

RITENUTO IN FATTO

1. Il 19 giugno 2013 il Tribunale di sorveglianza di Torino, investito del reclamo proposto da Silvano Maritan, confermava l'ordinanza emessa, il 9 aprile

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized initial 'M' followed by a long horizontal stroke and a final vertical stroke.

2013, dal Magistrato di sorveglianza di Cuneo che aveva rigettato l'istanza di permesso premio avanzata dal detenuto.

Maritan, in calce al reclamo proposto il 14 maggio 2013, nominava quale difensore di fiducia l'avv. Andrea Ciurlo. Ciò nonostante, il Presidente del Tribunale di sorveglianza, contestualmente all'emissione, in data 20 maggio 2013, del decreto di fissazione dell'udienza in camera di consiglio, designava un difensore d'ufficio nella persona dell'avv. Michela Malerba, in base all'erroneo presupposto che il Maritan non avesse scelto un legale di fiducia.

Dopo la spedizione dell'avviso dell'udienza, Maritan nominava quale codifensore di fiducia l'avv. Emanuele Fragasso.

L'avv. Malerba e Silvano Maritan, detenuto nel carcere di Padova, ricevevano entrambi, il 22 maggio 2013, l'avviso dell'udienza, mentre gli avvocati Andrea Ciurlo ed Emanuele Fragasso non erano destinatari di alcuna comunicazione in proposito.

All'udienza dinanzi al Tribunale di sorveglianza l'avv. Malerba non compariva e il Tribunale nominava, quale sostituto del difensore d'ufficio, ai sensi dell'art. 97, comma 4, cod. proc. pen., l'avv. Pier Franco Bottacini, il quale non formulava alcuna eccezione circa il mancato avviso dell'udienza ai difensori di fiducia.

2. Avverso l'ordinanza, deliberata dal Tribunale di sorveglianza il 19 giugno 2013 e depositata il successivo 21 giugno, Maritan proponeva personalmente ricorso per cassazione, eccependo la nullità del provvedimento per omesso avviso della udienza di trattazione del reclamo ai difensori di fiducia, avvocati Andrea Ciurlo ed Emanuele Fragasso

3. Il ricorso veniva assegnato alla Prima Sezione della Corte di cassazione che, con ordinanza del 16 dicembre 2014, rimetteva il ricorso alle Sezioni Unite.

4. Preliminarmente il Collegio rilevava che la questione concernente il mancato avviso all'avv. Andrea Ciurlo dell'avviso di fissazione dell'udienza camerale appariva assorbente rispetto alla mancata comunicazione al codifensore di fiducia, avv. Fragasso, cui, secondo il Collegio, non spettava alcun avviso, essendo tale seconda designazione avvenuta dopo la spedizione dell'avviso di fissazione dell'udienza camerale (Sez. 1, n. 19442 del 23/04/2008, Errante, Rv. 240289).

4.1. Così circoscritta la questione, il Collegio osservava che l'omissione dell'avviso dell'udienza camerale all'avv. Ciurlo comportava, in linea di principio, la nullità generale del procedimento camerale e del relativo provvedimento



conclusivo, in quanto l'art. 666 cod. proc. pen. (richiamato dall'art. 678 cod. proc. pen.) prevede ai commi 3 e 4 (salvi i casi contemplati dal comma 2) il procedimento camerale partecipato, ai sensi dell'art. 127 cod. proc. pen., con l'avviso dell'udienza alle parti e ai difensori e con l'ulteriore requisito dell'intervento necessario del difensore e del pubblico ministero. Secondo la consolidata giurisprudenza di legittimità, le comminatorie di nullità di ordine generale e quelle di carattere assoluto, rilevabili d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento, ai sensi degli artt. 178 e 179 cod. proc. pen., trovano applicazione anche nei procedimenti camerati partecipati di esecuzione e sorveglianza per effetto della estensiva interpretazione delle suddette disposizioni generali, concernenti l'intervento e l'assistenza dell'imputato ovvero l'assenza del suo difensore.

Muovendo da tali generali e non controverse premesse in diritto, la Prima Sezione osservava che si trattava di stabilire se la nullità in parola avesse un carattere assoluto o, invece, intermedio con conseguente sanatoria ex art. 182 cod. proc. pen. per effetto dell'acquiescenza difensiva e della decadenza della parte dal diritto di far valere l'invalidità. Evidenziava che su tale problematica esisteva un contrasto di giurisprudenza.

4.2. Secondo un primo indirizzo, la mancanza di difesa tecnica prevista dall'art. 179, comma 1, cod. proc. si verifica non solo nel "caso estremo" del dibattimento svolto in assenza di "qualunque" difensore, ma anche nel caso in cui il difensore di fiducia, non presente perché non avvisato, venga sostituito dal difensore d'ufficio; di conseguenza, l'omessa notifica dell'avviso dell'udienza al difensore di fiducia deve ritenersi causa di nullità assoluta ed insanabile. Nell'ottica dell'art. 179, comma 1, cod. proc. pen. l'intervento del difensore d'ufficio è irrilevante, in quanto il soggetto difeso non deve essere privato del diritto di affidare la propria difesa alla persona che riscuote la sua fiducia e che abbia avuto la possibilità di prepararsi adeguatamente nel termine stabilito per la comparizione (Sez. 3, n. 6240 del 14/01/2009, Plaka, Rv. 242530; Sez. 1, n. 20449 del 28/03/2014, Zambon, Rv. 259614; Sez. 4, n. 7968 del 06/12/2013, dep. 2014, Di Mattia, Rv. 258615).

4.3. Alla stregua di un diverso orientamento, invece, il mancato avviso al difensore di fiducia nominato tempestivamente produce la nullità generale a regime intermedio di cui all'art. 178, comma 1, lett. c), cod. proc. pen.

A sostegno di tale tesi viene richiamata una decisione delle Sezioni Unite che ha qualificato come nullità generale a regime intermedio, con conseguente possibilità di sanatoria in difetto di mancata tempestiva eccezione a opera della parte privata assistita o del difensore designato d'ufficio, il mancato avviso al



difensore di fiducia, nominato dall'indagato detenuto ai sensi dell'art. 123 cod. proc. pen., dell'interrogatorio di garanzia (Sez. U, n. 2 del 26/03/1997, Procopio, Rv. 208269).

Tale decisione è stata richiamata da pronunce (Sez. 2, n. 34167 del 14/07/2009, Pellegrino, Rv. 245242; Sez. 2, n. 36 del 23/11/2004, dep. 2005, Medile Rv. 230225) che, in ordine all'interpretazione della locuzione «suo difensore» contenuta nell'art. 179 cod. proc. pen., hanno affermato che l'assenza rilevante riguarda il professionista che assicura la difesa tecnica, a prescindere dall'intervenuta nomina fiduciaria, in quanto, nel disegno del codice, le due figure sono equiparate, sicché il silenzio della legge in ordine ad un'eventuale differenziazione di regime giuridico depone decisamente per l'evocazione della figura unitaria del difensore, comprensiva sia di quello di fiducia che di quello d'ufficio. Di conseguenza, l'omesso avviso al difensore di fiducia della data fissata per l'udienza concreta indubbiamente una nullità di ordine generale prevista nell'art. 178 cod. proc. pen., in quanto attinente all'assistenza dell'imputato. Non si tratta, tuttavia, di una nullità assoluta, perché non ricompresa nella dizione dell'art. 179 cod. proc. pen., bensì a regime intermedio e, pertanto, soggetta alla disposizione di cui all'art. 182, comma 2, cod. proc. pen., secondo cui la nullità di un atto deve essere eccepita dalla parte che vi assiste prima del suo compimento ovvero, quando ciò non è possibile, subito dopo, laddove il termine "parte" si riferisce tanto all'imputato che al suo difensore.

