 03/08/2006, Lombardi, Rv. 234964**, dopo la notifica del decreto di giudizio immediato, la facoltà di riproporre, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, la richiesta subordinata ad un'integrazione probatoria, prima rigettata, implica che essa non sia mutata nel contenuto, sicché è preclusa sia la possibilità di proporre al giudice del dibattimento l'assunzione di prove diverse che di trasformare la richiesta da condizionata ad incondizionata (v. Corte cost., n. 169 del 2003); nello stesso senso v., inoltre, **Sez. 3, n. 1851 del 02/12/2010, dep. 21/01/2011, C. e altri, Rv. 249054**.

in concreto fatto coincidere con il decreto di fissazione dell'udienza per la celebrazione del processo con le forme del rito abbreviato ex art. 458, comma 2, cod. proc. pen. .

La dottrina. L'analisi della riflessione dottrinale maturata sui profili problematici sinora illustrati non offre risposte univoche.

Per una compiuta disamina della questione controversa è opportuno prendere le mosse dai nodi problematici individuati nell'ordinanza di rimessione, ovvero: la funzione dell'udienza fissata ai sensi dell'art. 458, comma 2, cod. proc. pen., a seguito della richiesta di giudizio abbreviato; la natura della valutazione del Giudice per le indagini preliminari al momento della fissazione della detta udienza; se, posta la unitarietà della formulazione normativa, la natura del decreto e dell'udienza suddetti mutino a seconda che la richiesta di giudizio abbreviato sia "secca" o "condizionata".

Certo è che il diverso tipo di "specialità" che contraddistingue il giudizio immediato – tipico rito di anticipazione della fase dibattimentale – rispetto a quello abbreviato – che riveste al contrario una funzione "deflattiva" del dibattimento stesso – non poteva non generare, nell'ipotesi della conversione, una serie di dubbi e complicazioni.

La dottrina si è interrogata circa la natura della valutazione che il giudice per le indagini preliminari deve compiere a seguito della richiesta di giudizio abbreviato, formulata dall'imputato dopo la notifica del decreto di giudizio immediato, richiesto dal pubblico ministero.

Ai sensi dell'art. 458, comma 2, cod. proc. pen., il giudice fissa con decreto l'udienza, laddove la richiesta di giudizio abbreviato risulti "ammissibile".

È dalla interpretazione dell'*incipit* di tale disposizione che sono sorti contrasti dottrinali. Ancor prima dell'attuale formulazione della norma (introdotta dall'art. 36, comma 1, lett. b), legge 16 dicembre 1999, n. 479, e successivamente riformulata dall'art. 2-*nonies*, comma 2, del d.l. 7 aprile 2000, n. 82, come modificato dalla legge di conversione 5 giugno 2000, n. 144), l'inciso «se la richiesta è ammissibile» è stato interpretato in tre modi differenti (per un'attenta disamina delle varie posizioni a suo tempo assunte dalla dottrina, si rinvia agli Autori citati da **M. D'ORAZI**, *Il giudizio immediato. Ipotesi ricostruttive e proposte di riforma*, Bologna, 1997, 183 - 186, nonché da **V. MAFFEO**, *Il giudizio abbreviato*, Iovene, 2004, 466 - 483).

In questa sede può essere opportuno, al riguardo, tracciare una sintetica illustrazione dei relativi orientamenti.

Secondo un primo indirizzo, minoritario, il quale tendeva soprattutto a valorizzare il dato positivo, l'accertamento del giudice per le indagini preliminari doveva limitarsi ad un controllo meramente formale (della ritualità della richiesta, nonché della presenza del consenso del pubblico ministero), al fine di predisporre il rito breve. Quest'ultimo si configurava quale "diritto potestativo" riconosciuto all'imputato, ponendosi l'accento sulla mancanza di una prescrizione che richiedesse un accertamento della decidibilità allo stato degli atti. In altri termini, la conversione del rito immediato in giudizio abbreviato costituiva una sorta di atto dovuto, dal momento che la ritenuta evidenza della prova rendeva superfluo l'accertamento sulla decidibilità del processo allo stato degli atti.

Secondo l'orientamento maggioritario, invece, il controllo del giudice non doveva limitarsi al mero dato formale, essendo necessario un accertamento della decidibilità della causa allo stato degli atti, posta la non coincidenza tra siffatto requisito e quello della "evidenza" della prova. Ne conseguiva la scomparsa del riconoscimento del diritto soggettivo dell'imputato alla concessione del rito abbreviato.

Infine, per un terzo filone, non supportato da pronunce giurisprudenziali, l'imputato era titolare di un diritto soggettivo al giudizio abbreviato, il quale doveva esser disposto sulla base del mero accertamento formale della presentazione della richiesta, con relativa notifica al pubblico ministero. Inoltre, laddove il giudice per le indagini preliminari avesse ritenuto non definibile il processo allo stato degli atti, avrebbe potuto optare per un'integrazione probatoria, ai sensi dell'art. 422 cod. proc. pen., in modo analogo a quanto avveniva in caso di giudizio abbreviato disposto a seguito di direttissimo.

Nonostante la modifica che ha interessato la disposizione dell'art. 458 cod. proc. pen., sembra che il dibattito in seno alla dottrina non sia ancora sopito. È opportuno analizzare il rapporto esistente tra i due tipi di giudizio al momento dell'esercizio del diritto di opzione contemplato dalla norma sopra citata, ovvero i parametri di valutazione del giudizio di ammissibilità del rito abbreviato, richiamato nel comma 2 della disposizione sopra citata.

L'innovazione normativa, operata mediante la c.d. legge "Carotti", risponde all'esigenza di eliminare la possibilità di interlocuzione sul rito da parte dell'organo dell'accusa, tanto da non comprendersi per quale ragione sia rimasta, nella formulazione dell'art. 458, comma 2, cod. proc. pen., la valutazione preliminare circa l'ammissibilità de giudizio abbreviato (in questi termini, v. **D. DE ROSA**, voce *Giudizio immediato*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. I, Torino, 2005, 587 - 590).

Secondo l'orientamento maggioritario, a prescindere dal modello di abbreviato che l'imputato intenda attivare, il giudice è tenuto a verificare in ogni caso i requisiti formali di presentazione della richiesta, indicati dall'art. 458, comma 1, cod. proc. pen. (**E. ZANETTI**, *Il giudizio immediato*, in **M. PISANI** (a cura di), *I procedimenti speciali in materia penale*, Giuffrè, 2003, 399; **F. ZACCHÈ**, *Il giudizio abbreviato*, in **G. UBERTIS - G.P. VOENA**, *Trattato di procedura penale*, XXXV.2, Giuffrè, 2004, 234; **L. DEGL'INNOCENTI - M. DE GIORGIO**, *Il giudizio abbreviato*, Giuffrè, 2006, 72; **R. ORLANDI**, in **G. CONSO - V. GREVI**, *Compendio di procedura penale*, Cedam, 2008, 619; **C. DI BUGNO**, voce *Giudizio immediato*, in *Enc. dir.*, Agg. VI, Giuffrè, 2002, 401; **D. DE ROSA**, voce *Giudizio immediato*, cit., 587 - 590; **R. BRICCHETTI - L. PISTORELLI**, *Procedimenti speciali*, in **G. SPANGHER** (diretto da), *Trattato di procedura penale*, vol. IV, tomo I (a cura di **L. FILIPPI**), Utet, 2008, 154). Occorre pertanto valutare, come già rilevato in precedenza, la legittimazione formale della stessa (se presentata dall'imputato o dal difensore munito di procura),

nonché l'osservanza del termine, iniziale o finale, di presentazione. In altri termini, posta la sussistenza dei requisiti formali, l'ammissione del rito abbreviato si configura quale atto dovuto (V. MAFFEO, *Il giudizio abbreviato*, cit., 478; F. ZACCHÈ, *Il giudizio abbreviato*, cit., 234; G. DI CHIARA, sub art. 438, in A. GIARDA – G. SPANGHER, *Codice di procedura penale commentato*, Ipsoa, 2010, 5494).

Tale riscontro “basilare” deve essere ampliato laddove si opti per il giudizio abbreviato condizionato ad integrazione probatoria (art. 438, comma 5, cod. proc. pen.). In questa evenienza procedimentale, infatti, si deve accertare se l'integrazione stessa risulti necessaria ai fini della decisione, nonché compatibile con le finalità di economia processuale proprie di tale rito speciale.

Nel caso in cui la verifica preliminare dia esito positivo, il giudice per le indagini preliminari fissa con decreto l'udienza in camera di consiglio, dandone avviso alle parti almeno cinque giorni prima. Quindi, con il decreto di cui all'art. 458, comma 2, cod. proc. pen., il giudice per le indagini preliminari compie un primo *screening* formale circa l'ammissibilità del giudizio abbreviato, secondo i parametri sopra indicati. Rimette poi al giudice competente la celebrazione dell'udienza eventualmente introduttiva del rito speciale; giudice che procederà quindi all'accertamento dei requisiti di cui all'art. 438 cod. proc. pen., ed in caso di valutazione con esito positivo provvederà con ordinanza a disporre il giudizio abbreviato.

Secondo un opposto orientamento dottrinale (G. PANGALLO, *I procedimenti speciali*, Forlì, 2007, 445), invece, l'espressione «*Se la richiesta è ammissibile, il giudice fissa con decreto l'udienza*» non deve essere interpretata come un controllo meramente formale ed esterno alla richiesta di giudizio abbreviato avanzata, bensì nel senso di consentire al giudice per le indagini preliminari di vagliare subito non solo l'ammissibilità in senso stretto, ma anche l'eventuale infondatezza evidente della richiesta stessa. Ne consegue che il giudice può rigettare la richiesta medesima con decreto emesso in camera di consiglio, nel caso in cui reputi la richiesta di integrazione probatoria non rilevante ai fini della decisione. Così procedendo, quindi, il giudizio abbreviato si potrebbe considerare introdotto con il solo eventuale decreto di fissazione dell'udienza e non con ordinanza.

Nella medesima prospettiva si era già collocata altra posizione dottrinale (M. ASCIONE, *Riflessioni circa i rapporti tra rito abbreviato condizionato e giudizio immediato*, in *Giur. mer.*, 2003, 1757 s.), secondo cui non vi sono profili di ordine letterale idonei ad escludere che il termine “ammissibile” sottintenda solo un vaglio formale, legato alla verifica della tempestività della richiesta di abbreviato e alle modalità della sua presentazione, e non anche una verifica di carattere sostanziale, relativa alla decisività della prova ai fini del giudizio, nonché alla compatibilità della stessa con le esigenze di economia proprie del procedimento (art. 438, comma 5, c.p.p.). La norma in questione, infatti, allorché menziona, nella seconda parte del comma 2, la fase del giudizio, “dà per conclusa (positivamente) ogni questione formale e sostanziale, cioè che, appunto, lascia propendere per la onnicomprensività del termine “ammissibile” “.

Così posti i termini della questione, il nodo ermeneutico da sciogliere è se il decreto di fissazione dell'udienza possa considerarsi introduttivo del rito abbreviato, o se, piuttosto, questo inizi con l'adozione dell'ordinanza di cui all'art. 438 cod. proc. pen.

All'interno di un primo filone interpretativo si ritiene che la norma contenuta nell'art. 458, comma 2, c.p.p., laddove prevede che il giudice ammette l'abbreviato “se la richiesta è ammissibile”, faccia riferimento *non solo al presupposto di ammissibilità connesso al rispetto del termine indicato nell'art. 458, comma 1*, per la presentazione della richiesta, *ma anche agli ordinari presupposti di ammissibilità del rito*, inclusa la compatibilità con le finalità di economia processuale della richiesta di integrazione probatoria formulata ai sensi dell'art. 438, comma 5, esplicitamente richiamato nel nuovo testo dell'art. 458, comma 2. (cfr., in tal senso, A. NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, Giuffrè, 2007, 593 - 594, nota 80, ove, peraltro, l'Autore si pone in senso critico nei confronti di quella prassi applicativa che afferma che la fissazione dell'udienza con decreto non presuppone l'ammissione al rito abbreviato: si tratterebbe, infatti, di un'interpretazione contrastante con il dato normativo).

Muovendosi sostanzialmente entro la medesima prospettiva ermeneutica, altra posizione dottrinale muove invece dalla distinzione tra richiesta di giudizio abbreviato incondizionata o subordinata (A. BARBARANO, *Rito abbreviato e giudizio immediato: quando l'intreccio si fa inestricabile*, in *Dir. giust.*, 2004, 43, 52 ss.). Se nella prima ipotesi l'accesso al rito speciale appare automatico, tanto che il provvedimento ammissivo del giudice si riduce ad una verifica della sussistenza dei presupposti formali, nell'ipotesi in cui, al contrario, la richiesta di abbreviato sia condizionata, il provvedimento del giudice ha un contenuto sostanziale, in quanto la valutazione da compiere concerne la presenza dei requisiti indicati nell'art. 438, comma 5, cod. proc. pen. In tal caso, «il decreto di ammissione del giudizio abbreviato ex art. 458 cod. proc. pen., al pari dell'udienza che dispone il giudizio abbreviato ai sensi dell'art. 438, comma 4, cod. proc. pen., determinerà la fissazione dell'udienza di trattazione e contestualmente l'ammissione delle prove richieste». Del resto, affermare che la fissazione dell'udienza di cui all'art. 458, comma 2, cod. proc. pen., sia un momento diverso dall'udienza introduttiva del rito, non troverebbe alcuna conferma nella lettera della disposizione e si fonderebbe su un'interpretazione meramente formale della valutazione di ammissibilità. Infine, la presenza di una duplice valutazione (l'una al momento della presentazione della richiesta di abbreviato cui seguirebbe la fissazione dell'udienza con decreto, l'altra nella udienza fissata cui seguirebbe l'emissione dell'ordinanza) si rivelerebbe una «inutile ed incomprensibile perdita di tempo e spreco di attività processuale».

Anche secondo un più recente contributo dottrinale (P. MURANO, *Giudizio abbreviato a seguito di immediato e decorrenza dei termini di custodia cautelare*, in *Cass. pen.*, 2010, n. 10, 3499 ss.), occorre distinguere tra abbreviato secco e condizionato. Nella prima ipotesi, coerentemente con il dato normativo, il provvedimento di fissazione

dell'udienza camerale non ha carattere interlocutorio, ma vale quale atto introduttivo del giudizio abbreviato. Problemi interpretativi sorgerebbero, di contro, per il condizionato.

Un'interpretazione sistematica dell'art. 458, comma 2, cod. proc. pen., indurrebbe alla conclusione per cui la positiva valutazione in ordine al rito costituisce atto prodromico alla fissazione dell'udienza per il giudizio abbreviato richiesto dall'imputato, cui sia stato notificato il decreto di giudizio immediato. Ne consegue che il provvedimento di fissazione dell'udienza prevista dall'art. 458, comma 2, cod. proc. pen., deve configurarsi quale «atto di per sé introduttivo del giudizio abbreviato e non solo mero incumbente materiale ed un semplice atto interinale svincolato dalla più articolata struttura del giudizio semplificato». A conforto di quanto sostenuto, l'A. ritiene che dopo quel decreto si verificano effetti sintomatici del già avvenuto mutamento del rito, poichè l'efficacia del decreto che dispone il giudizio immediato rimane sospesa e si compie un mutamento del giudice con successiva sottrazione del procedimento al giudice designato per il rito immediato, nonché l'attribuzione della competenza a conoscere del merito al giudice per le indagini preliminari. Se invece si riconoscesse carattere meramente formale alla deliberazione del giudice circa la ammissibilità preliminare, laddove la richiesta fosse condizionata ad integrazione probatoria, il successivo vaglio del giudice porterebbe a conseguenze incongruenti: nel caso di ammissione al rito, il giudice emetterebbe l'ordinanza introduttiva del giudizio abbreviato; in caso di valutazione negativa, invece, dovrebbe emettere un nuovo decreto di fissazione dell'udienza per il giudizio immediato o comunque un provvedimento che restituisca efficacia al decreto precedentemente pronunciato. Quest'ultima soluzione contrasta però con il dato normativo, non essendo prevista in alcuna disposizione tale procedura. L'A. conclude ritenendo che l'unica soluzione plausibile rispetto al dato normativo è sostenere che il decreto di fissazione dell'udienza sia da considerare quale atto introduttivo del rito, non solo nell'ipotesi di richiesta “secca” ma anche in quella “subordinata” ad integrazione probatoria.

Certo è, tuttavia, che non sembra plausibile considerare l'abbreviato semplice e quello condizionato quali tipi di procedimento autonomi. La dottrina (v., *ex multis*, **BRICCHETTI – PISTORELLI**, *Procedimenti speciali*, cit., 172 s.; **ZACCHÈ**, *Il giudizio abbreviato*, cit., 58 s.) è infatti unanime nel ritenere che il giudizio abbreviato è un modello processuale unico, caratterizzato dalla cristallizzazione a fini probatori delle risultanze della pregressa attività di investigazione compiuta dalle parti. Del resto, la stessa norma che qui si sta esaminando, ovvero l'art. 458, comma 1, cod. proc. pen., così come quelle contenute negli artt. 461, comma 3 e 452, comma 2, cod. proc. pen., nel consentire la trasformazione, rispettivamente, del giudizio immediato, del procedimento per decreto e del giudizio direttissimo in abbreviato, non procedono ad una ulteriore qualificazione e differenziazione tra semplice e condizionato. Ne consegue che, a fronte della unitarietà del quadro normativo, non possono ammettersi differenziazioni di “procedure”.

Altra parte della letteratura processual - penalistica assume invece una posizione maggiormente articolata e complessa, precisando che la forma del provvedimento dispositivo del giudice in caso di richiesta di abbreviato “incondizionato” è quella dell'ordinanza, qualora la richiesta sia formulata in udienza preliminare o in dibattimento, mentre in caso di giudizio immediato, ovvero nell'ambito del procedimento per decreto, la forma è quella del decreto (**BRICCHETTI – PISTORELLI**, *Procedimenti speciali*, cit., 197, 198, 204). Il provvedimento che fissa l'udienza “ha un contenuto imposto”, poichè esso si risolve nell'individuazione delle relative coordinate spazio-temporali, e nell'eventuale adozione dei provvedimenti concernenti la traduzione dell'imputato detenuto in carcere; può altresì contenere la nomina del difensore d'ufficio, per il caso che l'imputato ne risulti sprovvisto.

