

Osservatorio sulla Corte di cassazione

Impugnazioni

La decisione

Impugnazioni - Ricorso per Cassazione - G.i.p. - Richiesta di archiviazione - Imputazione - Avviso fissazione udienza (C.p.p. 409, co. 5, 179, co. 1, 406, 127).

È inammissibile l'impugnazione proposta con ricorso per cassazione dall'indagato avverso il provvedimento del giudice delle indagini preliminari che non accolga la richiesta di archiviazione e disponga la formulazione dell'imputazione ex art. 409, co. 5, c.p.p. anche in caso di omesso avviso all'indagato della fissazione dell'udienza camerale.

CASSAZIONE PENALE, SEZIONE SECONDA, 21 marzo 2017 (ud. 17 febbraio 2017) - CAMMINO, *Presidente* - ARIOLLI, *Relatore* - LORI, *P.G. (diff.)*, E. A., *ricorrente*.

Ordine di imputazione e violazione del contraddittorio: gli incerti itinerari della Corte di cassazione ed i conflitti irrisolti

1. La questione oggetto del ricorso

Con la sentenza in esame la Cassazione torna ad affrontare il tema dell'impugnabilità del provvedimento con cui il G.I.P., disattesa la richiesta di archiviazione, disponga la formulazione dell'imputazione.

In particolare, nel caso oggetto del ricorso, l'avviso dell'udienza camerale fissata per deliberare la richiesta di archiviazione non era stato notificato all'indagato.

Per tale motivo, l'ordinanza conclusiva del procedimento incidentale resa ai sensi dell'art. 409, co. 5, c.p.p., era stata impugnata dalla persona sottoposta alle indagini con ricorso per Cassazione, sul presupposto della consumata violazione del contraddittorio per la sua mancata partecipazione all'udienza.

2. La tesi della sentenza

2.1. Secondo la sentenza in commento, salvo il caso dell'abnormità, è inammissibile il ricorso per Cassazione dell'indagato avverso il provvedimento che ordini l'imputazione coatta.

Ed infatti, sostiene la Corte, l'unico soggetto legittimato ad impugnare sarebbe il pubblico ministero in quanto, nel procedimento di archiviazione, il rapporto che si instaura riguarda direttamente il g.i.p. ed il p.m.

Inoltre, nelle disposizioni in tema di archiviazione (il riferimento, come è noto, è l'art. 409, co. 6, c.p.p.) non è dato ricavare espressamente la facoltà di

impugnazione del provvedimento in esame, ma solo della ordinanza di archiviazione.

2.2. Peraltro, pur dando atto dell'esistenza di un diverso e contrario orientamento giurisprudenziale sul punto, la sentenza in commento ha escluso la necessità di rimettere il ricorso alle Sezioni unite.

Ad avviso della Suprema corte, l'omesso avviso all'indagato della data fissata per l'udienza camerale è causa di una nullità di ordine generale a regime intermedio e non di una nullità assoluta *ex art. 179 c.p.p.* (dovendosi intendere il riferimento operato alla citazione dall'art. 179, co. 1, all'atto introduttivo del "giudizio").

Di talché, poiché nel caso di specie la camera di consiglio era stata preceduta dal deposito di memoria difensiva a firma del difensore dell'indagato e si era celebrata con la presenza del sostituto del difensore stesso (che nulla aveva rilevato in ordine alla notifica), la nullità sarebbe stata sanata. Per il che, conclude la Corte, anche laddove si ritenesse ammissibile il ricorso, nel caso in esame vi sarebbe carenza di interesse, in quanto l'impugnazione sarebbe volta a far valere una nullità che sarebbe invece sanata.

2.3. La soluzione adottata dalla sentenza, espressa attraverso un percorso logico lineare, appare tuttavia priva della necessaria persuasività, risultando invero non del tutto condivisibile, sia con riguardo alla specifica questione oggetto del ricorso (impugnabilità del provvedimento che ordini l'imputazione coatta), che con riferimento al tema dell'invalidità processuale derivante dall'omesso avviso all'indagato della data fissata per l'udienza camerale.

3. Critica della sentenza

3.1. Scomponendo, per esigenze espositive, l'articolato ragionamento della Corte, un primo argomento da esaminare riguarda l'esegesi del dato normativo processuale.

In proposito si può osservare che la disposizione dell'art. 409, co. 6, c.p.p. (secondo cui, "l'ordinanza di archiviazione è ricorribile per cassazione solo nei casi di nullità previsti dall'art. 127, co. 5") ha una struttura sintattica semplice, che non genera ambiguità espressiva.