Il profilo concernente l'equiparazione tra difensore di fiducia e quello d'ufficio è stato affrontato da altre decisioni (Sez. 1, n. 52408 del 01/10/2014, Depalmas, n.m.; Sez. 2, n. 36 del 23/11/2004, dep. 2005, Medile, Rv. 230225), secondo cui il vigente codice di procedura penale ha profondamente innovato quello precedente e, ispirandosi all'esigenza di assicurare la concreta e efficace tutela dei diritti dell'imputato, ha attuato la sostanziale equiparazione della difesa d'ufficio a quella di fiducia. Rilevano, in proposito, che il difensore di fiducia e quello d'ufficio hanno ormai gli stessi diritti e doveri e ambedue devono tutelare l'intera situazione processuale e sostanziale dell'assistito nel superiore interesse del ministero difensivo. Osservano, altresì, che la verifica dell'omessa citazione del difensore di fiducia non è sottratta al difensore d'ufficio che ha l'obbligo di assolvere con diligenza minima i propri doveri istituzionali.

4.4. L'ordinanza di rimessione, nell'aderire a tale secondo indirizzo interpretativo, argomentava che l'inosservanza delle disposizioni concernenti l'avviso al difensore di fiducia dell'imputato e la sua partecipazione all'udienza non sono oggetto di una "specificata" previsione sanzionatrice e che, pertanto,



l'invalidità in parola deve essere ricondotta nel novero di quelle contemplate dall'art. 178, comma 1, lett. c), cod. proc. pen., ostando il principio di tassatività alla ulteriore qualificazione della stessa come assoluta.

Essa valorizza, inoltre, il tenore letterale dell'art. 178, comma 1, lett. c), cod. proc. pen., che connette la nullità assoluta all'assenza del difensore nei casi in cui ne è obbligatoria la presenza. Pertanto la presenza del difensore, sia esso di fiducia che d'ufficio, esclude la nullità assoluta.

Privo di fondamento sia grammaticale che logico-sistematico viene ritenuto l'assunto che l'aggettivo possessivo "suo" contenuto nella disposizione, siccome riferito all'imputato e connotante il nome "difensore", valga a conferire al sostantivo il significato di difensore di fiducia.

Osserva, inoltre, che qualificando come insanabile e rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento la nullità derivante dall'assenza del difensore di fiducia nei casi in cui ne è obbligatoria la presenza, si giungerebbe alla conclusione assurda e inaccettabile di escludere la nullità assoluta nei casi in cui, in difetto della nomina di alcun difensore di fiducia, l'udienza sia celebrata senza avviso e senza l'intervento del difensore d'ufficio, nonostante l'obbligatorietà dell'assistenza difensiva.

Il Collegio, pertanto, conclude nel senso che la previsione di nullità assoluta contenuta nell'art. 179, comma 1, cod. proc. pen., riguarda il caso della "oggettiva assenza" del difensore dell'imputato, a nulla rilevando che si tratti del difensore di fiducia ovvero d'ufficio. Precisando, altresì, che negare alla invalidità in esame carattere assoluto non significa compromettere la tutela del diritto di scelta del difensore fiduciario, che, comunque, se violata, potrà essere fatta valere dall'imputato, se presente, ovvero dal difensore d'ufficio.

Inoltre, sotto il profilo della necessità di assicurare "adeguata preparazione della difesa", ricorda che anche il difensore d'ufficio ha il dovere professionale di preparare adeguatamente la difesa e che, comunque, la legge riconosce a quest'ultimo, all'art. 108, comma 1, cod. proc. pen., il diritto ad un termine congruo per l'adempimento del suo ministero.

La configurazione di una nullità assoluta è prospettabile solo nel caso della «radicale e oggettiva assenza del ministero difensivo dovuto». Nel sistema processuale, infatti, le nullità assolute si correlano soltanto a "patologie radicali" del processo, che, impedendone la "reale" evoluzione, ne consentono uno svolgimento solo "apparente", senza un giudice "capace", ovvero senza l'iniziativa del pubblico ministero, senza la citazione dell'imputato o senza la partecipazione del difensore quando questa sia obbligatoria. Ne consegue che non sono assimilabili - in quanto integranti situazioni processuali del tutto



diverse, anche in relazione alla concreta incidenza sul diritto di difesa – le ipotesi di procedimento svoltosi in assenza della prescritta partecipazione di alcun difensore (e quindi senza difesa tecnica) e quelle del processo celebrato con l'intervento del difensore d'ufficio, sebbene con inosservanza delle disposizioni relative all'avviso (ed alla conseguente partecipazione) del difensore di fiducia erroneamente pretermesso.

L'opzione ermeneutica della "proliferazione" delle nullità assolute oltre i casi tassativamente contemplati dalle norme, estendendo l'intrinseca insanabilità del vizio oltre le reali ipotesi di "radicalità della patologia", contraddice l'essenza stessa del processo e ne compromette gli equilibri, aprendo il varco «alla opportunistica scelta delle parti sull'*an* e sul *quando* far valere l'invalidità in funzione del pronostico della decisione», in contraddizione con i canoni di economia ed efficienza processuali del principio costituzionale della ragionevole durata del processo, sancito dall'art. 111, secondo comma, ultimo inciso, Cost., il quale comporta, anche a carico della difesa, l'essenziale onere dell'esercizio dei relativi diritti «nelle forme e nei tempi stabiliti dalla legge».

5. Con decreto del 26 marzo 2015 il Primo Presidente disponeva l'assegnazione del ricorso alle Sezioni Unite, per l'esame del seguente quesito di diritto: *"Se l'omesso avviso dell'udienza al difensore di fiducia tempestivamente nominato dall'imputato o dal condannato integri una nullità assoluta o, invece, una nullità generale a regime intermedio, che può essere sanata ai sensi dell'art. 182, commi 2 e 3, cod. proc. pen., per effetto dell'acquiescenza del difensore d'ufficio e della decadenza della parte dal diritto di far valere l'invalidità"*.

Per la trattazione del ricorso veniva fissata l'odierna udienza in camera di consiglio.

6. Il 9 marzo 2015 l'avv. Giovanni Gentilini, nominato nel frattempo da Silvano Maritan quale proprio difensore di fiducia, depositava un'articolata memoria difensiva con la quale criticava gli argomenti illustrati dalla Prima Sezione nell'ordinanza di rimessione a sostegno della tesi della nullità generale a regime intermedio.

Contestava il rilievo preminente attribuito alla partecipazione all'udienza camerale di un difensore, a prescindere dal fatto che si tratti di quello di fiducia scelto dall'interessato o di quello designato d'ufficio dal giudice, attesa l'obiettiva diversa valenza di una nomina fiduciaria rispetto a quella effettuata d'ufficio, come del resto desumibile, dalla legislazione più recente (d.l. 21 febbraio 2005, n. 17, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 aprile 2005, n. 60).