Il giudice, però, è obbligato a disporre il rito, in caso di richiesta “secca”, solo se la stessa è presentata “ritualmente”, mentre deve dichiararne l'inammissibilità quando la stessa sia formalmente viziata, ossia priva dei requisiti tipici individuati dalla legge processuale (tra gli altri, v. **BRICCHETTI – PISTORELLI**, cit., 203; **MAFFEO**, cit., 241; **ORLANDI**, cit., 618 ss.; **F. MASSARI**, *Illegittimo rifiuto di celebrare il giudizio abbreviato: quali rimedi?*, in *Cass. pen.*, 2001, 2806 (v. *All. n. 21*); **P. CAPRIOGLIO**, *Sub att. 27-31*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, 297). Al riguardo si riconosce, inoltre, che l'imputato possa reiterare siffatta richiesta di giudizio abbreviato prima delle formalità di apertura del dibattimento, al fine di sollecitare un sindacato sul punto ed ottenere che sia lo stesso giudice del dibattimento a celebrare *in limine* il giudizio abbreviato, *in analogia con quanto stabilito dalla Corte costituzionale riguardo all'ipotesi di rigetto ingiustificato della richiesta di giudizio abbreviato condizionato senza dover attendere l'applicazione della sanzione processuale* (così, **BRICCHETTI – PISTORELLI**, cit., 204).

In caso di richiesta “condizionata” di abbreviato, la diversa caratterizzazione formale del provvedimento decisorio – con ordinanza o decreto, a seconda che si tratti di rito ordinario, ovvero “atipico” – è attribuibile al fatto che, nell'impianto della riforma, la trasformazione del giudizio immediato e di quello per decreto avviene fuori udienza.

Nella prassi applicativa, peraltro, si registra il diffondersi di moduli procedurali incentrati sull'instaurazione di un contraddittorio camerale propedeutico alla decisione del giudice, nei quali alla forma del decreto continua ad essere abbinato il provvedimento di fissazione dell'udienza, mentre la decisione sul merito, più correttamente, viene ad assumere la forma dell'ordinanza (**BRICCHETTI – PISTORELLI**, cit., 204). La base normativa, al riguardo, viene propriamente rinvenuta nel combinato disposto degli artt. 458, comma 2, 464, comma 1 e 441 – *bis*, cod. proc. pen.

Già sul piano dell'analisi lessicale del testo, le prime due disposizioni ora menzionate prevedono espressamente che il giudice fissi con decreto l'udienza, ma consentono di ritenere che la successiva instaurazione del procedimento speciale avvenga in realtà con ordinanza: le stesse norme, infatti, nel disciplinare la regressione dal rito abbreviato ai sensi dell'art. 441-*bis*, impongono al giudice di revocare l' “ordinanza” (e non il decreto, appunto) con cui era stato disposto il giudizio abbreviato.

Ulteriore sostegno argomentativo in tal senso giunge, del resto, dalla considerazione di un rilievo di natura sistematica. Infatti, posto che il decreto viene motivato solo nei casi espressamente previsti dalla legge, e tenuto conto

del fatto che le norme su richiamate (artt. 458 e 464) nulla dispongono in tal senso, mentre l'ordinanza deve esserlo a pena di nullità *ex art. 125 c.p.p.*, qualora la forma della decisione negativa assunta dal giudice fosse effettivamente quella del decreto “*si profilerebbe una evidente sperequazione*” tra l'imputato che formuli una richiesta di giudizio abbreviato nell'ambito dell'udienza preliminare o nel dibattimento, e quello che richieda invece la conversione dell'immediato o del procedimento per decreto (per tali considerazioni, cfr. **BRICCHETTI – PISTORELLI**, cit., 205, secondo i quali è inevitabile concludere nel senso che la decisione sulla richiesta condizionata venga presa in ogni caso nelle forme dell'ordinanza, all'esito dell'instaurazione del contraddittorio tra le parti).

Alle medesime conclusioni, ovvero che in caso di conversione del rito immediato in abbreviato il giudice debba procedere con ordinanza, giungono sostanzialmente, sia pure con varietà di argomentazioni, **ZANETTI**, *I procedimenti speciali in materia penale*, cit., 398; **ORLANDI**, in **CONSO-GREVI**, *Compendio di procedura penale*, cit., 619; **DI BUGNO**, voce *Giudizio immediato*, cit., 401; **DEGL'INNOCENTI-DE GIORGIO**, *Il giudizio abbreviato*, cit., 72.

In senso piuttosto critico nei confronti di quell'orientamento dottrinale e giurisprudenziale secondo cui la forma che deve assumere il provvedimento dispositivo del rito è il decreto, si pone, inoltre, **A. GUALAZZI**, voce *Giudizio abbreviato*, in *Dig. disc. pen.*, ***** Aggiornamento, Utet, 2010, 363 ss.. Tale Autrice ritiene infatti che, essendo la domanda di trasformazione del rito presentata fuori udienza, la stessa richieda necessariamente la fissazione di un'udienza *ad hoc*, anche alla luce del fatto che potrebbe determinarsi, a seguito della richiesta di giudizio abbreviato, la competenza di un Giudice di diversa composizione oltre che di diverso Ufficio. Il provvedimento con il quale, in tali evenienze, viene fissata l'udienza non deve considerarsi atto che introduce il giudizio abbreviato, poiché è solo nell'ambito di tale udienza che avviene la verifica della sussistenza dei presupposti della richiesta e dei requisiti di ammissibilità dell'integrazione probatoria, in presenza dei quali il giudice pronuncerà l'ordinanza che dispone il rito abbreviato, procedendo alla trattazione del relativo giudizio. Cio' si evince chiaramente dal disposto di cui agli artt. 458, comma 2 e 464, comma 1, ove si prevede che il giudice, nei casi in cui l'imputato, a seguito di modifica dell'imputazione, opti per il prosieguo nelle forme del rito ordinario, revoca “*l'ordinanza con cui era stato disposto il giudizio abbreviato*”.

Sebbene la dicitura utilizzata nell'art. 458, comma 2, c.p.p. possa destare confusione all'interprete - poiché la relativa premessa (“*se la richiesta è ammissibile, il giudice fissa con decreto l'udienza*”) sembrerebbe lasciar intendere che il giudice debba compiere una valutazione di ammissibilità *de plano* e, solo in caso di esito positivo, disporre il rito fissando contestualmente (con decreto) l'udienza di trattazione - siffatta soluzione non può condividersi poiché imporrebbe di concludere nel senso che, se la richiesta è invece ritenuta inammissibile, il giudice possa dichiararla tale *de plano*, senza provvedere alla fissazione dell'udienza (**A. GUALAZZI**, cit., 364). Invece, almeno nell'ipotesi di giudizio abbreviato condizionato, il giudice deve sempre consentire alle parti di interloquire sulla presenza dei presupposti per l'accesso al rito e, soprattutto, sull'ammissibilità dell'integrazione probatoria di cui all'art. 438, comma 5, cod. proc. pen., comportando la sua decisione spesso delle valutazioni di merito non sempre formulabili senza aver ascoltato le parti sul punto.

Occorre inoltre considerare che, se ragioni di economia processuale consentono di compiere un “preventivo vaglio di ammissibilità” da parte del giudice all'atto della presentazione della richiesta, questo dovrebbe limitarsi ai soli casi di giudizio abbreviato non condizionato e coinvolgere unicamente i presupposti formali valutabili *ictu oculi*. In caso contrario, il decreto con il quale il giudice, a seguito di una richiesta condizionata che si innesti nel rito immediato o nel procedimento per decreto, dichiara *de plano* l'inammissibilità della richiesta dovrebbe considerarsi un provvedimento abnorme, malgrado la possibilità di sottoporre la stessa domanda al giudice del dibattimento (**A. GUALAZZI**, cit., 364).

Nella stessa prospettiva ermeneutica si colloca, altresì, un recente contributo dottrinale, assai ben argomentato (**O. BRUNO**, *L'ammissibilità del giudizio abbreviato*, Cedam, 2007, 195 ss.), secondo cui, pur potendosi ritenere che la notifica della domanda di rito abbreviato all'organo dell'accusa gli permetta di esercitare un contributo cartolare allorché venga a conoscenza della richiesta (con la conseguenza che la decisione adottata al di fuori dell'udienza sminuirebbe l'oralità, ma non il contraddittorio), una più meditata riflessione consente invero di approdare ad esiti diversi, poiché ci si troverebbe di fronte ad una pronuncia assunta senza la partecipazione verbale dei soggetti variamente interessati agli epiloghi decisori, con un “dialogo” limitato all'esame del materiale scritto, laddove un sindacato sull'ammissibilità dinanzi alle parti risponderebbe meglio ai contenuti dell'art. 111, comma 2, Cost., che prescrive la pienezza del contraddittorio anche nei procedimenti incidentali.

Nell'ottica di una maggior tutela della dialettica processuale, è preferibile far leva sull'esegesi secondo cui il giudice, inoltrata l'istanza, emette in ogni caso un decreto e rimanda la decisione sull'ammissibilità – da pronunciarsi con un'ordinanza – al momento dell'udienza. Solo dall'esito del confronto orale, infatti, dipenderà se il processo debba proseguire con i ritmi del giudizio abbreviato o, previa indicazione della data, di quello immediato, notificando l'avviso alle parti non presenti. Ne consegue che se, “*dopo la richiesta di rito abbreviato, il giudice fissa la data con decreto, ciò non va interpretato come pronuncia sull'atto introduttivo del procedimento speciale, bensì (solo) come impulso verso il momento in cui si realizza il contraddittorio*”. (**O. BRUNO**, cit., 197 - 198). Né, secondo tale Autrice, sarebbe preclusa una revoca del decreto nell'ipotesi in cui il giudice – *melius re perpensa* – dopo una più meditata valutazione nel contraddittorio orale tra le parti, reputi la domanda non conforme ai requisiti di legge; né, infine, il tipo di richiesta avanzata pare idoneo a mutare le conclusioni in tal modo prospettate.

In tal senso, la diversa tesi (in giurisprudenza cfr., ad es., Sez. 1, 9 agosto 2004, Gurliaccio, in *Dir. giust.*, 2004, n. 43, 57 ss., cit., con nota adesiva di **A. BARBARANO**, *Rito abbreviato e giudizio immediato: quando l'intreccio si fa*

inestricabile, cit., *supra*, in questo stesso paragrafo) secondo cui il decreto *ex art.* 458, comma 2, c.p.p. costituisce un atto introduttivo del rito abbreviato, già preceduto da un vaglio di ammissibilità della richiesta di cui rappresenta il naturale sviluppo, ponendosi quale “atto complesso” con cui il G.i.p. valuta l’ammissibilità dell’istanza e, dopo un apprezzamento positivo dei presupposti, fissa la relativa udienza, non è ritenuta affatto convincente.

Invero, la lettera stessa del dato normativo non sembra autorizzare un’interpretazione così rigida delle parole usate nell’art. 458, comma 2, c.p.p.: nulla induce a sostenere, infatti, che il giudice esprima una doppia volontà, pronunciando un atto dal contenuto duplice, per un verso in vista della deliberazione, e per altro verso in funzione propulsiva. Stante il silenzio del legislatore, è piuttosto plausibile – nel rispetto dei principi tradizionali che guidano l’attività processuale, oltre che per l’unitarietà della complessiva disciplina sul giudizio abbreviato – ritenere esattamente il contrario: “*se il provvedimento di cui all’art. 458, comma 2, c.p.p. fosse veramente un atto composito – ordinanza sull’ammissibilità e decreto di fissazione come provvedimento conseguente – proprio per la sua natura avrebbe dovuto emettersi nell’ambito di un effettivo contraddittorio tra le parti; tratto distintivo dell’ordinanza è rappresentato, di norma, dal suo collegamento alla dialettica che costituisce la conferma del carattere decisorio della stessa*”. (O BRUNO, cit., 200).

In linea generale, del resto, deve rilevarsi che, diversamente dalla forma tipica del decreto, il quale si caratterizza per il suo contenuto normalmente non decisorio e per la sua strumentalità, essendo orientato, di regola, a preparare (o a rendere possibile) l’ulteriore svolgimento dell’*iter* processuale, la forma dell’ordinanza presuppone, invece, un contrasto, una contrapposizione fra imputato e P.M., per la cui risoluzione il giudice emana un provvedimento il cui scopo è quello di definire una situazione giuridica controversa (per tutti v., da ultimo, S. LORUSSO, voce *Atti e provvedimenti penali*, in *Dig. disc. pen.*, *** Agg., Utet, 2005, 88 – 89): atto processuale, questo, che appare a maggior ragione configurabile nel contesto ammissivo oggetto di esame, ove il provvedimento introduttivo, pur avendo carattere incidentale, produce conseguenze sull’oggetto principale del processo e, dunque, sulla risposta sanzionatoria.

Nella peculiare ipotesi di trasformazione del rito immediato, il legislatore sembra aver garantito, con la pronuncia del decreto da parte del giudice, semplicemente “*una sorta di anello di congiunzione*” tra il precedente andamento procedurale e quello convertito (così O. BRUNO, cit., 200). Se il legislatore, nel disciplinare la regressione dal rito abbreviato a norma dell’art. 441-*bis* c.p.p. (che prevede la revoca dell’ordinanza), avesse voluto introdurre un vaglio sull’ammissibilità tramite decreto, avrebbe, quanto meno, mutato il tenore letterale dell’art. 458, comma 2, cod. proc. pen., prevedendo espressamente un obbligo di motivazione, mentre nulla è prescritto a tale riguardo.

Problematiche analoghe, del resto, si prospettano, secondo tale Autrice, quando l’imputato chieda il rito abbreviato con l’atto di opposizione a decreto penale di condanna (*ex art.* 461, comma 3, c.p.p.): sebbene la *littera legis* presenti in tal caso connotati meno ambigui, si ritiene comunemente che il G.i.p., quando viene formulata la domanda di rito alternativo, anche subordinata ad un’integrazione probatoria, compia gli adempimenti procedurali richiesti, senza alcuna valutazione preliminare circa l’ammissibilità; il vaglio sull’ammissibilità del giudizio abbreviato, nelle forme dell’ordinanza, è rinviato in sede di udienza (v. O. BRUNO, cit., 201, nonché gli Autori citati, *ivi*, nella nota n. 24; v., inoltre, A. SCALFATI, *Le nuove prospettive del decreto penale*, in AA.VV., *Il processo penale dopo la riforma del giudice unico*, a cura di F. PERONI, Cedam, 2000, 562).

Per quanto concerne, poi, la configurazione di un eventuale sindacato da parte del giudice in caso di richiesta “semplice”, il mancato rinvio dell’art. 464, comma 1, all’art. 438, comma 4, c.p.p., potrebbe far pensare, anche in tal caso, ad una sorta di assoluto automatismo nell’instaurazione del rito, ove la volontà dell’imputato si indirizzi verso il modulo “puro”, senza la necessità di un’ordinanza ammissiva: sarebbe tuttavia “*sconsigliato ipotizzare che, in assenza dei presupposti (formali, temporali e soggettivi), la domanda semplice sia comunque idonea a provocare la celebrazione del rito; del resto, nel caso di transito dal giudizio direttissimo e immediato (artt. 452, comma 2 e 458, comma 2, c.p.p.) all’abbreviato, il giudice conserva la possibilità di vagliare l’ammissibilità della richiesta, sia “secca” che complessa; ed è irragionevole che la stessa cosa non avvenga nella sede in esame*” (O. BRUNO, cit., 202),

Effetti sull’interpretazione ed applicazione dell’art. 303, comma 1, lett. b-bis), cod. proc. pen. A seguito della riforma che ha interessato le disposizioni relative al giudizio immediato ed abbreviato, come è noto, il legislatore ha ritenuto opportuno intervenire anche sulla materia dei “termini di fase” della custodia cautelare, di cui all’art. 303 cod. proc. pen. Si è avvertita la necessità di creare «una nuova fase che prende le mosse dal provvedimento ammissivo del rito abbreviato e che viene dotata di termini di custodia cautelare ridotti rispetto a quelli previsti per il giudizio dibattimentale». Il nuovo termine di fase inizia a decorrere dalla ordinanza che dispone il giudizio abbreviato. *Nulla quaestio* nell’ipotesi del giudizio abbreviato ordinario. Problemi interpretativi sorgono, invece, se tale rito risulta essere ammesso quale trasformazione di altro rito speciale.

Su tale specifica questione, tuttavia, si rinvencono assai limitati contributi dottrinali.

In linea generale la nuova formulazione dell’art. 303 cod. proc. pen. sta a significare che il giudizio abbreviato, analogamente alla fase del dibattimento, deve considerarsi quale fase autonoma, cui assegnare uno specifico segmento temporale di durata della custodia cautelare: l’ordinanza ammissiva del rito semplificato in oggetto costituisce, dunque, al contempo, *terminus ad quem* per misurare la durata della custodia relativa alla fase preliminare destinata a sfociare nell’abbreviato, e *terminus a quo* per misurare la durata della custodia da eseguire durante il rito abbreviato, con la conseguenza che in questo secondo caso l’altra estremità del segmento temporale coincide con la sentenza conclusiva

da lui nominato, né vi siano persone idonee a ricevere la copia dell'atto, la notificazione deve avvenire mediante deposito nella casa comunale, ai sensi dell'art. 157, comma 8, cod. proc. pen. (Sez. 3, n. 4033 del 21/02/1997, dep. 07/05/1997, Scarlato, Rv 207763; Sez. 6, n. 611 del 21/02/1995, dep. 24/05/1995, Sapienza, Rv 201883).