Appare, quindi, in contrasto con il senso lessicale dei vocaboli e con la locuzione utilizzata dal legislatore (in particolare con la posizione dell'avverbio "solo") la tesi secondo cui sarebbe impugnabile la sola ordinanza di archiviazione.

Inoltre, anche a prescindere dall'ontologia della disposizione, si deve osservare che il co. 2 dell'art. 409 richiama espressamente le forme dell'art. 127 (e dunque anche le cogenti previsioni in tema di avvisi, di comunicazione degli avvisi e, a maggior ragione, di sanzioni previste in caso di inosservanza).

A tal riguardo, una lettura sistematica della disposizione in esame sembra attribuire al suddetto rinvio al modello del procedimento camerale, il fine di contemperare il principio di tassatività delle impugnazioni¹ (art. 568 c.p.p.).

Pertanto, ricadendo la fattispecie in esame nell'ambito di applicazione della norma generale sul procedimento camerale, si è ritenuto che l'omesso avviso all'indagato della fissazione dell'udienza camerale, conseguente all'opposizione della persona offesa alla richiesta di archiviazione, determina la nullità dell'ordinanza del GIP conclusiva del procedimento camerale; nullità che è deducibile con il ricorso per cassazione, ai sensi dell'art. 127, co. settimo c.p.p.².

3.2. Alle medesime conclusioni esegetiche si perviene applicando il criterio logico finalistico.

Lo scopo della disposizione sembra quello di limitare i casi di ricorso per Cassazione avverso l'ordinanza di archiviazione, implicitamente escludendo la proponibilità di censure per difetti della motivazione o per interpretazione della legge³.

Ed infatti, nella sistematica del codice di rito, il destinatario della previsione di cui all'art. 409, co. 6, non è l'indagato (che non ha interesse a impugnare il provvedimento di archiviazione); né tanto meno il pubblico ministero (la cui richiesta di archiviazione risulterebbe accolta).

L'epistemologia della disposizione rivela che la norma in questione riguarda soltanto la persona offesa: risultando, quindi, coerente con il ruolo processuale di tale soggetto la limitazione dei casi di ricorso.

Del resto, nel passaggio al vigente codice di procedura penale, la persona offesa aveva avuto una considerazione notevole (si pensi alla facoltà di controllo sull'operato del pubblico ministero mediante l'opposizione alla richiesta di

¹ Sul punto, in senso critico, GIOSTRA, *L'archiviazione: lineamenti sistematici e questioni interpretative*, Milano, 1993, 70.

² In questi termini, Cass., Sez. VI, 19 novembre 2015; Id., Sez. V, 27 novembre 2014, Bitossi, in *Mass. Uff.*, n. 262868; Id., Sez. VI, 26 maggio 1990, Torsello, *ivi*, n. 185207.

³ In questo senso, DI CHIARA, *Il contraddittorio nei riti camerali*, Milano, 1994, 403, secondo il quale, se la violazione delle regole del contraddittorio oggetto della sentenza in commento fosse una mera irregolarità, le stesse risulterebbero una *lex* platonicamente *imperfecta*.

archiviazione) apparendo quindi ragionevole, in un'ottica di bilanciamento dei poteri processuali, il suddetto limite alla proposizione del ricorso⁴.

Per questo motivo, risulta opinabile l'ulteriore tesi della sentenza secondo cui, nel procedimento di archiviazione, il rapporto processuale riguarderebbe solo G.I.P. e pubblico ministero⁵. Un'ipotesi di conflitto tra pubblico ministero e giudice per le indagini preliminari non appare neppure teoricamente configurabile, per la semplice e risolutiva ragione che vi è carenza di legittimazione del primo ad assumere la veste di interlocutore in sede di conflitto⁶. Nel procedimento di archiviazione rilevano invece sia la posizione soggettiva della persona offesa (che ha certamente interesse a contestare la decisione di archiviare il procedimento, trattandosi sempre di provvedimento ad efficacia sostanzialmente preclusiva); che quella dell'indagato, il cui diritto di difesa potrebbe subire forti limitazioni in caso di violazione del contraddittorio.

4. Diritto di difesa e partecipazione all'udienza camerale

Proprio con riguardo a tale ultimo profilo, nella fattispecie processuale oggetto della sentenza emerge un diverso ulteriore aspetto, quello della lesione del diritto di difesa derivante dall'omessa partecipazione alla camera di consiglio.