In secondo luogo confutava il rilievo esclusivo attribuito alla sola assenza del difensore (sia esso di fiducia o di ufficio), nei casi in cui ne è obbligatoria la presenza, piuttosto che alla mancata partecipazione del legale specificamente designato dall'interessato, investito di un mandato fiduciario e onerato di obblighi ben più intensi e pregnanti, maggiormente idonei a garantire in maniera effettiva il diritto di difesa.

Osservava, inoltre, che la compressione del valore della funzione difensiva alla sola assenza o presenza in udienza offre una visione riduttiva costituzionalmente tutelato, insensibile a ciò che precede l'udienza stessa e che costituisce il logico presupposto del buon esito della stessa. E', dunque, evidente che nel concetto di assenza deve ricomprendersi l'antecedente logico della citazione. Non avrebbe, del resto, alcun senso la previsione di rimedi operanti su piani diversi a favore di soggetti (imputato, ricorrente, suo difensore), la cui regolare costituzione in giudizio è, invece, ugualmente indispensabile. L'omessa citazione del difensore scelto dall'interessato deve, pertanto, ritenersi assorbita dalla sua conseguente assenza, a fronte della quale deve operare la massima tutela anche alla luce del canone costituzionale di riferimento e di quello sovranazionale di fonte convenzionale.

In subordine prospettava questione di legittimità costituzionale dell'art. 179 cod. proc. pen. in riferimento agli artt. 24, secondo comma, e 117 Cost in relazione all'art. 6, par. 3, lett. c), della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. Il quesito sul quale le Sezioni Unite sono chiamate a pronunciarsi è il seguente: *"Se l'omesso avviso dell'udienza al difensore di fiducia tempestivamente nominato dall'imputato o dal condannato integri una nullità assoluta o, invece, una nullità generale a regime intermedio, che può essere sanata ai sensi dell'art. 182, commi 2 e 3, cod. proc. pen., per effetto dell'acquiescenza del difensore d'ufficio e della decadenza della parte dal diritto di far valere l'invalidità.*

2. Il Collegio preliminarmente osserva che la questione sottoposta al suo esame deve essere circoscritta al mancato avviso dell'udienza camerale all'avv. Andrea Ciurlo, nominato da Silvano Maritan quale proprio difensore di fiducia prima dell'emissione del decreto presidenziale di fissazione dell'udienza dinanzi al Tribunale di sorveglianza.



L'avviso al codifensore di fiducia, avv. Emanuele Fragasso, non era, infatti, dovuto, atteso che la relativa nomina era intervenuta dopo l'adozione del decreto di fissazione dell'udienza camerale. A tale riguardo deve essere ribadito il principio, già in precedenza affermato dalle Sezioni Unite di questa Corte, secondo cui l'avviso di fissazione dell'udienza deve essere effettuato al difensore di fiducia dell'imputato che rivestiva tale qualità all'atto della fissazione dell'udienza e non anche all'avvocato che acquisti solo successivamente tale veste, in quanto con l'emissione dell'avviso si cristallizza la situazione processuale relativa agli adempimenti di cancelleria (v. Sez. U, n. 8 del 06/07/1990, Scarpa, Rv. 185438; e, tra le altre, Sez. 6, n. 18360 del 24/02/2003, D'Ottavi, Rv. 225895; Sez. 5, n. 48088 del 08/11/2004, Stefanelli, Rv. 230511; Sez. 1, n. 19442 del 23/04/2008, Errante, Rv. 240289 in tema di procedimento di sorveglianza). Pertanto, in caso di nomina formalizzata successivamente alla notificazione dell'avviso di udienza, il difensore scelto dall'imputato ha il diritto di intervenire alla stessa, ma non di essere avvisato, spettando al suo assistito informarlo della relativa data (Sez. 6, n. 27059 del 27/05/2008, Skuqi, Rv. 240582 in tema di udienza di convalida; Sez. 1, n. 20788 del 03/03/2009, Romeo, Rv. 243676).

3. Il corretto inquadramento delle problematiche sottoposte all'esame del Collegio richiede una premessa.

L'art. 2, punto 96, della legge-delega 16 febbraio 1987, n. 81, impone nella fase di esecuzione, con riferimento ai provvedimenti concernenti le pene, «garanzie di giurisdizionalità» consistenti nella «necessità del contraddittorio e nell'impugnabilità dei provvedimenti».

Finalità del legislatore delegante è quindi il rispetto integrale – e senza possibilità di distinzioni tra le diverse misure – delle garanzie costituzionali del diritto di difesa e della tutela della libertà personale anche nella fase esecutiva della pena, in coerenza con il progetto rieducativo che questa sottende, nel porsi non più soltanto come giusta, ma anche come utile.

La natura sostanzialmente fiduciaria del permesso e il suo carattere di premialità progressiva non valgono tuttavia a consentire l'esclusione del beneficio dall'ambito della esecuzione, attesa l'ampia accezione che la delega conferisce a tale categoria, indistintamente richiamandovi «i provvedimenti concernenti le pene e le misure di sicurezza» (Corte cost., sentenze. n. 188 del 1990; n. 53 del 1993).

Ne consegue che la regola processuale non può difettare dei requisiti, posti come necessari, della *vocatio in ius*, dell'appagamento integrale dell'esigenza di



contraddittorio, dell'impugnabilità del provvedimento (Corte cost., sent. n. 53 del 1993).

Il carattere giurisdizionale sia dei procedimenti di concessione o diniego dei permessi premio sia della procedura del reclamo davanti al tribunale di sorveglianza (Corte cost., sentenze nn. 349 del 1993, 227 del 1995, 504 del 1995, 235 del 1996) comportano che l'autorità giudiziaria, nel decidere il detto reclamo, debba applicare il modulo operativo delineato dal combinato disposto degli artt. 666 e 678 cod. proc. pen., garantendo quindi il diritto di difesa e il contraddittorio.

4. Nell'ambito del procedimento di sorveglianza l'udienza costituisce il "baricentro", in quanto in tale fase procedimentale si sviluppa e si esaurisce tutta la dialettica probatoria. Nonostante la specificità del rito di sorveglianza rispetto a quello più generale dell'esecuzione e la peculiarità della "giurisdizione rieducativa", la regolamentazione del relativo procedimento è racchiusa in alcune norme di carattere generale, comuni anche al procedimento di esecuzione (artt. 666, commi 5 e 9, cui va aggiunto l'art. 185 disp. att. cod. proc. pen.), e in una sola disposizione dedicata (art. 678, comma 2, che impone l'acquisizione della documentazione nel caso di decisione riferita a soggetto sottoposto ad osservazione scientifica della personalità).

Mancando, quindi, una regolamentazione apposita della fase di maggior rilievo del procedimento di sorveglianza e risultando incompleta la stessa disciplina contenuta nell'art. 666 cod. proc. pen. (applicabile in virtù dell'espresso richiamo presente nell'art. 678, comma 1, cod. proc. pen.), è indispensabile, come osservato da autorevole dottrina, il ricorso ad una pluralità di fonti, opportunamente interpretate anche allo scopo di colmare inevitabili lacune.