L'indirizzo interpretativo più recente ha, invece, affermato che il mancato reperimento dell'imputato presso il domicilio dichiarato ovvero del domiciliatario da lui indicato, nel caso in cui le informazioni raccolte nel vicinato non diano esito alcuno, si sostanzia in una situazione di inidoneità o insufficienza della dichiarazione, rendendo così legittima la notifica mediante consegna al difensore, senza che sia consentito dar corso agli adempimenti di cui all'art. 157, comma 8, cod. proc. pen. (Sez. 5, n. 42399 del 18/09/2009, dep. 04/11/2009, Donà, Rv 245819; Sez. 2, n. 38768 del 10/11/2006, dep. 22/11/2006, Buongiorno, Rv 235311; Sez. 5, n. 23670 del 26/04/2005, dep. 23/06/2005, Carbone, Rv 231908).

Tali più recenti pronunce sono espressione della corretta interpretazione dell'art. 161, commi 1, 2 e 4, cod. proc. pen.

Il sistema delineato dagli artt. 161, 162, 163 e 164, cod. proc. pen. per le notificazioni da eseguirsi presso il domicilio dichiarato o eletto ovvero mediante consegna dell'atto al domiciliatario, si palesa quale complesso di disposizioni esaustivo, ai fini del perfezionamento della notificazione, e si pone come alternativo a quello previsto dall'art. 157 cod. proc. pen. per la prima notificazione all'imputato non detenuto; sistema che non può essere contaminato con l'applicazione di disposizioni riguardanti le ipotesi della prima notificazione, che risultino incompatibili con esso.

Tale sistema, in particolare, è fondato sul dovere dell'imputato, che ne sia stato adeguatamente edotto, di dichiarare o eleggere domicilio e di comunicare alla autorità giudiziaria ogni successiva variazione ai sensi dell'art. 161, commi 1 e 2, cod. proc. pen.

E' opportuno precisare sul punto che l'art. 163 cod. proc. pen., secondo il quale <<Per le notificazioni eseguite nel domicilio dichiarato o eletto a norma degli artt. 161 e 162 si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni dell'art. 157>>, per la clausola di salvaguardia in esso contenuta, attiene alla individuazione dei soggetti potenziali consegnatari dell'atto e non al luogo o alle modalità della notificazione.

Infatti, le modalità di esecuzione della notifica stabilite dall'art. 157, comma 8, cod. proc. pen., per il testuale riferimento della norma, sono consequenziali al verificarsi delle situazioni ipotizzate dal comma 7 del medesimo articolo (mancanza, inidoneità, rifiuto di ricevere l'atto con conseguente obbligo di effettuare nuove ricerche dell'imputato); situazioni di per sé preclusive della possibilità di notificazione presso il domicilio dichiarato o eletto ovvero presso il domiciliatario e idonee ad individuare l'ipotesi prevista dall'art. 161, comma 4, cod. proc. pen.

La impossibilità di procedere alla notifica nelle mani della persona designata quale domiciliatario, per il rifiuto di ricevere l'atto ovvero per il mancato reperimento del domiciliatario o dell'imputato stesso nel luogo di dichiarazione o elezione di domicilio o di altre persone idonee, integra l'ipotesi della impossibilità della notificazione ai sensi dell'art. 161, comma 4, cod. proc. pen., sicché non è consentito, in tali casi, procedere con le forme previste dall'art. 157, comma 8, cod. proc. pen.

Pertanto, nell'ipotesi in cui la notificazione presso il domicilio dichiarato o eletto risulti impossibile per una delle cause previste dall'art. 157, comma 7, cod. proc. pen., la notificazione deve essere eseguita ai sensi dell'art. 161, comma 4, stesso codice, mentre è preclusa la possibilità di procedere con le forme previste dall'art. 157, comma 8, cod. proc. pen.

Il primo e pregiudiziale motivo di ricorso, pertanto, è infondato.

3. La questione rimessa all'esame delle Sezioni Unite concerne la legittimità delle notificazioni a mezzo telefax eseguite presso il difensore, quale domiciliatario *ex lege* dell'imputato, nella impossibilità di notificazione presso il domicilio dichiarato o eletto, ovvero, per quanto si preciserà in seguito, quale domiciliatario nominato dallo stesso imputato.

Come già osservato, nell'ordinanza di rimessione si dà atto che l'esistenza di due contrapposti indirizzi interpretativi sulla questione corrisponde, in effetti, a casistiche diverse.

Le sentenze che hanno escluso la legittimità della notificazione a mezzo telefax, diretta alla parte, ma eseguita presso il difensore, si riferiscono a casi nei quali il difensore era stato nominato domiciliatario dall'imputato o indagato (Sez. 2, n. 2827 del 10/12/2008, dep. 21/01/2009, Raimondi, Rv 242654; Sez. 2, n. 5648 del 11/02/2007, Kucukdemir, Rv 235818; Sez. 3, n. 16610 del 05/04/2005, Pellegrini, Rv 232494, tutte rese nell'ambito di procedure di riesame).

L'indirizzo interpretativo citato ha fatto perno, in particolare, sulla previsione dell'art. 150 cod. proc. pen., osservando che l'uso di sistemi alternativi a quello ordinariamente previsto per le notifiche è consentito dalla disposizione citata solo nell'ipotesi in cui la notificazione sia destinata a <<persona diversa dall'imputato>>.

Le sentenze che hanno concluso per la legittimità di tale modalità di notificazione si riferiscono, invece, tutte a casi nei quali la notificazione è stata eseguita ai sensi dell'art. 161, comma 4, cod. proc. pen., per la rilevata impossibilità di eseguire la notificazione nel domicilio determinato a norma del comma 2 ovvero di mancanza, insufficienza o inidoneità della dichiarazione nei casi previsti dai commi 1 e 3. (Sez. 3, n. 46703 del 03/11/2009, dep. 03/12/2009, Choukoku, Rv 245406; Sez. 1, n. 40324 del 24/09/2008, dep. 29/10/2008, Aboussad, Rv 241704; Sez. 5, n. 20586 del 12/04/2007, dep. 25/05/2007, Gatterer, Rv 236614).

Alle ipotesi prese in considerazione dal secondo indirizzo interpretativo possono ovviamente essere equiparate quelle della irreperibilità dell'imputato (art. 159, comma 1, cod. proc. pen.), della sua dichiarazione di latitanza (art. 165, comma 1, cod. proc. pen.) ovvero della ipotesi di imputato residente, dimorante o detenuto all'estero, che non abbia ottemperato all'invito a dichiarare o eleggere domicilio nello Stato (art. 169, comma 1, cod. proc. pen.).

Nella ipotesi in cui la notifica a mezzo telefax è stata ritenuta legittima - e cioè quella di cui all'art. 161, comma 4, cod. proc. pen. - si è fatto riferimento alle modalità di notificazione stabilite nei confronti dei difensori dall'art. 148, comma 2-bis, cod. proc. pen., e si è sostenuto che, nel caso di impossibilità di notificazione all'imputato ovvero al suo domiciliatario, il difensore venga in rilievo non come soggetto fisico, designato per la mera ricezione materiale della notificazione, ma in ragione del suo specifico ruolo funzionale nel procedimento.

E' opportuno, quindi, procedere, per un corretto ed esaustivo inquadramento normativo della questione, all'interpretazione dell'art. 148, comma 2-bis, cod. proc. pen., individuando il rapporto di tale norma con quella di cui all'art. 150 cod. proc. pen.

Il comma 2-bis, è stato inserito nell'art. 148 del codice di rito dall'art. 9, comma 1, lett. b), della legge 15 dicembre 2001 n. 438, di conversione, con modificazioni, del d.l. 18 ottobre 2001 n. 374.

La norma prevista dal decreto-legge citato, recante <<Disposizioni urgenti per contrastare il terrorismo internazionale>>, costituiva espressione del manifestato intento di "recuperare" gli organi di polizia all'attività operativa di indagine, limitato dalla possibilità, prevista dal codice di rito sin dalla sua nascita, che le notifiche nei casi di procedimenti con imputati detenuti venissero eseguite a mezzo della polizia giudiziaria.

Dopo alterne vicende in sede di conversione del decreto-legge, legate alla valutazione della omogeneità della norma con la materia disciplinata dalla legislazione di urgenza, la stessa è stata definitivamente inserita nella legge di conversione al dichiarato scopo di <<rendere più semplice un procedimento che, a seguito, dell'art. 9 del decreto-legge, vedeva perdere uno dei soggetti ai quali la legge affida il compito di notificare gli atti giudiziari>> (v. Commissione Giustizia della Camera in sede referente, seduta dell'11 dicembre 2001, relazione orale dell'on. Pecorella, Resoconto, p. 29).

A ben vedere, la norma costituisce la fisiologica evoluzione, in relazione alle modificazioni e diffusione dei mezzi tecnici di trasmissione degli atti intervenute nel corso del tempo, di quanto già previsto dall'art. 150 cod. proc. pen. fin dalla data di entrata in vigore del codice di rito, in attuazione di quanto previsto dalla direttiva di cui all'art. 2, comma 1, n. 9, della legge-delega n. 81

del 1987, che prevedeva la <<semplificazione del sistema delle notificazioni, con possibilità di adottare anche nuovi mezzi di comunicazione>>.

La natura innovativa di quanto previsto dall'art. 148, comma 2-*bis*, cod. proc. pen. emerge evidente dal raffronto tra le due norme, che induce altresì ad escludere che si tratti, come affermato in varie sedi, di una mera duplicazione di disposizioni in materia di notificazioni già previste dal codice di rito fin dall'origine.

Una prima differenza tra le due norme, di particolare rilevanza, è data dalla previsione contenuta nell'art. 150, comma 1, cod. proc. pen. che le forme diverse di notificazione siano consigliate da <<circostanze particolari>>.

Nulla dispone invece in proposito il comma 2-*bis* dell'art. 148 codice di rito.

Ai sensi dell'art. 150, inoltre, l'impiego, per la notificazione, <<di mezzi tecnici che garantiscano la conoscenza dell'atto>> deve essere stabilita dal giudice con decreto motivato, che indichi (comma 2) <<le modalità necessarie per portare l'atto a conoscenza del destinatario.>>.

Il comma 2-*bis* dell'art. 148 cod. proc. pen. rimette, invece, alla discrezionalità dell'autorità giudiziaria, comprendendo quindi anche il pubblico ministero, il disporre che le notificazioni o (anche) gli avvisi <<siano eseguiti con mezzi tecnici idonei>>, senza che sia necessario emettere un provvedimento che lo giustifichi (Sez. 1, n. 34028 del 14/09/2010, dep. 21/9/2010, Ferrera, Rv 248184; Sez. 2, n. 8031 del 09/02/2010, dep. 01/03/2010, Russo, Rv 246450).

Tale ultima differenza è stata evidenziata anche dalla dottrina, la quale, peraltro, non risulta essersi occupata specificamente della questione giuridica in esame.

Le modalità diverse di notificazione o comunicazione degli avvisi stabilite dall'art. 148, comma 2-*bis*, cod. proc. pen. sono utilizzabili esclusivamente per gli atti che devono essere ricevuti dai difensori, mentre le notificazioni previste dall'art. 150 cod. proc. pen. possono essere disposte nei confronti di qualunque persona diversa dall'imputato.

E' stato evidenziato in base al raffronto tra le due norme il carattere di specialità della previsione contenuta nell'art. 148, comma 2-*bis*, cod. proc. pen. rispetto a quella dell'art. 150 stesso codice (Sez. 4, n. 41051 del 02/12/2008, dep. 03/11/2008, Davidovits).

A ben vedere, però, la specialità della previsione contenuta nel comma 2-*bis* deve essere piuttosto riferita alla disciplina generale in materia di organi e forme delle notificazioni dettata dall'art. 148 cod. proc. pen., mentre, a sua volta, l'art. 150 stesso codice costituisce una norma speciale rispetto alla disciplina delle forme e mezzi ordinari di notificazione di cui allo stesso art. 148.

Pertanto, la prima delle disposizioni citate risulta esclusivamente applicabile per gli atti che devono essere ricevuti dai difensori e prescinde dalle prescrizioni formali dettate dal legislatore del 1988 per rendere certa la ricezione dell'atto da parte del suo destinatario, evidentemente in considerazione delle qualità professionali del difensore, nonché presumibilmente della maggiore affidabilità dei mezzi tecnici di trasmissione degli atti intervenuta nel frattempo.

La norma, peraltro, ripete sostanzialmente il contenuto di quanto già previsto dall'art. 54, comma 2, disp. att. cod. proc. pen. per la trasmissione all'ufficiale giudiziario degli atti da notificare.

Sicché deve essere ravvisato un parallelo, di non secondaria importanza, tra l'omogeneità della disciplina prevista per la trasmissione degli atti tra organi dell'amministrazione giudiziaria e tra questi ultimi e la categoria professionale degli avvocati.

Come già rilevato il contenuto normativo del comma 2-*bis* inoltre è stato inserito nell'art. 148 cod. proc. pen., che disciplina gli <<organi e le forme delle notificazioni>> con disposizione di carattere generale.

Si può, quindi, inferire da tale rilievo di natura sistematica e dal dato letterale che il legislatore ha previsto l'uso di mezzi tecnici idonei per le notificazioni o gli avvisi ai difensori quale sistema ordinario, generalizzato, alternativo all'impiego dell'ufficiale giudiziario o di chi ne esercita le funzioni (comma 1), purché sia assicurata l'idoneità del mezzo tecnico. (Sez. 2, n. 8031 del 09/02/2010, dep. 01/03/2010, Russo).

La mancata individuazione, in sede normativa, dei mezzi tecnici idonei ad assicurare la effettiva conoscenza dell'atto (cosiddetta norma aperta) è evidentemente legata all'esigenza di non rendere necessario il continuo aggiornamento legislativo degli strumenti utilizzabili, né in qualche modo obbligatorio il loro utilizzo, tenuto conto della evoluzione scientifica e dell'effettivo grado di diffusione di nuovi mezzi tecnici di trasmissione.

D'altra parte la individuazione della categoria dei difensori quali "naturali" possibili destinatari o consegnatari delle notificazioni o avvisi con l'uso di mezzi tecnici idonei è evidentemente legata all'esigenza di tale categoria professionale di farne uso, come avviene generalmente con il telefax, per lo svolgimento della propria attività.

Peraltro, va ribadito che nessun obbligo è imposto dalla legge circa la utilizzazione di particolari mezzi tecnici, quali il telefax, essendone possibile l'impiego solo allorché il destinatario della notificazione ai sensi dell'art. 148, comma 2-*bis*, cod. proc. pen. abbia comunicato all'autorità giudiziaria il proprio numero di telefax o lo abbia comunque reso di pubblico dominio.

A proposito del telefax, di cui nel caso in esame ci si occupa, va ancora osservato che si tratta di uno strumento tecnico che dà assicurazioni in ordine alla ricezione dell'atto da parte del destinatario, attestata dallo stesso apparecchio di trasmissione mediante il cosiddetto <<OK>> o altro simbolo equivalente (v. Sez. 2, n. 24798 del 03/06/2010, dep. 01/07/2010, Stankovic, Rv 247727, secondo la quale per il perfezionamento della notificazione non è richiesta la conferma da parte del destinatario dell'avvenuta ricezione, essendo all'uopo sufficiente il rapporto di positiva trasmissione).

La ricezione inoltre avviene su supporto cartaceo di immediata percezione.

4. Dalla interpretazione dell'art. 148, comma 2-*bis*, cod. proc. pen., quale disposizione di carattere generale in ordine alle modalità di notificazione degli atti o degli avvisi che devono essere ricevuti dai difensori, e dalla individuazione dei rapporti di tale norma con l'art. 150 stesso codice, come meglio si preciserà in seguito, deriva necessariamente che anche le notificazioni effettuate nei confronti del difensore, nella qualità di domiciliatario, a qualsiasi titolo, dell'imputato o indagato, possono essere eseguite ai sensi della disposizione citata.

Tale interpretazione trova un riscontro, difficilmente sormontabile, nell'art. 157, comma 8-*bis*, cod. proc. pen. aggiunto dall'art. 2, comma 1, d.l. 21 febbraio 2005 n. 17, recante <<Disposizioni urgenti in materia di impugnazione delle sentenze contumaciali e dei decreti di condanna>>, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 aprile 2005 n. 60.

L'articolo citato, nel prevedere che le notificazioni all'imputato non detenuto, successive alla prima, sono eseguite, in caso di nomina di difensore di fiducia, mediante consegna ai difensori, stabilisce che per <<le modalità della notificazione si applicano anche le disposizioni previste dall'art. 148, comma 2-*bis*>>.

Orbene, il riferimento all'art. 148, comma 2-*bis*, cod. proc. pen. non può essere inteso come espressione della volontà del legislatore di escludere la possibilità di effettuare la notificazione con mezzi tecnici idonei, eseguita presso il difensore ma diretta all'assistito, in ogni altro caso diverso da quello previsto dal comma 8-*bis* dell'art. 157, ma piuttosto nel senso di chiarire che tale modalità di notificazione è generalmente impiegabile per le notifiche successive alla prima di cui sia destinatario l'imputato e consegnatario il difensore.

Tale appare chiaramente l'intento dell'emendamento al testo dell'art. 157 cod. proc. pen. in sede di conversione del decreto-legge n. 17 del 2005 (v. Commissione Giustizia della Camera in sede referente, seduta del 2 marzo 2005, intervento dell'on. Kessler, Resoconto stenografico, p. 29, e seduta dell'8 marzo 2005, intervento del relatore on. Ghedini, Resoconto stenografico, p. 23).

Non è privo di rilievo osservare che la disposizione introdotta dall'art. 157, comma 8-*bis*, cod. proc. pen. è stata già sottoposta al vaglio di legittimità costituzionale, sia pure non con specifico riferimento alle modalità di notificazione degli atti, e la Corte costituzionale ha affermato la infondatezza della questione, in relazione agli art. 111, terzo comma, e 24 della Costituzione, con sentenza n. 136 del 5 maggio 2008.

In particolare la pronuncia ha evidenziato che la norma <<si ispira all'esigenza di bilanciare il diritto di difesa degli imputati e la speditezza del processo, semplificando le modalità delle notifiche e contrastando eventuali comportamenti dilatori e ostruzionistici>>.