Atteso che, come si evince dal combinato disposto degli artt. 678, comma 1, e 666, comma 3), l'udienza si svolge in camera di consiglio, il modello di riferimento è costituito dall'art. 127 cod. proc. pen.

Il codice di rito ha predisposto un modello generale di procedimento in camera di consiglio, descritto nell'art. 127 cod. proc. pen., la cui disciplina di base, diretta ad esaltare i profili di garanzia del contraddittorio orale mediante la partecipazione, eventuale, delle parti, sembra, in linea di principio, applicabile in ogni ipotesi di specie, ove non sia diversamente previsto. Nel caso in cui, quindi, in una disposizione di legge sia previsto che la decisione del giudice debba essere emessa "in camera di consiglio" e non sia diversamente stabilito, trovano applicazione *per relationem* la procedura e le forme di base stabilite dall'art. 127



(Sez. U, n. 26156 del 28/05/2003, Di Filippo, Rv. 224612-13). Innegabilmente all'interno del sistema – il quale spesso denuncia una tecnica legislativa frammentaria ed eterogenea – si atteggiano variamente, oltre al modello camerale tipico delineato dall'art. 127 cod. proc. pen., schemi procedurali atipici, a seconda del differente grado di garanzia del contraddittorio che in essi è assicurato. Nel caso in esame, l'art. 666, comma 4, cod. proc. pen. delinea un modello camerale a contraddittorio orale necessario, per il quale è prevista un'obbligatoria partecipazione all'udienza delle parti tecniche (pubblico ministero e difensore), mentre la partecipazione dell'interessato, per dichiarate ragioni organizzative, è soggetta alle regole fissate dai commi 3 e 4 dell'art. 127 cod. proc. pen.

5. Posta, quindi, l'obbligatorietà della partecipazione del difensore alla camera di consiglio che si celebra dinanzi al tribunale di sorveglianza, si tratta di stabilire quali conseguenze derivino dal mancato avviso di un'udienza camerale al difensore di fiducia, tempestivamente nominato dal condannato in data anteriore al provvedimento di fissazione dell'udienza, e dalla partecipazione all'udienza, ai sensi dell'art. 97, comma 4, cod. proc. pen., di un difensore immediatamente reperibile, in sostituzione di quello d'ufficio – nominato sulla base dell'erroneo presupposto della mancata scelta fiduciaria – ritualmente avvisato, che non eccepisca la nullità. Ciò che viene in rilievo è, pertanto, il "collegamento" tra omesso avviso al difensore di fiducia e la sua assenza nei casi in cui la presenza del difensore sia prevista dal legislatore come necessaria, al fine di valutare se l'ipotesi di nullità assoluta prevista dall'art. 179 cod. proc. pen. riguardi soltanto la celebrazione di un'udienza senza "alcun" difensore o, anche, quella dell'udienza svolta alla presenza di "altro" difensore, diverso da quello nominato dall'imputato e, per mero errore, non regolarmente avvisato. Si tratta in particolare di stabilire se "l'assenza" cui si riferisce la norma citata sia da riferire soltanto a chi "doveva essere presente perché nominato", ma non è stato avvisato.

6. Il Titolo VII del Libro I del codice di rito ha ridisegnato in maniera significativa la normativa generale sul difensore, quale soggetto del processo, mediante tredici articoli, tutti caratterizzati da una netta opzione in favore dell'indisponibilità della difesa tecnica, che si connota non solo come diritto, ma anche come garanzia di ordinamento, e racchiude distinti profili, tra loro complementari.



Alcune disposizioni declinano la difesa tecnica come diritto di disporre di un difensore, scelto liberamente dall'interessato o, in mancanza di designazione fiduciaria, nominato d'ufficio dal giudice (artt. 96, 97, comma 4, 102, 107, comma 4) che possa svolgere la sua attività con carattere di stabilità lungo l'intero arco del processo, finché duri il rapporto fiduciario sotteso alla sua nomina oppure – in caso di difensore d'ufficio – in base ai criteri oggettivi che presiedono alla sua individuazione. Vengono al riguardo in rilievo le seguenti disposizioni: art. 96, in tema di nomina; art. 107, comma 4, che attribuisce all'interessato facoltà di revoca in ogni momento; artt. 97, comma 4, e 102 relativi alla sostituzione del difensore; art. 97, comma 5, che sancisce l'immutabilità del difensore d'ufficio.

Altre norme delineano l'aspetto dinamico-funzionale della difesa tecnica, garantendo la sua effettività, agevolandone l'esercizio e tutelando la libertà del difensore (artt. 103, 105, 107 cod. proc. pen.). Sono riconducibili ai primi due profili gli artt. 97, cod. proc. pen., 26, comma 2, 28, 29, 30, 31 disp. att. cod. proc. pen., in tema di difesa d'ufficio, l'art. 99 cod. proc. pen., che estende al difensore le facoltà e i diritti riconosciuti dalla legge all'imputato, l'art. 106 cod. proc. pen., relativo all'incompatibilità della difesa di più imputati nello stesso procedimento, l'art. 108 cod. proc. pen., che assicura il diritto ad un termine a difesa per il nuovo difensore in caso di rinuncia, revoca, incompatibilità e abbandono, l'art. 104 cod. proc. pen., che regola i colloqui tra difensore e imputato (o indagato) detenuto, l'art. 105 cod. proc. pen., che configura come illecito disciplinare l'abbandono della difesa.

S'inquadrano nell'esigenza di tutela della libertà del difensore gli artt. 103 cod. proc. pen., in tema di libertà domiciliare, di corrispondenza o di documentazione difensiva, quali pre-condizioni di riservato svolgimento dell'attività difensiva, 105, commi 1-3, cod. proc. pen., che riserva ai Consigli dell'ordine forensi la cognizione degli illeciti disciplinari in tema di abbandono o rifiuto della difesa, l'art. 107 cod. proc. pen., che assicura al difensore nominato di fiducia la facoltà di non accettare l'incarico e, una volta accettato, di rinunciarvi.

Il complesso delle disposizioni sinora richiamate è accomunato da una trama unitaria, ossia la configurazione della difesa tecnica come un diritto che non soffre, in linea di principio, alcuna limitazione in rapporto alle fasi procedurali e che si atteggia, in primo luogo, come libertà di scegliere un difensore di fiducia.



7. Una conclusione del genere è avvalorata dalla lettura logico-sistematica degli artt. 96 e 97 cod. proc. pen. che regolano la difesa tecnica, il ruolo e la funzione del difensore.