La Corte costituzionale ha altresì rilevato che il rapporto fiduciario, che lega l'imputato al suo difensore implica <<l'insorgere di un rapporto di continua e doverosa informazione da parte di quest'ultimo nei confronti del suo cliente, che riguarda ovviamente, in primo luogo, la comunicazione degli atti>>.

5. Anche la citata pronuncia della Corte costituzionale, come in precedenza la giurisprudenza di legittimità, sia pure con specifico riferimento all'onere del difensore di assicurare la funzionalità degli apparecchi di cui è dotato il proprio studio professionale (Sez. U, n. 39414 del 30/10/2002, dep. 22/11/2002, Arrisoli, Rv 222553; Sez. 6, n. 34860 del 19/09/2002, dep. 17/10/2002, Fisheku, Rv 222578), ha posto in rilievo l'onere di diligenza a carico del difensore che sia consegnatario delle notificazioni.

Tale dovere di informazione da parte del difensore nei confronti del proprio assistito, sia pure riferito in generale alla illustrazione dei diritti e facoltà dell'imputato e degli atti che lo riguardano, era stato già affermato dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo con sentenza in data 18 ottobre 2006 nel procedimento *Hermi contro Italia* (§§ 92-97) e ribadito nella successiva sentenza in data 28 febbraio 2008 nel procedimento *Dembukov contro Bulgaria* (§§ 50-57).

Peraltro, come implicitamente affermato dalla citata pronuncia della Corte costituzionale, l'ordinamento giuridico non può farsi carico dell'eventuale disinteresse dell'imputato per il processo, allorché questi sia stato adeguatamente avvisato, cosa che avviene mediante la prima notificazione eseguita ai sensi dell'art. 157 cod. proc. pen. ovvero è dimostrata dalla intervenuta nomina di un difensore di fiducia.

Sicché, tenuto conto delle qualità professionali del difensore e degli obblighi derivanti dal mandato fiduciario ricevuto ovvero per disposizione di legge, nel caso di nomina di ufficio per l'imputato che ne sia sprovvisto, non sussistono ragioni per valutare diversamente la sua idoneità a rendere adeguatamente edotto l'imputato della natura giuridica dell'atto di cui sia destinatario, a seconda che egli sia consegnatario dello stesso ai sensi dell'art. 157, comma 8-*bis*, cod. proc. pen. ovvero quale domiciliatario nominato ai sensi dell'art. 161 stesso codice, indipendentemente dalle modalità con cui l'atto è stato notificato al consegnatario.

La prima disposizione citata attribuisce, in ogni caso, al difensore la facoltà di comunicare immediatamente all'autorità giudiziaria che non intende accettare le notificazioni per conto del suo assistito ed all'imputato di porre nel nulla gli effetti della norma, provvedendo alla dichiarazione o elezione di domicilio (Sez. U, n. 19602 del 27/03/2008, dep. 15/5/2008, Micciullo, Rv 239396, che ha dichiarato la nullità, in tal caso, della notifica eseguita ai sensi dell'art. 157, comma 8-*bis*, cod. proc. pen. presso il difensore di fiducia).

Non risulterebbe, pertanto, comprensibile, in ipotesi di una diversa interpretazione, la *ratio* del sistema processuale in materia di notificazioni che consenta la notifica dell'atto di cui sia destinatario l'imputato presso il difensore, non domiciliatario ed al di fuori delle ipotesi di irreperibilità, latitanza o della inidoneità di altra elezione di domicilio, mediante l'uso di mezzi tecnici idonei, ai sensi dell'art. 148, comma 2-*bis*, cod. proc. pen., mentre non lo consenta allorché l'imputato abbia anche eletto domicilio presso il difensore.

Ovviamente ad analoghe conclusioni deve pervenirsi con riferimento alle notificazioni da eseguirsi presso i difensori, ai sensi dell'art. 154, comma 4, cod. proc. pen., nei confronti delle altre parti del processo.

6. Quanto fin qui argomentato rende evidente che non esiste antinomia tra la previsione contenuta nell'art. 150 cod. proc. pen., che esclude l'utilizzabilità di mezzi tecnici per le notificazioni di cui sia destinatario l'imputato, ed il sistema normativo così delineato in materia di notificazioni di cui sia destinatario l'imputato e consegnatario il suo difensore.

Dalla lettura sistematica delle norme che disciplinano la materia, stante il già rilevato carattere generale delle previsioni in materia di organi e forme della notificazione contenuta nell'art. 148 cod. proc. pen., la disposizione dell'art. 150, per il suo carattere di specialità rispetto alle forme ordinarie di notificazione, tra le quali rientrano quelle eseguite nei confronti dei difensori con l'uso di mezzi tecnici idonei, deve essere riferita ad ogni altra ipotesi in cui la notificazione debba essere eseguita direttamente nei confronti dell'imputato o di un domiciliatario diverso dal difensore, non dotato delle conoscenze professionali che sono proprie di quest'ultimo.

7. Alla stregua delle considerazioni svolte, va enunciato il seguente principio: <<La notificazione di un atto di cui sia destinatario l'imputato o altra parte privata, in ogni caso in cui esso possa o debba essere consegnato al difensore, può essere eseguita con telefax o altri mezzi idonei a norma dell'art. 148, comma 2-bis, cod. proc. pen.>>.

Sicché, nel caso in esame, la notificazione eseguita a mezzo telefax dinanzi al Tribunale del riesame all'imputato presso il suo difensore è regolare.

Omissis



Cass. sez. un. 27 gennaio 2011 (dep. 1 giugno 2011), n. 22242, Scibè, rv 249651

Il termine ultimo di deducibilità della nullità a regime intermedio, derivante dall'omessa notificazione dell'avviso di fissazione dell'udienza camerale di appello ad uno dei due difensori dell'imputato, è quello della deliberazione della sentenza nello stesso grado, anche in caso di assenza in udienza sia dell'imputato che dell'altro difensore, ritualmente avvisati. (Fattispecie relativa a giudizio abbreviato in grado di appello).

omissis

1. Il primo motivo di ricorso pone una questione di diritto, in relazione alla quale il ricorso stesso è stato rimesso a queste Sezioni Unite, che concerne la individuazione del termine ultimo di deducibilità della nullità derivante dall'omessa notificazione del decreto di citazione a giudizio camerale di appello, fissato ai sensi degli artt. 443, comma 4, 599 e 601, comma 2, cod. proc. pen., ad uno dei due difensori dell'imputato, quando l'udienza stessa si sia svolta in assenza dell'imputato e dell'altro difensore regolarmente avvisati.

2. Come già rilevato dall'ordinanza di rimessione a queste Sezioni Unite, sulla suddetta questione si registrano due orientamenti giurisprudenziali contrastanti.

Secondo un primo orientamento, l'omissione dell'avviso ad uno dei due difensori dell'imputato della data fissata per l'udienza camerale di appello dà luogo ad una nullità deducibile fino alla deliberazione della sentenza del grado successivo e, quindi, può essere dedotta anche in sede di impugnazione del provvedimento conclusivo; in alcuni casi la nullità viene configurata "a regime intermedio" (Sez. 6, n. 12520 del 17/03/2008, imp. Cavaliere, Rv. 239676: fattispecie relativa ad udienza camerale ex art. 704 cod. proc. pen.; Sez. 4, n. 2942 del 28/11/1996, dep. 10/02/1997, imp. Ferro, Rv. 206991: fattispecie relativa ad udienza camerale cautelare) e si afferma che, prima della proposizione dell'impugnazione, il difensore non avvisato dell'udienza non aveva alcuna possibilità di eccepire la nullità; in un altro caso (fattispecie relativa a giudizio di appello con rito abbreviato) la nullità è qualificata relativa e si precisa che «mancando nel procedimento camerale una fase analoga a quella degli atti introduttivi del dibattimento (art. 491 cod. proc. pen.),

la relativa eccezione può essere sollevata solo con l'impugnazione della sentenza, trovando applicazione il quarto e non il terzo comma dell'art. 181 cod. proc. pen.» (Sez. 2, n. 47155 del 23/09/2004, imp. Giuliani, Rv. 230616).

Secondo un altro orientamento, invece, nel procedimento camerale di appello l'omessa notifica dell'avviso della data fissata per il giudizio ad uno dei due difensori dell'imputato comporta una nullità a regime intermedio, la quale va eccepita prima della deliberazione della sentenza che definisce il grado, anche quando né la parte personalmente né il codifensore ritualmente citato siano comparsi (Sez. 2, n. 37507 del 30/06/2009, imp. Volpe, Rv. 244887; Sez. 6, n. 10607 del 23/02/2010, imp. Pepa, Rv. 246542). E' una scelta interpretativa che si fonda sui seguenti argomenti:

1) l'assunto che nel procedimento camerale mancherebbe una fase assimilabile alle formalità di apertura del dibattimento poggia su presupposti sistematici non condivisibili, perché l'emissione del decreto di citazione appartiene a fase antecedente e distinta rispetto alla fase del giudizio, anche nel caso del rito camerale, nel quale può affermarsi che l'omesso avviso ad uno dei due difensori si collochi nella fase intercorrente tra la fissazione dell'udienza e l'udienza di comparizione in camera di consiglio;

2) con la rituale citazione della parte e del codifensore è rispettata la piena possibilità di contraddittorio e interlocuzione - anche in rito - che si realizza non già solo in astratto bensì in concreto, posto che si è in presenza di un'assistenza difensiva che è viziata ma non assente, né alcuna norma positiva subordina l'efficacia del termine di cui all'art. 180 cod. proc. pen. all'effettiva presenza delle altre componenti dell'unica parte (imputato, codifensore ritualmente citato);

3) la regola prevista dall'art. 182, comma 2, cod. proc. pen. (che dà rilievo alla presenza della parte quale condizione che impone la deduzione tempestiva di una nullità), attiene a tutt'altra fattispecie procedimentale, costituendo non estensione ma eccezione rispetto ai principi generali di cui all'art. 180 cod. proc. pen., nel senso che impedisce di eccepire successivamente nullità che altrimenti bene e fisiologicamente avrebbero potuto essere eccepite in precedente fase processuale;

4) dare rilievo determinante alla libera scelta di assenza del codifensore ritualmente avvisato significherebbe renderlo arbitro della discrezionale possibilità di invalidare tutto il grado di giudizio, compresa la sentenza, anche per una nullità per sé inidonea per legge a produrre tale effetto.

3. Le questioni giuridiche sollevate dall'omesso avviso dell'udienza ad uno dei due difensori di fiducia nominati sono state più volte e sotto diversi profili al centro dell'attenzione della giurisprudenza di questa Suprema Corte.

Già sotto la vigenza dell'abrogato codice di rito penale si registrano più interventi delle Sezioni Unite, un primo che ravvisava nella suddetta omissione una mera irregolarità, ritenendosi che l'esigenza della difesa dell'imputato fosse garantita anche dalla presenza di un solo difensore (Sez. U, n. 5691 del 07/02/1981, imp. Murdocca, Rv. 149267); un successivo, che, ponendo le basi per un mutamento di giurisprudenza, affermava, a proposito dell'omissione dell'avviso di deposito della sentenza ad uno solo dei due difensori, che, laddove il diritto di difesa dell'imputato fosse stato esercitato con la nomina di due difensori, ciascuno di questi dovesse essere posto in condizione di adempiere il suo mandato e quindi di esercitare il diritto d'impugnazione (Sez. U, n. 29 del 13/10/1984, imp. Meloni, Rv. 167056); infine, con un ultimo intervento, si affermava che la mancata notificazione dell'avviso ad uno dei due difensori costituiva una nullità a regime intermedio (Sez. U, n. 12051 del 01/10/1991, imp. De Lena, Rv. 188584).

Successivamente all'entrata in vigore del codice di procedura penale del 1988, la giurisprudenza delle Sezioni Unite ha proseguito sulla strada tracciata dall'ultimo arresto delle stesse Sezioni Unite sulla base del codice abrogato, affermando una serie di principi, che possono ritenersi consolidati, che si applicano trasversalmente a tutte le fasi processuali e le tipologie procedimentali (udienza dibattimentale, udienza camerale in genere, udienza di riesame in

particolare) e che possono essere così sintetizzati:

1) Qualora l'imputato sia assistito da due difensori, l'avviso della data dell'udienza deve essere dato ad entrambi, con la conseguenza che l'omesso avviso ad uno solo dei due difensori dà luogo ad una nullità di ordine generale a regime intermedio (Sez. U, n. 6 del 25/06/1997, imp. Gattellaro, Rv. 208163: fattispecie di deliberazione in camera di consiglio sulla richiesta del p.m. di proroga della custodia cautelare; Sez. U, n. 33540 del 27/06/2001, imp. Di Sarno, Rv 219229: fattispecie in tema di riesame; Sez. U, n. 39060 del 16/07/2009, imp. Aprea, Rv. 244188: fattispecie di udienza dibattimentale di primo grado).

L'affermazione di tale principio parte dalla constatazione che l'art. 96 cod. proc. pen. stabilisce, in una prospettiva limitativa, che l'imputato può nominare "non più di due difensori", il che, dal contrario punto di vista dell'espansione del diritto, sta a significare che l'imputato (o l'indagato, al quale l'art. 61 cod. proc. pen. estende i diritti propri dell'imputato) ha diritto di servirsi dell'assistenza di entrambi i difensori, in modo articolato e con reciproca integrazione, e tale diritto deve potersi concretizzare in ogni fase processuale e in ogni forma di procedimento in cui è obbligatorio o si consente l'intervento del difensore, dovendo considerarsi la nomina di due difensori come la manifestazione della volontà dell'interessato di avvalersi di una duplice difesa, i cui diritti sono salvaguardati solo se entrambi vengono posti in grado di esercitare il loro mandato.

I due difensori costituiscono un unico soggetto processuale e cioè il "difensore" di cui al Titolo VII del Libro I del codice di procedura penale, che si contrappone in tale unità agli altri e segnatamente al pubblico ministero. Pertanto, allorché l'avviso sia stato dato ad uno dei difensori, questi, anche se non compaia in udienza (sostituito o meno, a seconda dei procedimenti, da un difensore di ufficio) formalmente è come se fosse presente: in conseguenza non si potrà parlare di "assenza" della difesa (la sola che darebbe luogo a nullità insanabile *ex artt.* 178, comma 1, lett. c) e 179 cod. proc. pen.) per il mancato avviso all'altro difensore, ma deve ritenersi sussistente una nullità di ordine generale a cosiddetto regime intermedio di cui all'art. 180 cod. proc. pen.

2) La nullità a regime intermedio, derivante dall'omesso avviso dell'udienza ad 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, ovvero anche del difensore nominato d'ufficio in sostituzione di quello di fiducia regolarmente avvisato e non comparso, il quale ha l'onere di verificare se sia stato avvisato anche l'altro difensore di fiducia ed il motivo della sua mancata comparizione, eventualmente interpellando il giudice.

Difesa tecnica significa collegialità dei due difensori di fiducia, con la conseguenza che anche un solo difensore, tra due di fiducia dell'imputato o un sostituto dello stesso difensore, è sufficiente per costituire la "parte" di cui all'art. 182, comma 2, cod. proc. pen., così che «il difensore presente, tra due nominati dall'imputato non comparso, è soggetto necessario e sufficiente per costituire la parte. E deve eccepire la nullità di ordine generale a regime intermedio, in caso di mancato avviso all'altro difensore, al più tardi immediatamente dopo gli atti preliminari, prima delle conclusioni qualora il procedimento non importi altri atti, perché il suo svolgersi (in udienza preliminare, riesame cautelare o giudizio) presume la rinuncia all'eccezione o l'avvalersi delle facoltà di parte che hanno sanato la stessa nullità» (Sez. U, n. 39060 del 2009, cit.).

4. Sulla base di tali principi resta non risolto il problema delle modalità e dei termini per la deduzione della suddetta nullità quando la partecipazione del difensore al procedimento camerale non sia obbligatoria (art. 179, comma 1, ultima parte, cod. proc. pen.), come nel caso in esame (artt. 599, comma 1, in fine, e 127, comma 3, cod. proc. pen.: "i difensori sono sentiti se compaiono"), sicché il giudice non è tenuto a nominare un difensore d'ufficio, il quale sarebbe gravato dell'onere di eccepire tempestivamente la nullità dell'omesso avviso dell'udienza ad uno dei difensori di fiducia. Nemmeno è necessaria la presenza dell'imputato la cui mancata comparizione, salvo che sia legittimamente impedito e abbia manifestato la volontà di essere presente e di essere sentito personalmente, è priva di rilevanza (Sez. 2, n. 13134 del 03/03/2005, imp. Puzzo, Rv. 231254).

Sulla soluzione del problema grava l'affermazione contenuta nella sentenza delle Sezioni

Unite n. 6 del 1997, cit., secondo la quale «se è richiesto l'avviso ad entrambi i difensori e ad uno di essi non sia stato dato, non si può pretendere che l'altro si presenti all'udienza camerale per eccepirne la nullità [...] se la parte, tramite i difensori, non assiste al compimento dell'atto per vizio di comunicazione, non si può chiedere che ne eccepisca la nullità; l'avverbio "tempestivamente" è generico, restando da stabilire quando l'eccezione sia tempestiva. Non resta che porre attenzione alla seconda parte dell'unico comma dell'art. 180 cod. proc. pen.: se le nullità si sono verificate nel giudizio, devono essere dedotte dopo la deliberazione della sentenza nel grado successivo».

Peraltro, si tratta di una soluzione interpretativa che è stata formulata in termini generici, ma con riferimento ad una specifica fattispecie, quella della deliberazione in camera di consiglio, in forma semplificata, al di fuori del procedimento di cui all'art. 127 cod. proc. pen., sulla richiesta del p.m. di proroga della custodia cautelare (art. 305, comma 2, cod. proc. pen.); d'altro canto, tale soluzione deve essere saggiata alla luce della successiva giurisprudenza delle stesse Sezioni Unite di cui si è detto.

5. In primo luogo occorre osservare che devono essere tenuti distinti i limiti temporali di deducibilità delle nullità a regime intermedio di cui all'art. 180 cod. proc. pen. da quelli per la formulazione dell'eccezione di cui all'art. 182, comma 2, cod. proc. pen.: nel primo caso si individua uno spazio procedimentale nell'ambito del quale od oltre il quale è possibile "dedurre" o rilevare le nullità, nel secondo caso, invece, si stabilisce una correlazione temporale tra il compimento di un atto nullo e la relativa "eccezione" di parte; ciò significa non solo che in questo secondo caso la mancanza dell'eccezione consente al giudice di non "rilevare" la nullità di ordine generale, perché essa deve intendersi sanata, ma anche che, pur non essendo ancora decorso lo spazio temporale di cui al citato art. 180, la nullità, essendo stata sanata, non può più essere "dedotta". Pertanto, la circostanza che il difensore non abbia assistito all'atto non può portare alla conclusione che deve applicarsi la seconda parte dell'unico comma del citato art. 180, ma deve portare soltanto alla constatazione che non si è verificata una sanatoria per omessa formulazione della relativa eccezione, rimanendo doveroso verificare se per la "deduzione" siano stati rispettati i limiti temporali di carattere generale posti dall'art. 180 cod. proc. pen.

Ebbene, sulla base della consolidata giurisprudenza sopra citata deve rilevarsi che, nei procedimenti in cui è obbligatoria la presenza del difensore, l'omesso avviso della data fissata per l'udienza ad uno dei due difensori di fiducia dell'imputato deve essere eccepita ai sensi dell'art. 182, comma 2, cod. proc. pen. dall'altro difensore di fiducia presente o, in caso di assenza anche di quest'ultimo, dal difensore d'ufficio nominato ai sensi dell'art. 97, comma 4, cod. proc. pen.; ciò significa che è irrilevante verificare il limite di deducibilità di cui all'art. 180 cod. proc. pen., poiché o l'eccezione non è stata formulata e la nullità deve intendersi sanata, oppure l'eccezione pur essendo stata sollevata è stata rigettata dal giudice e può essere riproposta anche con atto di impugnazione.

Nel caso, invece, come quello in esame, in cui i difensori sono sentiti solo se compaiono (art. 127, comma 3, cod. proc. pen.), l'omesso avviso della data dell'udienza ad uno dei due difensori di fiducia non determina, secondo quanto precisato dalla giurisprudenza sopra citata, l'assenza della difesa, poiché il difensore avvisato, anche se non compaia in udienza "formalmente è come se fosse presente" (Sez. U n. 6 del 1997, cit.), ma proprio il carattere formale di tale presenza non consente di applicare il disposto dell'art. 182, comma 2, cod. proc. pen., mentre è necessario verificare quale sia il limite temporale di deduzione della nullità conseguente al suddetto omesso avviso *ex art. 180 cod. proc. pen.*

6. L'art. 180 cod. proc. pen. dispone che le nullità di ordine generale, come quella in esame, «non possono più essere rilevate né dedotte dopo la deliberazione della sentenza di primo grado ovvero, se si sono verificate nel giudizio, dopo la deliberazione della sentenza del grado successivo».

La giurisprudenza di questa Corte ha chiarito che l'omesso avviso a uno dei difensori di

fiducia dell'imputato è causa di nullità ai sensi dell'art. 178, comma 1, lett. c), cod. proc. pen. che si colloca «in quel segmento procedimentale che sta tra il decreto dispositivo del giudizio (art. 429 cod. proc. pen.) o il decreto di citazione diretta a giudizio (art. 552 cod. proc. pen.) e la prima udienza di comparizione davanti al giudice»; come tale è una nullità che, non essendosi verificata "nel giudizio", non può essere più rilevata o dedotta dopo la deliberazione della sentenza di primo grado (Sez. 3, n. 13824 del 02/04/2008, imp. Straiano, Rv. 239690; Sez. 5, n. 4940 dell'11/12/2008, imp. Camera, Rv. 243158; Sez. 5, n. 22413 del 23/04/2009, imp. Messina, Rv. 243510; Sez. 2, n. 37507 del 30/06/2009, imp. Volpe, Rv. 244887; Sez. 2, n. 44363 del 26/11/2010, imp. D'Aria, Rv. 249184).

Tale termine di deducibilità della nullità riferito alla deliberazione della sentenza di primo grado deve considerarsi applicabile anche al giudizio di appello «anche se in questo processo gli atti precedenti al giudizio, comprendenti le notifiche delle citazioni delle parti e dei difensori, sono denominati nella rubrica dell'art. 601 cod. proc. pen., "atti preliminari al giudizio": il segmento procedimentale è analogo a quello di primo grado, e la terminologia diversa si spiega perché nel secondo grado è lo stesso giudice deputato al giudizio d'appello che provvede agli adempimenti, e non, come nel primo grado, il giudice dell'udienza preliminare o il pubblico ministero. Ma i diritti processuali delle parti e il connesso regime delle nullità si configurano nello stesso modo» (così precisa la giurisprudenza da ultimo citata). In particolare, il suddetto termine di deducibilità è applicabile anche al giudizio camerale di appello previsto dall'art. 599 cod. proc. pen., in cui, analogamente, può affermarsi che l'omesso avviso ad uno dei due difensori si collochi nella fase intercorrente tra la fissazione dell'udienza e l'udienza di comparizione in camera di consiglio, come si desume dall'art. 601, comma 2, cod. proc. pen., che espressamente riconduce l'attività preliminare all'udienza camerale *ex art. 599 cit.* alle formalità previste per la valida instaurazione del giudizio dibattimentale di appello.

Che la nullità in questione non attenga alla fase del giudizio si desume chiaramente dal successivo art. 181 cod. proc. pen. che distingue le "nullità concernenti il decreto che dispone il giudizio" (comma 3) dalle nullità verificatesi "nel giudizio" (comma 4) e trova conforto in autorevoli pronunce.

La Corte costituzionale, con ordinanza n. 159 del 2006, ha dichiarato la manifesta inammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale degli artt. 179 e 180 cod. proc. pen., con riferimento ad un'udienza preliminare, sollevate sull'erroneo presupposto che la nullità della notificazione del decreto che dispone il giudizio si debba considerare verificata "nel giudizio", mentre «tale notificazione rappresenta un incumbente anteriore e prodromico all'instaurazione di detta fase processuale».

Le Sezioni Unite di questa Corte (Sez. U, n. 119 del 27/10/2004, dep. 07/01/2005, imp. Palumbo), con riferimento ad una nullità analoga a quella che interessa, riguardante la notifica del decreto che dispone il giudizio e qualificabile come nullità a regime intermedio, hanno affermato che tale nullità deve essere dedotta nel giudizio di primo grado, poiché qualora si consentisse la deduzione e la rilevazione di nullità del genere nel giudizio di impugnazione «si determinerebbe senza ragione un prolungamento del processo, in contrasto con il principio costituzionale della ragionevole durata (art. 111, comma secondo, Cost.), e si darebbe all'imputato la possibilità di strumentalizzare il vizio dell'atto riservandosi, senza nessuna apprezzabile ragione difensiva, di farlo valere solo al termine e secondo l'esito del processo, con l'effetto di procrastinare la decisione e di ottenere eventualmente un proscioglimento per prescrizione».

Anche le Sezioni Unite, con la sent. n. 39060 del 2009, cit., proprio con riferimento all'omesso avviso dell'udienza dibattimentale di primo grado ad uno dei difensori di fiducia, parlano espressamente di «nullità di ordine generale a regime intermedio verificatesi prima del giudizio».

7. Una volta individuato il termine di deducibilità della nullità in questione, deve risponderci in senso positivo alla domanda se il difensore regolarmente avvisato e non comparso avesse l'onere

di dedurla entro quel termine e deve affermarsi che la medesima nullità deve essere dedotta prima della deliberazione della sentenza di appello pronunciata *ex art. 599 cod. proc. pen.* a cura del difensore di fiducia regolarmente avvisato e, in tal modo, messo in condizione di sollevare la relativa eccezione.

Se il difensore che compare deve formulare la eccezione di nullità se non vuole che la nullità si sani, la mancata comparizione del difensore regolarmente avvisato è espressione di una scelta difensiva le cui ragioni non rilevano ai fini del decorso del termine ultimo per la “deduzione”, cioè quello della deliberazione della sentenza del grado, anche tenendo presente che la deduzione della nullità non richiede necessariamente la comparizione, potendo essere formulata con un atto scritto (art. 121 cod. proc. pen.).

L'onere del difensore regolarmente avvisato di accertare la sussistenza di nullità verificatesi prima del giudizio non muta a seconda che egli compaia oppure non compaia in udienza. Si è già detto che la giurisprudenza di questa Corte ha chiarito che la nozione di “parte” che deve formulare l'eccezione va interpretata riferendola al collegio difensivo e non separatamente al singolo difensore, il quale, anzi, deve tutelare l'intera posizione processuale da lui rappresentata e assistita nel superiore interesse del suo ministero; pertanto, la regolare citazione di uno dei due difensori di fiducia è condizione necessaria e sufficiente a garantire il pieno esercizio del diritto di dedurre prima della sentenza le eventuali nullità intermedie verificatesi in un momento anteriore al “giudizio”, non potendosi ravvisare ragioni giuridicamente valide per superare il termine decadenziale di cui all'art. 180 cod. proc. pen.

La *ratio* della norma di cui all'art. 180 cod. proc. pen. è quella di apprestare un rimedio alle nullità intermedie verificatesi prima del giudizio al fine di garantire il regolare svolgimento del giudizio stesso e di impedire il compimento di ulteriori attività processuali viziate (art. 185 cod. proc. pen.), con la conseguenza che una interpretazione che consenta alla difesa di riservare l'eccezione di nullità al grado successivo sarebbe lesiva dell'interesse costituzionalmente protetto della ragionevole durata del processo (art. 111, comma secondo, Cost.); mentre la nullità verificatasi in giudizio può essere rilevata e dedotta dopo la conclusione del grado, perché ormai l'unico rimedio possibile è l'impugnazione della sentenza.

E' ben vero, come sottolineato dalla Corte costituzionale (sent. n. 317 del 2009), che «il diritto di difesa ed il principio di ragionevole durata del processo non possono entrare in comparazione, ai fini del bilanciamento, indipendentemente dalla completezza del sistema delle garanzie. Ciò che rileva è esclusivamente la durata del “giusto” processo [...] Una diversa soluzione introdurrebbe una contraddizione logica e giuridica all'interno dello stesso art. 111 Cost., che da una parte imporrebbe una piena tutela del principio del contraddittorio e dall'altra autorizzerebbe tutte le deroghe ritenute utili allo scopo di abbreviare la durata dei procedimenti. Un processo non “giusto”, perché carente sotto il profilo delle garanzie, non è conforme al modello costituzionale, quale che sia la sua durata». Però, nella scelta interpretativa che onera il difensore di dedurre nell'ambito del grado la nullità di carattere generale a regime intermedio verificatasi prima del giudizio, a prescindere dalla obbligatorietà della sua presenza, non può essere ravvisata alcuna violazione del diritto di difesa costituzionalmente tutelato (art. 24 Cost.), posto che le garanzie offerte da tale norma costituzionale devono essere valutate in relazione alle speciali caratteristiche della nullità in esame, la quale presuppone la rituale citazione dell'imputato e del codifensore, sicché non si può parlare di assenza della difesa, nonché in relazione ai rimedi apprestati, che non sono tali da escludere o comprimere in modo eccessivo il diritto della parte di far valere la nullità verificatasi, dovendosi ricollegare la eventuale mancata deduzione da parte del difensore non comparso ad una scelta difensiva, che non può gravare sul processo fino al punto di porre nel nulla tutte le attività processuali di un grado di giudizio già definito, con una regressione del processo sicuramente lesiva del principio di ragionevole durata, che trova tutela, nel caso specifico, con una normativa che fissa limiti temporali di deduzione delle nullità non irragionevoli, in quanto legati a specifiche scansioni processuali. In altri termini, l'onere imposto alla “parte” di dedurre la nullità di cui si parla entro il termine di decadenza di cui all'art. 180 cod. proc. pen. prima parte non elide il diritto dell'imputato

(o dell'indagato) di fruire dell'assistenza di due difensori, salvaguardato appunto dalla possibilità di tempestiva deduzione della nullità, a fronte della quale il giudice non può che disporre il rinvio dell'atto.

8. Alle argomentazioni fin qui svolte e di per sé sufficienti a risolvere la questione di diritto in esame, deve aggiungersi che non può trascurarsi l'esistenza di un dovere di leale collaborazione del difensore al regolare svolgimento del procedimento, muovendo anche dal presupposto di vincoli di solidarietà fra i codifensori. (Sez. 6, n. 1671 del 06/05/1998, imp. Crocianielli; Sez. 4, n. 37471 del 09/07/2003, imp. Massari).

La giurisprudenza di questa Suprema Corte ha già avuto modo di affermare, anche con riferimento al caso in esame, che tra i difensori non deve mancare quel reciproco obbligo di comunicazione che è aspetto tipico e istituzionale della cooperazione nell'esercizio della difesa (Sez. 4, n. 44551 del 18/09/2009, imp. Guardascione, Rv. 245502; Sez. 2, n. 44363 del 26/11/2010, imp. D'Aria, in motivazione).

Queste affermazioni trovano conforto anche nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, che ha avuto modo di occuparsi del necessario rapporto informativo che deve intercorrere all'interno della posizione difensiva (il caso riguarda i rapporti tra l'imputato e il suo difensore, ma, a maggior ragione, deve ritenersi applicabile analogo principio per quanto riguarda il rapporto tra difensori). La Corte EDU pone a carico del difensore uno specifico onere informativo, deplora la mancanza di comunicazione, nel caso di specie, tra l'imputato e i suoi avvocati, ma conclude che «non si può tuttavia imputare ad uno Stato la responsabilità di tutte le lacune di un avvocato» (Grande Camera, 18/10/2006, Hermi contro Italia; nonché 28/02/2008, Demebukov contro Bulgaria).

Anche il codice deontologico forense (art. 23, comma 5) prevede, nel caso di difesa congiunta, il dovere del difensore di consultare il codifensore «in ordine ad ogni scelta processuale», quale è certamente la partecipazione all'udienza del giudizio di impugnazione, anche se camerale, «al fine della effettiva condivisione della strategia processuale». L'esistenza di un collegamento informativo tra difensori costituenti la medesima "parte" deve essere apprezzata con riferimento anche a dati normativi di natura deontologica che caratterizzano l'esercizio della professione forense (Sez. 6, n. 66 del 2/12/2009, dep. 07/01/2010, imp. Condello; Sez. 6, n.21454 del 23/02/2010, imp. Pepa, cit.).

L'approccio deontologico nella interpretazione delle norme processuali assume un particolare rilievo nella dimensione di un processo accusatorio; esso riguarda tutti i soggetti processuali e, per quanto concerne il ruolo del difensore, si concentra soprattutto nel dovere di lealtà, non solo oggetto di una disposizione di natura deontologica del codice relativo (art. 5), ma anche sancito in una norma di diritto processuale (art. 105, comma 4, cod. proc. pen.). Se il processo penale è contraddistinto dalla dialettica delle parti (art. 111, commi primo e secondo, Cost.), la lealtà del difensore diventa un canone di regolarità della giurisdizione.

Il dovere di lealtà implica, tra l'altro, che una norma processuale non possa essere utilizzata, e, quindi, anche interpretata, per raggiungere finalità diverse da quelle per le quali è stata dettata, con il risultato non solo di tutelare interessi non meritevoli di protezione, ma anche di ledere interessi costituzionalmente protetti. La stessa Corte costituzionale ha avuto modo di utilizzare il bene costituzionale dell'efficienza del processo quale parametro per censurare la razionalità di norme processuali che consentivano il perseguimento di intenti dilatori (sentenze n. 353 del 1996 e n. 10 del 1997). La lealtà non implica collaborazione con l'autorità giudiziaria per il raggiungimento di uno scopo comune, ma certamente comporta che anche l'attività della difesa debba convergere verso la finalità di un processo di ragionevole durata, poiché si tratta di un risultato il cui perseguimento deve essere a carico di tutti i soggetti processuali, una volta rispettate le insopprimibili garanzie difensive, le quali perdono il loro connotato di garanzie se sono interpretate in modo distorto rispetto alla loro essenza.

9. Deve, pertanto, formularsi il seguente principio di diritto: «*nell'udienza camerale di appello il termine ultimo di deducibilità della nullità derivante dall'omessa notificazione dell'avviso di fissazione dell'udienza ad uno dei due difensori dell'imputato è quello della deliberazione della sentenza nel grado, anche in caso di assenza in udienza sia dell'imputato che del codifensore ritualmente citati*».

omissis

Nell'ambito della giurisprudenza della Suprema Corte, è ormai consolidato l'orientamento che ravvisa una nullità a regime intermedio nell'ipotesi in cui ad uno dei due difensori di fiducia dell'imputato non sia stato notificato l'avviso della fissazione dell'udienza, quale che sia la natura di quest'ultima (pubblica o camerale, relativa al giudizio o ai provvedimenti *de libertate*).

Si riscontravano, invece, due diversi indirizzi interpretativi sulla questione rimessa alle Sezioni Unite, relativa ai limiti temporali entro cui può essere dedotta la suddetta nullità.

Il problema era dibattuto non solo con riferimento all'udienza camerale (come nel caso di specie), ma anche con riguardo all'udienza pubblica fissata per la celebrazione del dibattimento.

La questione verteva sulla interpretazione dell'art. 180 c.p.p., che stabilisce che le nullità a regime intermedio "non possono più essere rilevate né dedotte dopo la deliberazione della sentenza di primo grado ovvero, se si sono verificate nel giudizio, dopo la deliberazione della sentenza del grado successivo".

In mancanza di una specifica regolamentazione per le nullità a regime intermedio verificatesi nella fase degli atti preliminari al giudizio, restava il dubbio sulla possibilità di applicare alla relativa eccezione il limite temporale della deliberazione della sentenza di primo grado ovvero quello (stabilito per le nullità verificatesi nel corso del giudizio) della deliberazione della sentenza del grado successivo.