L'art. 96, che precede significativamente l'altro, nel disciplinare l'atto di investitura del difensore di fiducia, delinea quale paradigma normativo la libera scelta dell'avvocato da parte dell'imputato. L'art. 97, comma 1, a sua volta, prevede la designazione del difensore d'ufficio solo in via residuale, qualora l'imputato non abbia nominato un difensore di fiducia o ne sia «rimasto privo» (v. art. 96, comma 1, riferito ai casi di definitiva cessazione dell'assistenza fiduciaria per revoca, rinuncia, morte, ecc.) e, in tale ottica, stabilisce che essa avvenga o per effetto di un provvedimento dell'autorità giudiziaria o, in taluni casi, della sua collocazione in appositi elenchi e della individuazione all'interno di essi. Il ricorso al difensore d'ufficio interviene, quindi, quando l'imputato non ne ha nominato uno di fiducia o ne è rimasto privo (commi 1 e 3). La previsione segnala, quindi, la sussidiarietà della difesa d'ufficio, considerato che essa opera subordinatamente all'assenza di un'opzione fiduciaria e che la presenza del difensore d'ufficio si pone non quale alternativa, bensì come ipotesi subordinata alla reale mancanza del difensore di fiducia (Sez. U, n. 39414 del 30/10/2002, Arrivoli, Rv. 222554; Sez. U, n. 41280 del 17/10/2006, Clemenzi, Rv. 234905; Sez. U, n. 39060 del 16/07/2009, Aprea, Rv. 244187) o al suo venire meno. Tale carattere è ribadito dalla regola secondo cui la difesa d'ufficio cessa quando la parte nomina un professionista di sua scelta.

In coerenza con questa impostazione sistematica, l'art. 97, comma 4, nel pieno rispetto del principio di immutabilità della difesa (Sez. U, n. 22 del 11/11/1994, Nicoletti, Rv. 199398; Sez. U, n. 35402 del 09/07/2003, Mainente, Rv. 225362), limita la possibilità di designare come sostituto un difensore immediatamente reperibile ai soli casi – specificamente indicati e insuscettibili di interpretazione estensiva – in cui il legale dell'imputato non è stato reperito, non è comparso o ha abbandonato la difesa o a fattispecie che presuppongono un avviso regolarmente dato. La *ratio* dell'art. 97 cod. proc. pen. non risiede soltanto nell'esigenza di adempiere ad un presupposto "formale" previsto dal legislatore per la regolarità di molti passaggi procedurali, ma nella necessità di assicurare l'effettività del diritto di difesa (Corte cost., ord. n. 219 del 2004; sent. n. 148 del 2005). Anche la disciplina contenuta nelle disposizioni di cui agli artt. 28 e 29 disp. att. cod. proc. pen. – riguardanti, rispettivamente, gli obblighi di comunicazione "senza ritardo" del nominativo del difensore, da parte dell'autorità giudiziaria all'imputato e i criteri di individuazione dei professionisti



nominabili – sono espressione del suddetto principio di effettività che deve caratterizzare anche la difesa d'ufficio.

Con specifico riguardo al difensore di fiducia, la nomina di un sostituto si giustifica con il fatto che la mancata comparizione non può far presumere di per sé, in assenza di altri elementi obiettivi di segno contrario, la cessazione del rapporto fiduciario. In difetto di revoca del difensore di fiducia, resta ferma la titolarità del diritto di difesa dell'avvocato originariamente scelto dall'imputato che, una volta cessata la situazione che aveva dato luogo alla sostituzione, riprende il suo ruolo automaticamente (Sez. 2, n. 47978 del 19/11/2004, Elia, Rv. 231278; Sez. 3, n. 26076 del 13/03/2007, Shehu, Rv. 237201).

L'introduzione della figura del sostituto del difensore d'ufficio è anch'essa ispirata al medesimo principio di immutabilità della difesa.

Il tenore letterale e logico-sistematico dell'art. 97, comma 4, rende, quindi, evidente che tutte le ipotesi di sostituzione da esso disciplinate presuppongono, in ogni caso, un regolare avviso e che una sostituzione effettuata in assenza delle condizioni di legge è illegittima, in quanto, da un lato, confligge con il principio d'immutabilità della difesa e, dall'altro, pregiudica l'attività preparatoria della difesa, imprescindibile in un processo di parti.

8. Alla stregua delle argomentazioni sinora svolte deve essere affermato il seguente principio di diritto: *"La nomina di un sostituto processuale del difensore di fiducia scelto dall'imputato o del difensore d'ufficio designato dal giudice presuppone un regolare avviso ai titolari del diritto di difesa ed è consentita solo nelle ipotesi tassativamente elencate dall'art. 97, comma 4, cod. proc. pen."*

9. Nel caso in esame, la designazione, da parte del Presidente del Tribunale di sorveglianza di Torino, dell'avv. Michela Malerba quale difensore d'ufficio di Silvano Maritan è illegittima per assenza dei presupposti stabiliti dall'art. 96, comma 1, cod. proc. pen., avendo il detenuto scelto, quale suo difensore di fiducia, l'avv. Andrea Ciurlo con dichiarazione espressa apposta in calce all'atto di reclamo.

E', altresì, illegittima, per assenza della precondizione del regolare avviso al difensore di fiducia, tempestivamente nominato, della data di celebrazione dell'udienza camerale dinanzi al Tribunale di sorveglianza, nonché del presupposto per la nomina di un sostituto processuale ai sensi dell'art. 97, comma 4, cod. proc. pen.



10. Posto che anche nei procedimenti camerali partecipati di esecuzione e di sorveglianza trovano applicazione le comminatorie di nullità di ordine generale e quelle di carattere assoluto, rilevabili d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento, concernenti l'intervento e l'assistenza dell'imputato ovvero l'assenza del suo difensore, si tratta di stabilire se la nullità verificatasi nel caso in esame abbia carattere assoluto o, invece, intermedio, con conseguente sanatoria ex art. 182 cod. proc. pen. per effetto dell'acquiescenza difensiva e della decadenza della parte dal diritto di far valere l'invalidità.

Sulla questione si registra un contrasto interpretativo.

10.1. Un primo orientamento ritiene che possa parlarsi di assenza della difesa tecnica non solo nei casi in cui all'udienza non partecipi alcun difensore (sia esso di fiducia o di ufficio), ma anche qualora il difensore, non presente in quanto non avvisato, venga sostituito dal difensore d'ufficio. Non esiste, infatti, equipollenza tra il difensore di fiducia e quello d'ufficio, non potendosi privare la persona interessata del diritto di scegliere un avvocato di sua fiducia e di preparare tempestivamente la sua difesa.

Pertanto la nullità assoluta derivante dal mancato avviso dell'udienza al difensore di fiducia, ai sensi del combinato disposto degli artt. 179, comma 1, e 178, comma 1, lett. c), cod. proc. pen., non può essere sanata dall'intervento del difensore d'ufficio (tra le più recenti, Sez. 3, n. 6240 del 14/01/2009, Plaka, Rv. 242530; Sez. 1, n. 43095 del 11/11/2011, Mastrone, Rv. 250997; Sez. 3, n. 46714 del 11/10/2012, Ermonsele, Rv. 253873; Sez. 4, n. 7968 del 06/12/2013, dep. 2014, Di Mattia, Rv. 258615, Sez. 1, n. 20449 del 16/05/2014, Zambon, Rv. 259614; Sez. 1, n. 6392 del 05/11/2014, dep. 2015, Di Palma, n.m.).

10.2. Un diverso indirizzo, valorizzando il tenore letterale dell'art. 179 cod. proc. pen. e, in particolare, l'espressione "assenza del suo difensore" ivi contenuta, argomenta che la disposizione in esame fa riferimento indistinto e promiscuo tanto al difensore d'ufficio che a quello di fiducia e che, in tale ottica, l'assenza rilevante è quella del professionista che assicura la difesa tecnica, a prescindere dalla specifica qualità che egli riveste, atteso che, nel disegno del codice, le due figure sono equiparate e riconducibili ad una figura unitaria. Si osserva, inoltre, che il difensore di fiducia e quello d'ufficio hanno gli stessi diritti e doveri e che ambedue devono tutelare l'intera situazione processuale e sostanziale dell'assistito nel superiore interesse del ministero difensivo. Anche il difensore d'ufficio ha l'obbligo di assolvere con diligenza minima i suoi doveri istituzionali ed è, pertanto, tenuto a verificare l'omessa citazione del difensore di fiducia (Sez. 2, n. 36 del 23/11/2004, dep. 2005, Medile, Rv. 230225; Sez. 2, n. 34617 del 14/07/2009, Pellegrino, Rv. 245242).



Si aggiunge che, in relazione all'inosservanza delle disposizioni delle disposizioni concernenti l'avviso al difensore di fiducia dell'imputato e la sua partecipazione all'udienza manca una specifica previsione sanzionatrice (Sez. 5, n. 2317 del 18/02/1997, Santoro, Rv. 207011). Ne consegue che, se pacificamente l'invalidità in parola è riconducibile nel novero di quelle contemplate dall'art. 178, comma 1, lett. c), cod. proc. pen., in quanto ricorre l'inosservanza delle disposizioni concernenti l'assistenza dell'imputato, il principio di tassatività, stabilito dall'art. 177, comma 1, cod. proc. pen. osta alla ulteriore qualificazione della suddetta nullità generale come assoluta.

10.3. Il Collegio ritiene di aderire al primo dei due orientamenti esegetici, per le ragioni di seguito esposte.

11. Alla distinzione delle tipologie di nullità dell'atto processuale incentrata sulla tecnica di previsione normativa della sanzione si accompagna una diversità dei rispettivi regimi di trattamento che, delineando i diversi livelli di incidenza del vizio dell'atto sul procedimento in corso, esprime la rilevanza dell'interesse che la comminatoria di nullità tende a salvaguardare. Esiste, quindi, un preciso nesso tra scelte legislative in tema di sanzioni derivanti dall'inosservanza dei precetti che regolano le modalità di esercizio delle prerogative processuali e principi costituenti il cardine dell'ordinamento processuale.

Il codice di rito prevede una tripartizione delle nullità in assolute, a regime intermedio, relative, in base ad un ordine decrescente di gravità del vizio che si riflette sulla possibilità di sanatoria e sui limiti temporali di incidenza sul procedimento in corso. Per ciascuna ipotesi di nullità legislativamente prevista si pone, quindi, il problema della sussumibilità in una delle tre categorie al fine di stabilire il relativo trattamento.

Gli artt. 178, 179, 180, 181 cod. proc. pen. delineano un percorso interpretativo basato su passaggi logici consequenziali. Laddove la disposizione violata manchi di un esplicito riferimento al regime della nullità derivante dalla sua trasgressione, la sua riconducibilità all'ambito regolato dagli artt. 178 e 179 cod. proc. pen. circoscrive il campo d'indagine alle nullità di tipo assoluto o intermedio. Qualora, invece, la norma non contempli una nullità di tipo assoluto come conseguenza della sua inosservanza e la stessa non sia inquadrabile nell'ambito degli artt. 178 e 179 cod. proc. pen., la sanzione comminata dalla legge deve intendersi assoggettata al regime regolato, per le nullità relative, dall'art. 181 cod. proc. pen.

I tratti distintivi delle nullità assolute sono costituiti dalla insanabilità del vizio e dalla sua rilevabilità in ogni stato e grado del procedimento. Con riguardo



al primo aspetto, la difformità tra modello astratto di riferimento ed atto compiuto è così radicale da precludere l'operatività di una delle sanatorie generali o speciali previste dagli artt. 183 e 184 cod. proc. pen. In relazione al secondo profilo, l'insanabilità del vizio trova il suo limite preclusivo nel perfezionarsi del giudicato, pur se con alcuni temperamenti (art. 627, comma 4, che preclude, nel giudizio di rinvio, la rilevabilità delle nullità intervenute nelle precedenti fasi procedimentali; art. 129 cod. proc. pen. che, in presenza di una causa estintiva del reato e di una nullità processuale, impone al giudice precedente di attribuire prevalenza alla prima, salvo che la sua operatività non presupponga specifici accertamenti e valutazioni riservate al giudice di merito).

Le ipotesi di nullità prefigurate nell'art. 178, comma 1, lett. c), cod. proc. pen., cui l'art. 179 cod. proc. pen. ascrive il carattere di absolutezza, riguardano l'omessa citazione dell'imputato o l'assenza del suo difensore nei casi in cui ne è obbligatoria la presenza. A quest'ultimo proposito si osserva che la corretta perimetrazione della previsione normativa comporta la ricognizione delle ipotesi in cui il codice di rito richiede che il compimento di determinate attività di rilievo processuale avvengano inn forma assistita o partecipata. Devono, infatti, escludersi dall'ambito di operatività della previsione legislativa i casi in cui la legge, pur connotando di obbligatorietà l'avviso al difensore, rimette alla discrezionalità di quest'ultimo la scelta di essere presente o meno.

12. Da un punto di vista letterale e logico-sistematico, il concetto di "assenza", che ricorre nell'art. 179, comma 1, cod. proc. pen., si riferisce alla situazione dell'avvocato che dovrebbe essere presente e non lo è e, quindi, del difensore già nominato la cui mancata partecipazione è ascrivibile all'omissione dell'avviso a lui dovuto.

L'altro dato testuale ("suo difensore"), presente nella medesima disposizione di legge, evoca la preesistenza di un rapporto finalizzato ad assicurare la difesa tecnica all'interessato - a prescindere dalla circostanza che si tratti di una nomina fiduciaria o di una designazione officiosa - che funge da parametro di riferimento per verificare la legittimità del progresso *iter* procedimentale. Pertanto la nullità assoluta prevista dall'art. 179, comma 1, cod. proc. pen. non concerne soltanto l'assoluta mancanza di difesa tecnica, ma si riferisce anche alla partecipazione all'espletamento dell'atto di un difensore diverso da quello di fiducia o d'ufficio, che sia rimasto assente per non essere stato avvisato nei modi stabiliti dalla legge. Non pertinenti appaiono, quindi, in proposito le considerazioni svolte sul punto nell'ordinanza di rimessione.



Come in precedenza ricordato, lo stesso art. 97, comma 4, cod. proc. pen., in coerenza con il principio di immutabilità della difesa, limita la possibilità di designare come sostituto un difensore immediatamente reperibile ai soli casi in cui il legale dell'imputato non sia stato reperito, non sia comparso, abbia abbandonato la difesa o a fattispecie che presuppongono un avviso regolarmente dato. Pertanto, in presenza di una pregressa e tempestiva nomina fiduciaria che non sia stata erroneamente tenuta presente dal giudice ai fini del prescritto avviso di fissazione dell'udienza, non è consentito ovviare alla mancata inderogabile presenza dell'avvocato, causata dall'omissione di tale adempimento obbligatorio, mediante la nomina di un difensore d'ufficio e, in caso di assenza di quest'ultimo, di un avvocato immediatamente reperibile ai sensi dell'art. 97, comma 4, cod. proc. pen.