Un primo indirizzo interpretativo affermava che la nullità a regime intermedio conseguente all'omessa notificazione dell'avviso di fissazione dell'udienza a uno dei difensori dell'imputato andrebbe dedotta prima della definizione dello stesso grado del procedimento.

Questa tesi veniva sostenuta, con riferimento all'udienza camerale, da Cass. Sez. VI, 23 febbraio 2010 n. 21454, Pepa, Rv. 246542, così massimata: «<<Nel procedimento camerale l'omessa citazione del codifensore comporta una nullità a regime intermedio, la quale va eccepita prima della deliberazione della sentenza che definisce il grado, senza che rilevi la presenza o meno in udienza dell'imputato o del codifensore ritualmente citato. (Fattispecie relativa all'omessa notifica dell'avviso di udienza del giudizio d'appello ad uno dei codifensori dell'imputato)>>».

A sostegno di tale interpretazione, si evidenziava che l'emissione del decreto di citazione appartiene a fase antecedente e distinta rispetto alla fase del giudizio, anche nel caso del rito camerale. Si rilevava, altresì, che l'omessa citazione del codifensore nel giudizio camerale costituisce nullità intermedia; il codice prevede che tale tipo di nullità venga dedotta, in quanto intervenuta prima del giudizio, entro la deliberazione della sentenza che chiude il grado; nessuna eccezione è prevista per il giudizio camerale, né alcuna norma positiva subordina l'efficacia del termine all'effettiva presenza delle altre componenti dell'unica "parte".

Nello stesso senso si sono espresse, con riferimento all'udienza camerale, Cass. Sez. II, 30 giugno 2009 n. 37507, Volpe, Rv. 244887, e, con riferimento a diverse tipologie di udienza, Cass., Sez. II, 26 novembre 2010 n. 44363, D'Aria, n.m.; Cass. Sez. V, 23 aprile 2009 n. 22413, Messina, Rv. 243510; Cass. Sez. V, 11 dicembre 2008 – dep. 4 febbraio 2009 - n. 4940, Camera, Rv. 243158; Cass. Sez. II, 16 settembre 2008 n. 39388, Intrisano, Rv. 241857; Cass. Sez. III, 12 febbraio 2008 n. 22413, Straiano, Rv. 239690; Cass. Sez. V, 4 luglio 2006 n. 29863, Della Corte, Rv. 235152; Cass. Sez. III, 1 dicembre 1997 – dep. 17 gennaio 1998 - n. 529, Laezza, Rv. 209221). In termini generali, va altresì segnalato il principio di diritto affermato da Cass. Sez. III, 2 marzo 1995 n. 3986, Raciti, Rv. 201972: «<<La natura intermedia di una nullità verificatasi nella fase degli atti preliminari al dibattimento, funzionalmente e strutturalmente distinta dallo stesso, a norma della prima parte dell'art. 180 cod. proc. pen. deve essere dedotta prima della deliberazione della sentenza di primo grado. Non può infatti sostenersi l'intima compenetrazione tra le due fasi per la loro vicinanza topografica (titoli 1 e 2 del libro settimo) e temporale, giacché l'autonomia di quella degli atti preliminari al dibattimento deriva da precisi riscontri normativi (artt. 469 e 181, commi terzo e quarto cod. proc. pen.)>>».

La tesi secondo cui la nullità a regime intermedio conseguente all'omessa notificazione dell'avviso di fissazione dell'udienza a uno dei difensori dell'imputato possa essere dedotta anche nel corso del successivo grado del procedimento trovava riscontro, anzitutto, nella motivazione di Cass., Sez. Un., 25 giugno 1997 n. 6, Gattellaro, Rv. 208163, dalla quale è possibile trarre il principio secondo cui, nel procedimento camerale relativo alla proroga della custodia cautelare, svoltosi con il rito di cui all'art. 127 c.p.p. oppure con libertà di forme, l'omessa notificazione dell'avviso di fissazione dell'udienza ad uno dei due difensori dell'indagato determina una nullità a regime intermedio, che va dedotta nel successivo grado dell'*iter* procedimentale (rappresentato dall'appello ai sensi dell'art. 310 c.p.p.).

Nella giurisprudenza delle Sezioni semplici, la tesi che applica il limite temporale del successivo grado di giudizio per la deduzione della predetta nullità a regime intermedio è stata affermata, con riferimento all'udienza camerale, da Cass. Sez. VI, 17 marzo 2008 n. 12520, Cavaliere, Rv. 239676, in tema di procedimento estradizionale,

così massimata: «L'omissione dell'avviso ad uno dei due difensori dell'imputato della data fissata per l'udienza (nel caso di specie, per l'udienza camerale ex art. 704 cod. proc. pen. davanti alla Corte di appello) non dà luogo a nullità assoluta, in quanto tale omissione non è annoverata tra quelle specificamente elencate nell'art. 179 cod. proc. pen., ma ad una nullità "a regime intermedio", deducibile fino alla deliberazione della sentenza nel grado successivo. Tuttavia, qualora uno dei componenti del collegio difensivo compaia e non eccipisca l'omesso avviso al codifensore, desumibile dagli atti di causa, tale nullità deve intendersi sanata con la conseguente decadenza dalla possibilità di dedurla successivamente, poiché la nozione di "parte interessata" va interpretata riferendola al collegio difensivo e non separatamente al singolo difensore, che, anzi, deve tutelare l'intera posizione processuale da lui rappresentata ed assistita nel superiore interesse del suo ministero». Alle stesse conclusioni pervengono, con riguardo al procedimento camerale, Cass. Sez. IV, 28 novembre 1996 – dep. 10 febbraio 1997 - n. 2942, Ferro, Rv. 206991, e, con riguardo ad altre tipologie di udienza, Cass., Sez. VI, 30 settembre 2008 n. 38750, Marchetti, Rv. 241646; Cass., Sez. IV, 9 luglio 2003 n. 37471, Massari, Rv. 226285; Cass., Sez. III, 1 luglio 1997 n. 7697, Gangemi, Rv. 209088. Ad analoghe conclusioni giunge, sulla base dell'assunto della configurabilità di una nullità relativa, Cass. Sez. II, 23 settembre 2004 n. 47155, Giuliani, Rv. 230616.

Questo secondo orientamento interpretativo sostiene, altresì, che tale nullità debba ritenersi sanata qualora non venga eccepita immediatamente dall'altro difensore comparso in udienza.

Tale questione, per lungo tempo controversa nella giurisprudenza di legittimità (al riguardo, si rinvia alla relazione n. 11/2009 predisposta dall'Ufficio del Massimario), è stata risolta positivamente da Cass., Sez. Un., 16 luglio 2009 n. 39060, Aprea, Rv. 244187 e 244188, che – con riferimento all'udienza pubblica fissata per la celebrazione del dibattimento (ipotesi che si differenzia da quella dell'udienza camerale per la partecipazione necessaria del difensore di fiducia o di ufficio) – ha precisato 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, il quale deve sollevarla 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; il difensore presente, di fiducia o di ufficio, ha l'onere di verificare se sia stato avvisato anche l'altro difensore di fiducia ed il motivo della sua mancata comparizione, eventualmente interpellando il giudice.

I medesimi principi affermati dalla suddetta pronuncia delle Sezioni Unite sono stati successivamente ribaditi con riferimento all'udienza camerale del procedimento di riesame da Cass. Sez. VI, 16 aprile 2010 n. 17267, Gabriele, Rv. 247086.

Le indicazioni contenute nei lavori preparatori al codice di procedura penale depongono a sostegno del primo orientamento giurisprudenziale, sopra menzionato. In particolare, la Relazione al progetto preliminare, con riguardo all'art. 180 c.p.p. ed ai termini entro cui le nullità di ordine intermedio vanno eccepite o rilevate, precisa che la nuova norma, a differenza dell'art. 185 del codice di rito previgente, "protrae il termine per le nullità incorse nelle fasi che hanno preceduto l'apertura del dibattimento, alla chiusura del dibattimento di primo grado; se si sono verificate nel giudizio, il termine scade con la chiusura del dibattimento del grado successivo".

Ulteriori argomenti a sostegno del primo orientamento giurisprudenziale, sopra menzionato, potrebbero trarsi dalla motivazione dell'ordinanza n. 159 del 14 aprile 2006 della Corte Costituzionale, che ha dichiarato la manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'art. 180 c.p.p., sollevata, in riferimento agli artt. 3 e 111, secondo comma, Cost., nella parte in cui sottopone alla disciplina delle nullità c.d. a regime intermedio anche le nullità concernenti le notificazioni o gli avvisi all'imputato che ha eletto domicilio presso il difensore. In particolare, la Corte osserva come non sia scontato – a differenza di quanto aveva ritenuto il giudice rimettente – che la nullità della notificazione del decreto che dispone il giudizio si debba considerare verificata "nel giudizio", dato che tale notificazione rappresenta un incumbente anteriore e prodromico all'instaurazione di detta fase processuale.

In dottrina, CAVALLARI (*Commento all'art. 180 c.p.p.*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da Chiavario, II, Utet, 1990, p. 330-331), ha affermato che le nullità di tipo intermedio incorse nella fase degli atti preliminari al dibattimento non possono più essere dedotte dopo la deliberazione della sentenza di primo grado. A sostegno di questa tesi, è stata sottolineata l'autonomia della fase preordinata all'instaurazione del dibattimento, che emergerebbe, tra l'altro, dalla possibilità di concludere il procedimento in questa fase, con la sentenza di non doversi procedere ex art. 469 c.p.p.. Analogo discorso varrebbe per gli atti preliminari al giudizio di appello.

Alle stesse conclusioni perviene GALATI, *Gli atti*, in SIRACUSANO-GALATI-TRANCHINA-ZAPPALÀ, *Diritto processuale penale*, I, Giuffrè 2001, p. 316), che precisa che le nullità a regime intermedio verificatesi nelle fasi che hanno preceduto l'apertura del dibattimento sono assoggettate al termine di rilevabilità costituito dalla deliberazione della sentenza di primo grado.

Anche DELLA MARRA, *Sull'omesso avviso della data fissata per l'udienza di riesame ad uno dei due difensori dell'imputato*, in *Giurisprudenza italiana*, 1992, II, 261, afferma che la nullità a regime intermedio conseguente all'omesso avviso dell'udienza ad uno dei due difensori dell'imputato può essere rilevata fino alla deliberazione della sentenza di primo grado se si è verificata nelle fasi che hanno preceduto l'apertura del dibattimento.

La tesi opposta è sostenuta, in dottrina, da DOMINIONI, *Commento all'art. 180 c.p.p.*, in *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, diretto da Amodio e Dominioni, II, Giuffrè, 1989, p. 285, secondo cui, ai fini dei limiti di deducibilità delle nullità a regime intermedio, la nozione di nullità verificatesi nel "giudizio" ricomprenderebbe tanto gli atti preliminari al dibattimento, quanto il dibattimento.

Anche GRIFANTINI, *L'omesso avviso della data del dibattimento ad uno dei difensori dell'imputato*, in *Giurisprudenza italiana*, 1994, II, c. 55, afferma che la nullità determinata dall'omessa notifica dell'avviso dell'udienza ad uno dei difensori potrà essere rilevata fino a quando non sia concluso il grado successivo del giudizio.

Alle stesse conclusioni giunge CORDERO, ma limitatamente alle nullità che ricadono nel predibattimento in appello, le quali potrebbero essere dedotte fino alla decisione nel grado seguente.

□□□□□□□□□□

Cass. sez. un. 31 marzo 2011 (dep. 11 maggio 2011), n. 18353. Maida

Il passaggio in giudicato di una sentenza di condanna a pena detentiva suscettibile di esecuzione comporta la caducazione immediata della misura coercitiva non custodiale già applicata al condannato; in tal caso, l'estinzione della misura opera di diritto, senza che sia necessario alcun provvedimento che la dichiari. (Nella specie, obbligo di dimora). (rv 249480)

Nel periodo intercorrente fra il passaggio in giudicato della sentenza e l'inizio della fase di esecuzione della pena, la decisione sulle questioni relative alle misure coercitive non custodiali è di competenza del giudice dell'esecuzione. (rv 249481)

Omissis

1. La questione controversa rimessa alla cognizione delle Sezioni unite si pone nei seguenti termini: «*Se il passaggio in giudicato di una sentenza di condanna a pena detentiva non sospesa o non altrimenti estinta comporti la caducazione automatica della misura coercitiva non custodiale (nella specie l'obbligo di dimora) applicata al condannato; se sia comunque necessario un provvedimento giudiziale che dichiari tale cessazione di efficacia; se la competenza a emettere detto eventuale provvedimento spetti al giudice dell'esecuzione o al magistrato di sorveglianza*».

2. Un primo orientamento, maggioritario (come evidenzia l'ordinanza rimettente), della giurisprudenza di legittimità esclude in generale il determinarsi, al passaggio in giudicato della sentenza di condanna a pena detentiva non dichiarata estinta né condizionalmente sospesa, della caducazione automatica della misura coercitiva già applicata al condannato.

Questo indirizzo può farsi risalire a Sez. 6, n. 1554 del 08/05/1992, dep. 07/07/1992, Consalvo, Rv. 191049 (avente peraltro ad oggetto una fattispecie relativa a misura custodiale), per la quale, nel caso in cui divenga inoppugnabile una sentenza di condanna pronunciata nei confronti di persona sottoposta a custodia cautelare, non rientrante tra le decisioni che a norma dell'art. 300 cod. proc. pen. comportano la cessazione immediata delle misure cautelari, il *vinculum libertatis* già imposto al condannato conserva efficacia, rimanendo funzionalmente predisposto alla formale instaurazione della fase esecutiva a iniziativa del pubblico ministero.

Affermano ancora, sempre sulla scorta dell'art. 300, comma. 3, cod. proc. pen., il venir meno dell'efficacia delle misure cautelari in relazione alle sole ipotesi di ineseguibilità della pena irrogata, Sez. 4, n. 2761 del 29/10/1997, dep. 07/11/1997, Badulli, Rv. 209407, e Sez. 6, n. 17 del 20/11/2006, dep. 03/01/2007, Maddii, Rv. 235675. In quest'ultima sentenza, favorevole al ricorso del p.m. avverso l'ordinanza del g.i.p. che, dopo il passaggio in giudicato della sentenza di condanna e in pendenza di una istanza di detenzione domiciliare, aveva dichiarato inefficace la misura, già applicata al condannato, dell'obbligo di dimora e del divieto di uscire dall'abitazione nelle ore serali, con conseguente improcedibilità della richiesta del pubblico ministero di aggravamento della suddetta misura cautelare per violazione delle relative trascrizioni, si specifica che l'art. 300, comma 3, cod. proc. pen., stabilendo «con chiarezza che - nella fase susseguente ad una pronuncia di condanna - le misure cautelari in atto perdono efficacia "solo" nelle ipotesi di declaratoria di

estinzione della pena o di sua sospensione condizionale (cioè in casi nei quali la stessa sentenza di condanna esclude in radice ogni prospettiva di applicazione della pena), [...] rende per converso chiaro che, negli altri casi, le misure cautelari sono destinate a conservare la loro efficacia, secondo le regole loro proprie, nella fase che precede l'esecuzione della sentenza di condanna. Una siffatta interpretazione appare, da un lato, conforme alle nitide indicazioni che provengono dal testo della legge processuale e, dall'altro lato, è quella che meglio risponde alla logica del sistema cautelare ed è l'unica idonea ad evitare il paradosso della cessazione automatica ed immediata delle misure cautelari nello stesso momento nel quale viene pronunciata una sentenza di condanna suscettibile di effettiva esecuzione».

Sulla stessa linea si colloca Sez. 2, n. 35480 del 12/07/2007, dep. 24/09/2007, De Giovanni, Rv. 237308, che ha ritenuto legittima l'applicazione della custodia in carcere disposta, dopo il passaggio in giudicato della sentenza di condanna e in aggravamento della misura cautelare in atto, nei confronti di soggetto resosi precedentemente inottemperante all'obbligo di presentazione periodica alla polizia giudiziaria. La conclusione è fondata sul coordinato disposto degli artt. 300 (che prevede i casi in cui la pronuncia di sentenza definitiva comporta l'estinzione della misura cautelare), 656 (che affida al pubblico ministero l'iniziativa dell'esecuzione della pena; fa dipendere la concedibilità o meno della sospensione delle pene brevi dalla misura cautelare in corso; e prevede, altresì, che fino alla decisione del giudice di sorveglianza il condannato permane nello stato detentivo nel quale si trova) e 657 cod. proc. pen. (che regola la determinazione della pena detentiva da espiare), da cui deriverebbe «il principio secondo cui la misura cautelare permane anche dopo la pronuncia definitiva di condanna, rimanendo funzionalmente predisposta alla formale instaurazione della fase esecutiva ad iniziativa del p.m.».

Ancora ai principi contenuti nell'art. 300 cod. proc. pen. si richiama Sez. 3, n. 2021 dell'8/11/2007, dep. 15/01/2008, Piacenti, Rv. 238765, per la quale la sopravvenienza di provvedimenti giurisdizionali diversi da quelli ivi previsti non esplica alcuna rilevanza sulla misura cautelare in atto, che mantiene la propria efficacia fino alla scadenza dei termini di durata massima di cui all'art. 303 cod. proc. pen.

Risolviendo una ipotesi di conflitto analoga a quella sollevata nel presente giudizio, anche la già cit. Sez. 1, n. 31094 del 2009, Estfeller, si premura di escludere preliminarmente che «quando diviene inoppugnabile la sentenza di condanna a pena detentiva non sospesa o non altrimenti estinta, pronunciata nei confronti di persona sottoposta a custodia cautelare o ad altra misura coercitiva, la restrizione alla libertà cui era soggetto l'imputato cessa di diritto», e richiama a sostegno di tale assunto gli artt. 300 e 657 cod. proc. pen., osservando poi che la perdurante efficacia di una restrizione alla libertà personale non fungibile con la pena detentiva oramai inflitta e avente, per sua natura, funzione servente il processo, può giustificarsi soltanto con la necessità «che il fisiologico iato temporale che può di fatto intercorrere tra passaggio in giudicato e doverosa immediata attivazione del pubblico ministero in funzione di organo dell'esecuzione, non produca - per quanto breve - soluzioni di continuità in relazione a quelle esigenze di controllo del condannato che la vigenza della misura coercitiva fa presumere ancora esistenti all'atto della condanna».