Una diversa prospettazione ermeneutica non soltanto violerebbe il combinato disposto degli artt. 96 e 97, comma 4, cod. proc. pen., ma consentirebbe all'autorità giudiziaria di sostituirsi all'imputato, in palese violazione dei principi fondamentali in tema di diritto di difesa, nella scelta di un avvocato compiuta dall'imputato (Sez. 6, n. 18725 del 03/05/2001, Desiderato, Rv. 219502; Sez. 3, n. 26076 del 13/03/2007, Shehu, Rv. 237201; Sez. 1, n. 24091 del 26/05/2009, Spano, Rv. 244031; Sez. 1, n. 40817 del 14/10/2010, Devcic, Rv. 248465).

13. Non si può, d'altra parte, ritenere che, ai fini del rispetto del dettato normativo, sia comunque sufficiente la presenza di un qualsiasi legale, anche a prescindere dalle specifiche opzioni dell'interessato, e che esista piena equipollenza tra il difensore di fiducia e quello d'ufficio.

Questa tesi confligge con i consolidati principi espressi dalla giurisprudenza di questa Corte in tema di notificazioni (art. 157, comma 8-*bis*, cod. proc. pen., così come modificato dall'art. 2, comma 1, d.l. 21 febbraio 2005, n. 17, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 aprile 2005, n. 60) e di restituzione nel termine per impugnare una sentenza contumaciale (art. 175, comma 2, cod. proc. pen., nella versione antecedente alle modifiche introdotte dall'art. 11 della legge 28 aprile 2014, n. 67).

Si è, infatti, affermato che l'introduzione del comma 8-*bis* nell'art. 157 cod. proc. pen. ha comportato che, ai fini della conoscenza effettiva dell'atto, la sola notificazione al difensore di fiducia è del tutto equiparabile alla notifica effettuata all'imputato personalmente e che la suddetta modifica normativa valorizza ulteriormente il ruolo del difensore di fiducia, differenziandolo da quello del difensore d'ufficio, e rafforza gli obblighi, su di lui già gravanti in base alla



normativa pregressa e al codice deontologico, di portare effettivamente a conoscenza dell'assistito tutti gli atti processuali che lo riguardano, pur se non domiciliatario. La citata equiparazione, lungi dal ridursi ad una mera *factio iuris*, è ampiamente giustificata dalla natura e dalla sostanza del rapporto professionale che intercorre tra l'avvocato difensore nominato di fiducia e l'imputato, il quale proprio nel momento in cui dà il mandato al professionista con riguardo ad uno specifico procedimento, dimostra (o conferma) di essere effettivamente a conoscenza dello stesso. Anche successivamente alla nomina, il perdurante rapporto professionale intercorrente tra l'imputato e il suo difensore di fiducia consente al primo di mantenersi informato sugli sviluppi del procedimento e di concordare con il legale le scelte difensive ritenute più idonee (Sez. U, n. 41280 del 18/12/2006, Clemenzi, Rv. 234905; e, tra le altre, Sez. 1, n. 8232 del 07/02/2006, Zine, Rv. 233417; Sez. 1, n. 16002 del 10/05/2006, Latovic, Rv. 233615; Sez. 1, n. 32678 del 12/07/2006, Somogyi, Rv.235035-36). Si è, in tal modo, riconosciuto al rapporto professionale "fiduciario" nel senso più rigoroso del termine un rilievo specifico con riguardo all'esigenza di conoscenza effettiva del processo

Parallelamente si è progressivamente delineata l'intrinseca debolezza delle "presunzioni di conoscenza" sottese alle notificazioni eseguite, ai sensi degli artt. 161, comma 4, 169 e 165 cod. proc. pen. al difensore d'ufficio dell'imputato processato in contumacia, in quanto irreperibile o latitante, con la conseguenza che tali notificazioni non sono di per sé idonee a dimostrare l'effettiva conoscenza del procedimento o del provvedimento da parte dell'imputato, salvo che dagli atti non emerga in altro modo la conoscenza o che non si dimostri che il difensore d'ufficio è riuscito a stabilire un effettivo rapporto professionale con il suo assistito (*ex plurimis*, Sez. 1, n. 3746 del 16/01/2009, Del Duca, Rv. 242535; Sez. 5, n. 24707 del 31/03/2010, Gallo, Rv. 248472; Sez. 6, n. 19781 del 05/04/2013, Rv. 256229; Sez. 4, n. 8104 del 15/11/2013, dep. 2014, Djordjevic, Rv. 259350).

In adesione a questi principi la Corte costituzionale, investita da questa Corte, della questione di legittimità costituzionale dell'art. 175, comma 2, cod. proc. pen. (come sostituito dall'art. 1 d.l. n. 17 del 2005) in riferimento agli artt. 24, 111, primo comma, e 117, primo comma, Cost. in relazione all'impugnazione proposta dalla persona condannata in contumacia dopo che già il difensore d'ufficio aveva inutilmente proposto il gravame avverso la medesima sentenza, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 175, comma 2, cod. proc. pen., nella parte in cui non consentiva la restituzione dell'imputato, che non avesse avuto effettiva conoscenza del procedimento o del provvedimento, nel termine

per proporre impugnazione contro la sentenza contumaciale, nel concorso delle ulteriori condizioni indicate dalla legge, quando analoga impugnazione era stata proposta in precedenza dal difensore (Corte cost., sent. n. 317 del 2009).

Con un'altra importante pronunzia la Corte costituzionale ha posto in luce, sia pure in un quadro di riferimento ormai in parte mutato, alcuni profili problematici in tema di effettività della difesa d'ufficio con specifico riguardo all'assenza di adeguate garanzie e di meccanismi di controllo circa la specifica professionalità, dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 8, comma 2, ultimo periodo, del r.d.l. 27 novembre 1933, n. 1578, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 gennaio 1934, n. 36 (Ordinamento delle professioni di avvocato e procuratore), così come modificato dall'art. 1 della legge 24 luglio 1985, n. 406 (Modifiche alla disciplina del patrocinio davanti al pretore), dall'art. 10 della legge 27 giugno 1988, n. 242 (Modifiche alla disciplina degli esami di procuratore legale) e dall'art. 246 d.lgs. 19 febbraio 1998, n. 51 (Norme in materia di istituzione del giudice unico di primo grado) «nella parte in cui prevede che i praticanti avvocati possano essere nominati difensori d'ufficio». (Corte cost., sent. n. 106 del 2010).

14. La Corte europea dei diritti dell'uomo ha chiaramente evidenziato come manchi nell'ordinamento italiano una disciplina che obblighi l'autorità giudiziaria procedente, che ha designato il difensore d'ufficio, ad intervenire a fronte di carenze manifestate dal legale nello svolgimento dell'incarico (Corte EDU, 13/05/1980, Artico c. Italia; 09/04/1984, Goddi c. Italia). Il codice di rito non prevede forme di intervento e di controllo sulle carenze dell'esercizio del mandato difensivo del legale nominato d'ufficio, con evidente ricadute sulla finalità sottesa alla previsione contenute nell'art. 97 cod. proc. pen., di assicurare l'effettività del diritto di difesa, condizione necessaria, secondo la giurisprudenza sovranazionale, per il rispetto dei principi contenuti nell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, e per un effettivo contraddittorio fra le parti (Corte EDU, 27/04/2006, Sannino, c. Italia)

15. Non appare neppure calzante l'osservazione, presente nell'ordinanza di rimessione, secondo cui il difensore d'ufficio, al pari di quello di fiducia, ha il dovere di preparare adeguatamente la difesa e che, comunque, la legge riconosce al difensore d'ufficio il «diritto ad un termine congruo» per l'adempimento del suo ministero (art. 108, comma 1, cod. proc. pen.).