3. Di contro all'orientamento esposto si riscontra nella giurisprudenza di legittimità un diverso indirizzo interpretativo che sostiene che il passaggio in giudicato della sentenza di condanna determina in ogni caso, come effetto automatico, l'estinzione delle misure coercitive di natura non custodiale.

Questo orientamento risale a Sez. 1, n. 1550 del 01/06/1990, dep. 13/06/1990, Colombelli, Rv. 184641 (relativa a divieto di espatrio), secondo la quale, con l'esaurimento del giudizio di cognizione e il passaggio alla fase di esecuzione del giudicato, vengono meno le ragioni poste a base delle misure cautelari, volte ad assicurare il corretto svolgimento del procedimento, la presenza dell'imputato quando necessaria, la genuinità delle prove, la loro acquisizione, la garanzia dall'eventuale pericolo derivante alla collettività dalla personalità del soggetto contro cui si procede. Sicché, in ipotesi di proscioglimento, il giudice deve dichiarare cessate le misure cautelari personali

eventualmente applicate (art. 532 cod. proc. pen.), mentre, nel caso di condanna non sospesa condizionalmente, segue l'assorbente *actio iudicati* attraverso l'ordine di carcerazione.

Alle stesse conclusioni è recentemente pervenuta Sez. 1, n. 41007 del 20/10/2010, dep. 22/11/2010, Riggio, Rv. 248937, che ha annullato senza rinvio l'ordinanza del giudice dell'esecuzione reiettiva dell'istanza avanzata nell'interesse di un condannato definitivo, volta a ottenere la declaratoria di inefficacia della misura cautelare dell'obbligo di presentazione alla polizia giudiziaria. Secondo tale decisione è «la stessa funzione dispiegata nel nostro sistema processuale dalla misura cautelare (funzione strumentale al processo di cognizione) a dover far ritenere che la medesima non possa essere dispiegata oltre il giudizio di merito. Il passaggio in giudicato della sentenza determina infatti l'inizio della esecuzione penale a prescindere dall'assunzione da parte dei soggetti preposti alla sua gestione di atti formali. Le esigenze cautelari non sono pertanto più valutabili perché esse non esistono più essendo radicalmente mutate le prospettive e la ragione della contenzione del soggetto». A sostegno dell'assunto si richiamano:

- la normativa in punto di termini massimi di custodia cautelare, improntata su griglie che hanno come capisaldi snodi procedurali all'interno delle fasi di indagine preliminare e del giudizio di cognizione, «senza alcun riferimento a una eventuale decorrenza che superi la fase della irrevocabilità dove il titolo per la detenzione non è più e non potrebbe essere più il provvedimento che ha disposto la misura, bensì la sentenza passata in cosa giudicata»;

- l'art. 91 disp. att. cod. proc. pen., che stabilisce che la competenza del giudice di merito a decidere sulle misure cautelari si estende sino alla fase in cui pende il giudizio in cassazione;

- la previsione dell'art. 656, comma 10, cod. proc. pen., che «esplicita formalmente che l'arrestato domiciliariamente, ai sensi dell'art. 284 cod. proc. pen., diviene, al passaggio in giudicato della sentenza di condanna, un "condannato" e non più "indagato" o "imputato" e la misura in corso è considerata come pena espiata appunto per il mutamento del titolo detentivo».

Su una linea sostanzialmente analoga si muovono anche alcune decisioni, nelle quali si è rilevata la carenza di interesse delle impugnazioni avverso provvedimenti cautelari dopo il passaggio in giudicato della sentenza di condanna.

In particolare:

- Sez. 1, n. 311 del 12/01/1999, dep. 22/03/1999, Cuntrera, Rv. 212873, ha affermato che, in tema di impugnazione di provvedimenti cautelari, l'interesse ad impugnare, previsto dal comma 4 dell'art. 568 cod. proc. pen., deve essere, secondo i principi generali, concreto ed attuale: presupposti che non ricorrono se la questione relativa alla scadenza del termine massimo di custodia cautelare sia stata sollevata nella fase di cognizione ma la sentenza di condanna sia divenuta definitiva prima che tale questione fosse stata risolta;

- Sez. U, n. 31524 del 14/07/2004, dep. 20/07/2004, Litteri, Rv. 228167, ha chiarito che la questione, posta nella fase di cognizione, circa la scadenza dei termini di durata massima della custodia in carcere (nella specie, dapprima in sede di appello cautelare e successivamente in cassazione) perde rilevanza quando diviene irrevocabile la sentenza di condanna a pena detentiva superiore al presofferto, perché la definitività dell'accertamento del merito, aprendo la fase esecutiva del processo, esclude la possibilità della rimessione in libertà; con la conseguenza che, qualora sia pendente impugnazione cautelare, dovendo persistere l'interesse alla sua definizione fino al momento della decisione, l'impugnazione stessa è inammissibile per sopravvenuta carenza di interesse.

4. Una parte della dottrina aderisce al prevalente indirizzo della giurisprudenza che ammette la persistenza dell'efficacia delle misure coercitive dopo il passaggio in giudicato della sentenza di condanna a pena non dichiarata estinta né condizionalmente sospesa.

Si evidenzia al riguardo che:

- le ipotesi di estinzione delle misure per effetto della pronuncia di determinate sentenze delineate dall'art. 300 cod. proc. pen. sono tassative, ed altri provvedimenti non esplicano alcuna rilevanza sulla misura applicata che mantiene la propria efficacia fino alla scadenza del termine di durata massima di cui all'art. 303;

- in quanto istituto strumentale al processo, il vincolo cautelare perde efficacia automaticamente in relazione agli epiloghi decisori in cui viene meno la condizione della responsabilità allo stato degli atti o la concreta punibilità: tale ultima eventualità si verifica quando, a seguito della pronuncia di sentenza di condanna, la pena irrogata viene dichiarata estinta o condizionalmente sospesa o quando la durata della custodia risulta non inferiore all'entità della pena irrogata, in quanto il permanere della misura si porrebbe in contrasto con il canone della proporzionalità.

Altra parte della dottrina, valorizzando le ragioni che militano a favore dell'opposto orientamento, secondo cui il passaggio in giudicato della sentenza di condanna comporta l'automatica estinzione delle misure cautelari personali di natura non detentiva, osserva invece che:

- quando diviene definitiva la sentenza di condanna, inizia l'esecuzione della pena e le misure cautelari applicate fino a quel momento si estinguono perché viene meno la loro funzione cautelare: dalla provvisorietà delle misure cautelari personali deriva il corollario che il provvedimento cautelare mantiene la sua esecutività fino a che non sia divenuta esecutiva la sentenza definitiva;

- secondo la regolamentazione dettata dall'art. 656 cod. proc. pen., le misure coercitive della custodia in carcere e degli arresti domiciliari mantengono la loro efficacia sino all'emanazione dell'ordine di esecuzione che le converte nella pena, mentre, per le misure non detentive, si deve presumere il venir meno delle ragioni cautelari e non può trovare applicazione né l'art. 300 cod. proc. pen., a causa della mancanza di omogeneità tra la misura cautelare e la pena detentiva irrogata *in executivis*, né il meccanismo di raccordo espressamente dettato dall'art. 656 cod. proc. pen., non valendo le misure in esame come presofferto;

- il passaggio in giudicato della sentenza di condanna fa eclissare le ragioni della tutela cautelare mediante il definitivo spirare dei termini di durata delle stesse misure, come è confermato dal fatto che, alla stregua delle disposizioni che sanciscono i termini di durata massima delle misure cautelari non custodiali, oltre il momento terminale della sentenza di condanna, ancorché non sia interamente decorso il termine cui all'art. 303, comma 4, lett. d), cod. proc. pen., non può iniziare a decorrere altro termine;

- la strumentalità delle misure cautelari rispetto alla decisione di merito implica la logica conseguenza che, una volta intervenuta la sentenza definitiva, la misura cautelare debba perdere efficacia, e non rileva in contrario che nessuna norma contempra la sentenza di condanna a pena da eseguire tra quelle che comportano l'estinzione immediata della misura cautelare in atto, in quanto le ragioni che giustificano l'inammissibilità della misura cautelare, dopo che nel giudizio di cognizione si sia formato il giudicato, risiedono nella stessa logica del sistema processuale;

- in eccezione a tale principio, l'art. 656 cod. proc. pen. prevede uno specifico strumento di raccordo tra la fase di cognizione e la fase esecutiva per quanto concerne la misura cautelare *in itinere* solo per quelle più afflittive (la custodia cautelare e gli arresti domiciliari), in ragione della maggiore presunzione di pericolosità che ad esse si accompagna.

5. Le Sezioni unite ritengono di aderire alla tesi dell'incompatibilità delle misure coercitive non custodiali con la fase successiva al passaggio in giudicato della sentenza di condanna.

5.1. Il punto di partenza per la corretta soluzione del quesito oggetto di rimessione non può che essere il principio di tassatività di cui all'art. 13, comma secondo, della Costituzione, per il quale non è ammessa «restrizione della libertà personale, se non [...] nei soli casi e modi previsti dalla legge». L'assunto che una misura cautelare coercitiva applicata a un soggetto rimanga in vita, dopo il passaggio in giudicato della sentenza di condanna emessa nei suoi confronti, deve dunque basarsi sull'esistenza di una positiva previsione di legge in tal senso.

Esaminando il sistema normativo, la prima considerazione da fare è che la complessiva disciplina delle misure cautelari personali appare indiscutibilmente improntata ad una funzione strumentale rispetto al processo di cognizione. Tale "natura servente" – fatta oggetto di espresso riconoscimento (formalmente relativo alla custodia cautelare ma logicamente riferibile a tutte le misure coercitive) da parte della Corte costituzionale (sent. n. 299 del 2005, ripresa nella successiva sent. n. 219 del 2008) - emerge con chiarezza dalla disciplina predetta, quale prevista nei

capi II, III e VI del Titolo I del Libro IV del codice di rito, che fa univoco ed evidente riferimento al procedimento in corso e alla figura dell'imputato (cui è equiparata la persona sottoposta ad indagini: art. 61, comma 2, cod. proc. pen.), così come ai soli giudici della cognizione fa riferimento l'art. 91 disp. att. cod. proc. pen., ai fini dell'adozione dei provvedimenti in materia.

In particolare, la specifica previsione di limiti alla durata delle misure (imposta per la "carcerazione preventiva" dal comma quinto dell'art. 13 della Costituzione) e la relativa determinazione al di fuori di qualsiasi riferimento alla fase successiva al passaggio in giudicato della sentenza (previsto dall'art. 303, comma 1, lett. *d*, cod. proc. pen. solo come evento definitivamente interruttivo della scansione dei termini di fase) si pongono in evidente contrasto con una possibile concezione delle misure stesse in termini (anche) di logica e generale funzionalità all'esecuzione della decisione. Né in contrario può invocarsi la previsione dei termini massimi di durata di cui all'art. 303, comma 4, cod. proc. pen. (con il possibile allungamento di cui all'art. 304, comma 6, cod. proc. pen.), che altro non è che un corollario necessario e funzionale al sistema dei termini ordinari di fase, in relazione alle ipotesi di legittimo "sforamento" dei medesimi.

Quanto alle esigenze cautelari che possono giustificare l'adozione e il mantenimento delle misure, è agevole osservare che il pericolo di inquinamento della prova non ha ragione di esistere in vista della fase esecutiva, e il pericolo di recidivanza non viene in rilievo ai fini dell'emissione dell'ordine di esecuzione e della sua sospensione *ex art. 656*, commi 5 e 9, cod. proc. pen., dovendo al riguardo il pubblico ministero limitarsi ad accertare l'entità della pena da espiare e se vi siano titoli di reato o condizioni soggettive - ad es. la recidiva reiterata o lo stato di detenzione carceraria - che ostano alla sospensione.

Quanto al pericolo di fuga, esso può certamente assumere rilievo ai fini dell'esecuzione. Ciò però non vale indistintamente per tutte le misure. Quelle non custodiali, infatti, non hanno all'evidenza, per loro natura (e come conferma la previsione di cui all'art. 307, comma 2, lett. *b*, cod. proc. pen.), una concreta idoneità a scongiurare il pericolo *de quo*, e non a caso non vengono in alcuna considerazione nella disciplina della sospensione dell'ordine di esecuzione *ex art. 656*, comma 5, cod. proc. pen. (finalizzata ad evitare l'ingresso in carcere a chi sia nelle condizioni di ottenere la concessione delle misure alternative), che attribuisce invece coerentemente rilevanza, in modo differenziato secondo la gravità, alla custodia carceraria e a quella domiciliare (rispettivamente, comma 9, lett. *b*, e comma 10 del citato art. 656).

5.2. Da quanto sopra emerge chiaramente che il sistema processuale offre, nel suo complesso, indicazioni contrarie alla tesi della sopravvivenza delle misure non custodiali in atto nel momento del passaggio in giudicato della sentenza di condanna.

L'orientamento che patrocina tale tesi ritiene però, come si è sopra visto, di poter utilmente invocare in proprio favore alcuni specifici dati normativi.

Il primo di essi è costituito dall'art. 300 cod. proc. pen., che, stabilendo, al comma 3, che le misure cautelari perdono immediatamente efficacia quando la pena irrogata con la sentenza di condanna è dichiarata estinta o condizionalmente sospesa (cioè in casi nei quali la stessa sentenza di condanna esclude in radice ogni prospettiva di applicazione della pena), renderebbe chiaro che, negli altri casi, le misure cautelari sono destinate a conservare la loro efficacia nella fase che precede l'esecuzione; dunque, in presenza di una sentenza di condanna diversa da quelle espressamente indicate dall'art. 300 comma 3, cit., la misura cautelare rimarrebbe funzionalmente predisposta alla formale instaurazione della fase esecutiva ad iniziativa del pubblico ministero.

Tale conclusione troverebbe conferma e riscontro nei disposti dell'art. 656 cod. proc. pen. - che, ai commi 5 e 9, lett. *b*), fa dipendere la concedibilità o meno della sospensione delle pene brevi dalla misura cautelare in corso, e, al comma 10, prevede che fino alla decisione del giudice di sorveglianza, il condannato permanga nello stato detentivo (domiciliare) nel quale si trova - e dell'art. art. 657, comma 1, cod. proc. pen., che include la custodia cautelare ancora in corso nel computo della pena detentiva da eseguire.

Sul piano logico l'orientamento *de quo* richiama poi l'esigenza di evitare il paradosso della cessazione automatica ed immediata delle misure cautelari nello stesso momento nel quale viene

pronunciata una sentenza di condanna suscettibile di effettiva esecuzione e più pregnante appare, in considerazione del fisiologico iato temporale intercorrente tra detto momento e l'attivazione del pubblico ministero in funzione di organo dell'esecuzione, la necessità di controllo del condannato, che la misura in atto fa presumere ancora esistente.

5.3. Ora, la descritta interpretazione del coordinato disposto normativo posto a fondamento della tesi della "sopravvivenza" non è condivisibile e deve, a ben vedere, essere completamente capovolta, di tal che esso, lungi dall'offrire sostegno a detta tesi, fornisce al contrario ulteriore e decisivo conforto alla opposta tesi dell'incompatibilità.

La prima, agevole, considerazione da fare è, invero, che il cit. art. 300 non è affatto rivolto a regolare in via generale il rapporto fra sentenze irrevocabili e misure cautelari in corso. Esso infatti si preoccupa, all'evidenza, soltanto di indicare determinati epiloghi decisori comportanti per sé, e del tutto indipendentemente dal connotato della irrevocabilità, l'immediata perdita di efficacia delle misure cautelari in atto.

Al contrario, del rapporto fra sentenze irrevocabili di condanna e misure cautelari in corso si occupa senza dubbio l'art. 656 cod. proc. pen., e lo fa con riferimento alle sole misure custodiali, stabilendo, al comma 9, la non concedibilità della sospensione dell'esecuzione in favore del condannato che si trovi in stato di custodia cautelare in carcere (che quindi non viene interrotta) e, al comma 10, la concedibilità della stessa sospensione in favore del condannato che si trovi agli arresti domiciliari, dei quali dispone esplicitamente la persistenza fino alla decisione del tribunale di sorveglianza, con contestuale riconoscimento del tempo corrispondente «come pena espiata a tutti gli effetti».

Ora, sta di fatto che le misure custodiali presentano due caratteristiche strettamente correlate, da un punto di vista funzionale, all'esecuzione della pena, e cioè, da un lato, la concreta idoneità (come si è già avuto modo di notare) a scongiurare il pericolo di fuga, e, dall'altro, la computabilità del periodo di applicazione (secondo la regola fissata in via generale dall'art. 657 cod. proc. pen.) ai fini della determinazione della pena detentiva da espiare: computabilità che, inoltre, il cit. comma 10 dell'art. 656 espressamente riconosce, in relazione al tempo corrispondente alla permanenza degli arresti domiciliari, "a tutti gli effetti" e, quindi, anche in rapporto alle eventuali pene alternative alla detenzione. E' del tutto razionale, quindi, collegare causalmente le previsioni di "persistenza" operate dall'art. 656 cod. proc. pen. alle dette caratteristiche. Considerati tale logica esplicazione della *ratio* e il tenore testuale, non certo ostativo, della disciplina *de qua*, la sua interpretazione in chiave di deliberata scelta limitatrice, una volta sgombrato il campo dalla riferita erronea lettura dell'art. 300 cod. proc. pen., s'impone in maniera piana.

Si può, dunque, fondatamente affermare, in adesione a quanto ritenuto nell'ordinanza di rimessione, nella richiamata giurisprudenza minoritaria e nella più accorta dottrina, che la disciplina in parola, lungi dal supportare o presupporre una presunta (e inesistente) regola di generale sopravvivenza delle misure cautelari dopo il passaggio in giudicato della sentenza di condanna da eseguire, costituisce in realtà, alla stregua della sua illustrata *ratio*, puntuale conferma del fatto che per le misure non custodiali, sfornite delle ricordate caratteristiche di efficacia e fungibilità che tale *ratio* sorreggono (sulla inidoneità di tali misure a scongiurare in concreto il pericolo di fuga si è già detto; sulla loro non computabilità ai fini della determinazione della pena da eseguire, la giurisprudenza è pacifica: v. Sez. 1, n. 3372 del 05/06/1995, dep. 15/09/1995, Mariani, Rv. 202408; Sez. 1, n. 5376 del 30/09/1997, dep. 16/12/1997, Balbo, Rv. 209127; Corte cost. n. 215 del 1999), vale l'opposta regola, discendente dal sistema e dal principio costituzionale di tassatività, e rispondente in definitiva all'elementare necessità di preservare la libertà personale da compressioni ultronee e sproporzionate, del loro immediato venir meno al verificarsi del citato passaggio in giudicato.

In tale linea ricostruttiva restano evidentemente superati anche i rilievi, su cui parimenti fa perno l'orientamento qui respinto, inerenti alla esigenza di evitare la cessazione delle misure nel momento in cui la sentenza di condanna diviene irrevocabile, posto che, come emerge dalle considerazioni che precedono, è proprio della suddetta esigenza che ha inteso, in sostanza, farsi

carico il legislatore nelle citate previsioni dell'art. 656 cod. proc.pen., ritenendola meritevole di positiva tutela con esclusivo riferimento alle misure custodiali, secondo una scelta strettamente correlata alle loro connotazioni di efficacia e fungibilità e che, come tale, non può essere estesa alle altre misure.

In conclusiva risposta al primo dei quesiti sottoposti al Collegio allargato, si può, pertanto, enunciare il seguente principio di diritto:

«Il passaggio in giudicato di una sentenza di condanna a pena detentiva suscettibile di esecuzione comporta la caducazione immediata della misura coercitiva non custodiale già applicata al condannato».

6. Venendo ora alle modalità con cui si determina tale fenomeno, si osserva che, alla stregua dei principi sopra illustrati, la cessazione della misura, essendo correlata all'oggettivo venir meno dei relativi presupposti giustificativi, non può che operare di diritto, con la conseguenza, in mancanza di previsioni specifiche, che non occorre alcun provvedimento che la dichiari e l'interessato è immediatamente esonerato dall'osservanza degli obblighi già su di lui gravanti. Naturalmente, per evitare equivoci e incertezze, in particolare nel personale tenuto ai controlli, sarà opportuno che allo stesso venga data tempestiva comunicazione della cessazione, e a ciò – al di là di possibili specifici accorgimenti organizzativi adottabili all'interno degli uffici giudicanti, in analogia al regime previsto, per l'estinzione delle misure coercitive intervenuta in corso di procedimento, dagli artt. 306 cod. proc. pen., 97 e 98 disp. att. cod. proc. pen. - potrà normalmente provvedere il pubblico ministero (secondo un principio di intervento che trova legittimazione sistematica nelle previsioni di cui al comma 4 dell'art. 667 e al comma 3 dell'art. 672 cod. proc. pen.) nel momento in cui viene notiziato dalla competente Cancelleria, a sensi dell'art. 28 reg. esec. cod. proc. pen., e negli stretti termini ivi previsti, del passaggio in giudicato della sentenza di condanna da eseguire.

Ne consegue la formulazione del seguente principio di diritto:

«La cessazione, al momento del passaggio in giudicato della sentenza di condanna, della misura coercitiva non custodiale in atto, opera di diritto, e non è necessario alcun provvedimento che la dichiari».

7. Nella realtà pratica non si può escludere che insorgano comunque problemi in ordine alla (sorte o modificazione della) misura non custodiale, nel periodo (che può rivelarsi non breve) intercorrente fra il passaggio in giudicato della sentenza e il concreto avvio della fase di esecuzione della pena. In tali casi, la competenza per la loro risoluzione non può che spettare, come già ritenuto da questa Corte (pur se nell'erronea ottica della sopravvivenza delle misure) nella menzionata Sez. 1, n. 31094 del 2009, Estfeller, al giudice dell'esecuzione, in quanto unico giudice "precedente" in quella fase, nonché giudice istituzionalmente designato a decidere su ogni questione comunque connessa all'esecuzione della sentenza: il quale non potrà che riconoscere e dichiarare ad ogni effetto l'avvenuta cessazione della misura.

Dal che il principio seguente:

«Ove insorgano questioni in ordine alla misura coercitiva non custodiale nel periodo intercorrente fra il passaggio in giudicato della sentenza e il concreto avvio della fase di esecuzione della pena, la competenza a deciderle spetta al giudice dell'esecuzione».

Applicando quanto sopra alla fattispecie di causa, nella quale è sorto un conflitto fra giudice dell'esecuzione e magistrato di sorveglianza in ordine alla competenza a provvedere su una istanza di revoca della misura dell'obbligo di soggiorno presentata dopo il passaggio in giudicato della sentenza e prima dell'inizio della sua esecuzione, il conflitto stesso non può che essere risolto nel senso dell'attribuzione della competenza al giudice dell'esecuzione.

Omissis

Una parte della dottrina aderisce al prevalente indirizzo della giurisprudenza sconfessato dalle Sezioni Unite e che ammette la persistenza dell'efficacia delle misure coercitive dopo il passaggio in giudicato della sentenza di condanna a pena non dichiarata estinta né condizionalmente sospesa.

SPANGHER, *Commento all'art. 300*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di GIARDA e SPANGHER, Ipsoa, Milano, 2010, 3239, evidenzia che le ipotesi di estinzione delle misure per effetto della pronuncia di determinate sentenze delineate dall'art. 300 cod. proc. pen. sono tassative, ed altri provvedimenti non esplicano alcuna rilevanza sulla misura applicata che mantiene la propria efficacia fino alla scadenza del termine di durata massima di cui all'art. 303.

DE AMICIS, *Commento all'art. 300*, in *Codice di procedura penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, diretta da LATTANZI e LUPO, Giuffrè, Milano, 2003, 695, nonché *Aggiornamento 2003-2007*, Giuffrè, Milano, 2008, 362, rileva che, secondo un orientamento giurisprudenziale costante, l'efficacia delle misure cautelari viene meno solo se la pena irrogata è dichiarata estinta ovvero condizionalmente sospesa, e non quando, a seguito di sentenza di condanna, deve essere ancora eseguita.

GIUNCHEDI, *Le vicende estintive e modificative*, in AA.VV., *Le misure cautelari personali*, a cura di SPANGHER e SANTORIELLO, Giappichelli, Torino, 2009, p. 320-321, specifica che, trattandosi di istituto strumentale al processo, il vincolo cautelare perde efficacia automaticamente in relazione a determinati epiloghi decisori, vale a dire in tutti i casi in cui viene meno la condizione della responsabilità allo stato degli atti o la concreta punibilità. Tale ultima eventualità si verifica quando, a seguito della pronuncia di sentenza di condanna, la pena irrogata viene dichiarata estinta o condizionalmente sospesa o quando la durata della custodia risulta non inferiore all'entità della pena irrogata, in quanto il permanere della misura si porrebbe in contrasto con il canone della proporzionalità.

SERVI, *Revoca, modifica ed estinzione*, in *Trattato di procedura penale* diretto da SPANGHER, *Vol II – Prove e misure cautelari, Tomo II, Le misure cautelari*, a cura di SCALFATI, Utet, 2009, 236, rileva che nessuna perdita di efficacia delle misure cautelari personali si verifica se la pena, dopo la sentenza di condanna, deve essere ancora eseguita.

In dottrina sono state approfonditamente esaminate le ragioni che militano a favore dell'opposto orientamento, secondo cui il passaggio in giudicato della sentenza di condanna comporta l'automatica estinzione delle misure cautelari personali di natura non detentiva.

E' questa la tesi sostenuta da TONINI, *Manuale di procedura penale*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 322-323 e 353, secondo cui, quando diviene definitiva la sentenza di condanna, inizia l'esecuzione della pena e le misure cautelari applicate fino a quel momento si estinguono perché viene meno la loro funzione cautelare. Dalla provvisorietà delle misure cautelari personali deriva il corollario che il provvedimento cautelare mantiene la sua esecutività fino a che non sia divenuta esecutiva la sentenza definitiva.

MAGGIO, *Riflessioni in tema di sentenza definitiva di condanna ed estinzione delle misure cautelari non detentive*, in *Giurisprudenza di merito*, 2003, 2513 ss., afferma che, secondo la regolamentazione dettata dall'art. 656 cod. proc. pen., le misure coercitive della custodia in carcere e degli arresti domiciliari mantengono la loro efficacia sino all'emanazione dell'ordine di esecuzione che le converte nella pena. Diversa sembra essere, per contro, la sorte delle misure non detentive: per esse, a seguito del passaggio in giudicato della sentenza ed in assenza di una disciplina espressa, si dovrebbe presumere il venir meno delle ragioni cautelari. Rispetto a queste ultime misure, l'art. 300 cod. proc. pen. non può trovare applicazione, a causa della mancanza di omogeneità tra la misura cautelare e la pena detentiva comminata *in executivis*. Poiché le misure non custodiali non valgono come presofferto, per esse non opera neppure il meccanismo di raccordo espressamente dettato dall'art. 656 cod. proc. pen..

Secondo l'autrice, allo scopo di ritenere la perdita di efficacia della cautela minore dopo il passaggio in giudicato della sentenza di condanna, si può sostenere che tale decisione definitiva faccia eclissare le ragioni della tutela cautelare mediante il definitivo spirare dei termini di durata delle stesse misure. Infatti dalle disposizioni che sanciscono i termini di durata massima delle misure cautelari non custodiali può trarsi l'assunto che, oltre il momento terminale della sentenza di condanna, ancorché non sia interamente decorso il termine cui all'art. 303 comma 4 lett. d) cod. proc. pen., non può iniziare a decorrere altro termine.

PAPAGNO, *Il titolo esecutivo e le necessarie implicazioni in tema di libertà personale*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2008, I, 373 ss., osserva che la considerazione della strumentalità delle misure cautelari rispetto alla decisione di merito implica la logica conseguenza che, una volta intervenuta la sentenza definitiva, la misura cautelare debba perdere efficacia, venendone meno la sua stessa ragion d'essere.

È vero che non vi è nessuna norma che contempra la sentenza di condanna tra quelle che comportano l'estinzione immediata della misura cautelare in atto, ma le ragioni che giustificano l'inammissibilità della misura cautelare, dopo che nel giudizio di cognizione si sia formato il giudicato, risiedono nella stessa logica del sistema processuale italiano.

Peraltro, l'art. 656 cod. proc. pen. prevede uno specifico strumento di raccordo tra la fase di cognizione e la fase esecutiva per quanto concerne la misura cautelare *in itinere* solo per quelle più afflittive: la custodia cautelare e gli arresti domiciliari.

Pertanto, a proposito delle misure cautelari non detentive, non può farsi ricorso alla norma di cui ai commi 9 e 10 dell'art. 656, laddove si stabilisce che la sospensione dell'esecuzione delle pene definitive non può essere concessa al fine di permettere al condannato di presentare richiesta di misure alternative alla detenzione per coloro che si trovano ristretti in custodia cautelare o agli arresti domiciliari. Tale regolamentazione si giustifica proprio perché il condannato esprime una maggiore presunzione di pericolosità che si accompagna alle misure detentive più gravi.

Per contro, la misura cautelare non custodiale, qualora sia ancora in esecuzione al momento del passaggio in giudicato della sentenza, viene meno perché unico titolo di esecuzione è la sentenza di condanna divenuta definitiva: a

passato erano già stati affermati da **Sez. 6, n. 2033 del 22 maggio 1997, dep. 29 luglio 1997, Lentini, rv 209111**, espressamente richiamata nella motivazione della sentenza in esame.

La sentenza De Biase si pone peraltro consapevolmente in contrasto con quanto affermato di recente da **Sez. 5, n. 35531 del 25 giugno 2010, dep. 1 ottobre 2010, Donigaglia, rv 248495**, secondo cui, invece, il sequestro conservativo può avere ad oggetto una somma di denaro proveniente da un credito di lavoro nella sua interezza, non valendo i limiti all'esecuzione del pignoramento previsti dal citato art. 545 cod. proc. civ. In particolare per la sentenza Donaglia la provenienza dei crediti dal lavoro, giusto l'art. 316 cod. proc. pen., non esclude il sequestro conservativo disposto dal giudice penale, nè lo condiziona al limite posto per l'esecuzione del pignoramento dall'art. 545, commi 3 e 4, proprio perché all'uopo l'art. 317, comma 3, cod. proc. pen. rinvia alle forme previste dal codice di procedura civile e, pertanto, fermo il titolo di un sequestro conservativo disposto dal giudice penale, le questioni relative alla pignorabilità dei crediti sono proponibili solo in sede di esecuzione civile.

In senso analogo **Sez. 5, n. 42244 del 14 ottobre 2010, dep. 29 novembre 2010, Ricci Maccarini, rv 248891**, ha affermato che le problematiche sui limiti di pignorabilità dei beni sottoposti a sequestro conservativo non possono essere proposte e tantomeno risolte nella sede dell'incidente cautelare penale. Per la sentenza Ricci Maccarini, infatti, il sequestro conservativo è eseguito dall'ufficiale giudiziario con le forme prescritte dal codice di procedura civile per tale genere di sequestro sui beni mobili e immobili ed è nella sede civile, dunque, che la parte può utilmente sollevare le questioni indicate alla pretesa violazione dei limiti di pignorabilità, volte alla individuazione di beni da sottoporre legittimamente a sequestro fino alla concorrenza della entità del debito da garantire.

La sentenza Ricci Maccarini pone dunque l'accento non tanto sull'inevitabilità al sequestro conservativo penale dei limiti posti al pignoramento (che come si è visto è invece principio espressamente affermato dalla sentenza Donigaglia), quanto piuttosto sull'impossibilità di sollevare dinanzi al giudice penale la relativa questione, sul presupposto che la competenza funzionale a deciderla sia devoluta al giudice dell'esecuzione civile una volta che, passata in giudicato la sentenza penale di condanna, il sequestro conservativo si converta in pignoramento. Ma anche solo in tal senso l'orientamento in esame risulta comunque in contrasto con quanto affermato dalla sentenza De Biase, per cui, come si è visto, proprio l'operatività nella sede cautelare penale dei limiti alla pignorabilità legittima la parte ad investire il giudice penale della questione.

Conclusivamente va evidenziato che il principio affermato dalla sentenza De Biase, per cui i limiti al pignoramento, giusto il richiamo in tal senso operato dall'art. 316 cod. proc. pen., rilevrebbero già al momento della disposizione del sequestro conservativo, è stato affermato anche da **Sez. 2, n. 46626 del 20 novembre 2009, dep. 3 dicembre 2009, Melis, rv 245466**, con riguardo all'applicabilità nel procedimento penale del disposto dell'art. 496 cod. proc. civ., che consente al giudice, ove risulti l'esorbitanza dei beni originariamente staggiti rispetto all'ammontare del credito, la riduzione del pignoramento. In proposito la sentenza Melis afferma infatti che il richiamato effettuato dal citato art. 316 deve essere addirittura inteso nel senso di un rinvio globale alla disciplina del pignoramento e non solo agli specifici divieti posti dagli artt. 514-516 cod. proc. civ. E sempre al medesimo principio si ispira anche **Sez. 5, n. 598 del 1 ottobre 2003, dep. 13 gennaio 2004, Orlando, rv 227445**, che esclude possa essere disposto il sequestro conservativo di beni di cui escluso il pignoramento (nella fattispecie si trattava dei beni facenti parte di un fondo patrimoniale posto a garanzia di un debito di una società fallita, ritenuti impignorabili ai sensi degli artt. 167 cod. civ. e 46 legge fall.).

oooooooooooo

Cass. Sez. II 18 gennaio 2011 (dep. 1° febbraio 2011), n. 3603, P.G. in proc. Mussa, rv. 249214

"Le sole dichiarazioni rese dall'imputato, privo di documenti e non fotosegnalato, alla polizia giudiziaria in ordine alle proprie generalità non sono sufficienti a fondare con sicurezza l'identificazione dello stesso, incombendo in tal caso alla polizia giudiziaria di procedere ai rilievi di cui all'art. 349, commi secondo e secondo bis, cod. proc. pen."

La sentenza Mussa non pone in dubbio il consolidato principio per cui l'impossibilità di attribuire all'imputato le sue esatte generalità non pregiudica il compimento di alcun atto nei suoi confronti qualora sia comunque certa l'identità fisica della persona (sul quale v. da ultimo ed *ex multis* **Sez. I n. 3949 del 6 dicembre 2007, dep. 24 gennaio 2008, Scatola, rv 238376**), ma - riprendendo quanto affermato di recente da **Sez. III n. 22777 del 11 maggio 2010, dep. 15 giugno 2010, p.g. in proc. Mamadou, rv. 247549** - rileva che, proprio quando tale certezza non può ritenersi raggiunta in via oggettiva (ad esempio perché il soggetto è privo di documenti che l'attestino), la polizia giudiziaria ha l'obbligo di acquisirla svolgendo gli accertamenti idonei a determinare tale identità (come ad esempio procedendo agli accertamenti dattiloscopici), non potendo ricavarla esclusivamente dalle dichiarazioni rilasciate in proposito dal medesimo imputato, le quali risultano di fatto incontrollabili in assenza di elementi oggettivi idonei a confermarle.

In tal modo la sentenza Mussa (e allo stesso modo la sentenza Mamadou) si pone inconsapevolmente in contrasto con l'orientamento dominante nella giurisprudenza di legittimità, per cui, invece, l'identificazione dell'indagato ad opera della polizia giudiziaria è validamente operata sulla base delle dichiarazioni dallo stesso fornite, perché il ricorso ai