Un'efficace ed effettiva assistenza tecnica, intesa come il complesso di diritti, di poteri e di facoltà che le singole norme processuali attribuiscono al



soggetto preposto alla difesa, presuppongono lo studio e la conoscenza degli atti del procedimento in cui deve esplicitarsi l'attività professionale dell'avvocato e un'attività preparatoria della difesa stessa. Queste condizioni non ricorrono qualora, pur in presenza di una nomina fiduciaria ritualmente e tempestivamente effettuata dall'interessato, il giudice, trascurando questo imprescindibile dato processuale, proceda irritualmente alla designazione di un avvocato d'ufficio e, a seguito della sua mancata comparizione all'udienza che richiede la partecipazione obbligatoria del difensore, incarichi irritualmente come sostituto, ex art. 97, comma 4, cod. proc. pen., un difensore «prontamente reperito».

In tale caso viene ad essere leso il diritto dell'imputato di scegliere le modalità della propria difesa riconosciuto anche dall'art. 6, comma 3, lett. c), della Convenzione europea dei diritti dell'uomo che sancisce espressamente il diritto dell'imputato ad avere un «difensore di sua scelta» (*tout accusé a droit notamment a: [...] c) se défendre lui-même ou avoir l'assistance d'un défenseur de son choix*).

La Corte costituzionale ha, inoltre, costantemente ribadito l'inapplicabilità della previsione contenuta nell'art. 108 cod. proc. pen. nel caso di sostituzione temporanea dell'incarico, tenuto conto della sua connotazione temporanea e della persistenza della titolarità in capo al difensore, originariamente nominato di fiducia o designato d'ufficio (sentenze n. 450 del 1997, n. 162 del 1998, n. 17 del 2006).

Tale approdo ermeneutico deve essere, a sua volta, letto alla luce dei principi enunciati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo la quale ha affermato che il diritto ad una difesa d'ufficio effettiva può ritenersi soddisfatto solo qualora al difensore sia concesso un termine congruo, tale, cioè, da consentirgli di approntare una difesa adeguata e che, diversamente, si configura una violazione del diritto di difesa tutte le volte in cui l'autorità giudiziaria non abbia disposto, dopo la nomina del difensore in udienza, un rinvio o una sospensione (Corte EDU, 09/04/1984, Goddi c. Italia; 21/04/1998, Daud c. Portogallo).

In tale contesto, la riaffermazione del valore assoluto e imprescindibile del diritto all'assistenza tecnica, che non si riduca all'adempimento di una mera formalità, rappresenta uno strumento per inverare i principi del giusto processo e, in particolare, per rendere effettivo il contraddittorio e garantire la parità fra le parti anche nella prospettiva della tutela dell'interesse della collettività al corretto svolgimento del processo.

16. Non appaiono evocabili, al fine di suffragare un diverso tipo di interpretazione, altri tre tipi di argomenti.



Contrariamente a quanto sostenuto dall'indirizzo da cui si dissente, la precedente decisione di queste Sezioni Unite (Sez. U, n. 2 del 26/03/1997, Procopio, Rv. 208269) ha affermato solo come *obiter dictum* ed in maniera meramente assertiva il principio di diritto secondo il quale «il mancato avviso al difensore di fiducia nominato tempestivamente [...] produce la nullità generale a regime intermedio di cui all'art. 178 lett. c) cod. proc. pen.» nell'ambito di una pronunzia concernente l'interrogatorio di garanzia e la questione dell'efficacia della nomina di un difensore di fiducia effettuata ai sensi dell'art. 123 cod. proc. pen. Esso, pertanto, non può essere assunto come paradigma interpretativo degli artt. 179 e 178, comma 1, lett. c), cod. proc. pen. sia per tale ragione di metodo sia perché, in ogni caso, non condivisibile alla luce delle considerazioni sin qui svolte.

Inoltre, se è indubbio che il principio di tassatività delle nullità implica il divieto di applicazione analogica e di interpretazione estensiva, precludendo all'interprete la possibilità di individuare ulteriori ipotesi di nullità al di fuori di quelle derivanti dal quadro normativo, è altrettanto indiscutibile che tale principio va inteso secondo una logica bidirezionale, nel senso che lo stesso, oltre a vietare al giudice declaratorie di nullità non espressamente derivanti dalla legge, preclude anche la disapplicazione della sanzione, laddove prevista dal legislatore.

Infine, la ragionevolezza dei tempi del processo non può costituire un parametro assoluto per giustificare, in nome dell'efficienza, la compressione di alcune garanzie fondamentali dell'imputato. Esso deve essere, infatti, temperato con le esigenze di tutela di altri diritti e interessi costituzionalmente rilevanti nel processo penale quale, appunto, il diritto di difesa. In prospettiva sovranazionale, i diritti garantiti da norme costituzionali, quali il diritto di difesa e quello al contraddittorio, «risentono dell'effetto espansivo dell'art. 6 della Corte europea dei diritti dell'uomo e della corrispondente giurisprudenza della Corte di Strasburgo» e tale «incremento di tutela» esplicita e arricchisce il contenuto dei diritti garantiti dalla Costituzione (Corte cost., sent. n. 399 del 2001).

17. Sulla base delle considerazioni sinora svolte è possibile concludere che, nel procedimento di sorveglianza, la mancata notifica al difensore di fiducia – del quale è necessaria la partecipazione e, perciò, obbligatoria la presenza – dell'avviso di udienza in camera di consiglio determina una nullità di ordine generale, assoluta e insanabile dell'udienza, nondimeno tenuta in presenza del difensore d'ufficio, e degli atti successivi, compresa l'ordinanza conclusiva, ai sensi degli artt. 178, comma 1, lett. c) e 179 cod. proc. pen., in quanto la



nomina fiduciaria non può essere surrogata dalla designazione *ex officio* da parte del giudice di un altro avvocato, di cui è irrilevante l'assistenza effettiva.

Deve, conclusivamente, affermarsi il seguente principio di diritto: "*L'omesso avviso dell'udienza al difensore di fiducia tempestivamente nominato dall'imputato o dal condannato integra una nullità assoluta ai sensi degli artt. 178, comma 1, lett. c), e 179, comma 1, cod. proc. pen.*".

18. Per tutte le considerazioni sinora svolte, s'impone, quindi, l'annullamento senza rinvio dell'ordinanza impugnata con conseguente trasmissione degli atti al Tribunale di sorveglianza di Torino.

P.Q.M.

Annulla senza rinvio l'ordinanza impugnata, e dispone la trasmissione degli atti al Tribunale di sorveglianza di Torino.

Così deciso il 26/03/2015.

Il Componente estensore

Margherita Cassano



Il Presidente

Giorgio Santacroce



SEZIONI UNITE PENALI

Depositato in Cancelleria

il 10 GIU. 2015



Il Funzionario Giudiziario

Leonardo SACRIPANTI