Ed infatti, in caso di procedimento con citazione diretta a giudizio (senza quindi possibilità di contraddittorio sulle indagini in udienza preliminare) e senza emissione dell'avviso *ex art. 415-bis c.p.p.* (proprio per effetto dell'ordine di formulare l'imputazione), l'indagato non può esercitare il proprio diritto di difesa (solo ad esempio, chiedendo di essere interrogato); né può interloquire sull'indagine espletata, anche in punto di completezza della stessa, né tanto meno sulla correttezza della contestazione provvisoria.

A tale specifico riguardo, la giurisprudenza della Cassazione⁷ è concorde nel ritenere che in tema di esercizio del diritto di difesa nel corso delle indagini proprio nei casi di c.d. "imputazione coatta", l'esigenza di assicurare il contraddittorio in ordine alla completezza delle indagini - cui è preordinato l'istituto previsto dall'art. 415-bis c.p.p. - e di assicurare il diritto di difesa dell'imputato è soddisfatta dall'udienza camerale che il giudice deve fissare ove ritenga di non accogliere la richiesta di archiviazione⁸. Tale lettura del tessuto

⁴ Sul tema, LATTANZI, *Cassazione o terza istanza?* in *Cass. pen.* 2007, 1369.

⁵ Nello stesso senso della sentenza in commento, si veda Id., Sez. V, 21 gennaio, 2015, DRS, in *Mass. Uff.*, n. 262688.

⁶ GIOSTRA, *L'archiviazione: lineamenti sistematici e questioni interpretative*, cit., 69.

⁷ Si veda Cass., Sez. III, 24 ottobre 2014, Dolce.

⁸ Cfr. altresì, Cass., Sez. VI, 5 dicembre 2002, Belgalli, in *Mass. Uff.*, n. 223331; Id., Sez. VI, 08 ottobre 2002, Taormina, *ivi*, n. 223690; Id., Sez. V, 02 luglio 2007, Budano, *ivi*, n. 237572; Id., Sez. IV, 19 novembre 2009, Caldarar, *ivi*, n. 245795.

normativo riveste peraltro i caratteri della soluzione costituzionalmente obbligata, giacché la descritta limitazione del contraddittorio appare in contrasto con i principi costituzionali del giusto processo.

5. La mancata remissione alle Sezioni unite: un'occasione persa?

5.1. L'esistenza di un contrasto giurisprudenziale sul tema dell'impugnabilità del provvedimento con cui il G.I.P. disponga la formulazione dell'imputazione avrebbe dovuto portare la Corte a rimettere il ricorso alle Sezioni unite, restando a tutt'oggi una divergenza interpretativa nella giurisprudenza delle Sezioni semplici.

5.2. Peraltro, anche la tesi dell'intervenuta sanatoria della nullità presta il fianco ad una serie di rilievi critici.

Ebbene proprio i precedenti richiamati dalla sentenza in commento, se esaminati alla luce dei principi di lesività e di effettività del diritto di difesa⁹, sembrano suggerire una diversa soluzione della questione.

Ed infatti, la giurisprudenza citata dalla Corte¹⁰ ha chiarito che l'irrituale avviso all'indagato (irrituale e non mancante come nel caso che ci occupa) dell'udienza fissata a seguito della richiesta di archiviazione non accolta dal giudice per le indagini preliminari (art. 409 c.p.p., co. 2) non configura una nullità assoluta; detta irritalità, si legge citato arresto, è idonea ad incidere esclusivamente sul diritto dell'indagato ad interloquire in punto di completezza delle indagini, diritto che può essere parimenti esercitato qualora a seguito dell'espletamento delle indagini disposte dal giudice per le indagini preliminari e dell'ordine al pubblico ministero di formulare l'imputazione coatta, l'imputato abbia ricevuto l'avviso di conclusione delle indagini *ex art. 415-bis c.p.p.*, con la conseguenza che ove nulla venga eccepito, dedotto o richiesto in ordine alla indagine espletata o da espletarsi deve ritenersi che non sussiste un reale interesse *ad loquendum* sul punto e che, pertanto, tale comportamento abbia efficacia sanante, *ex art. 182 c.p.p.*¹¹. Ora al di là del fatto che la mancanza dell'avviso (dedotta nel caso oggetto della sentenza in commento) non appare situazione equipollente alla irritalità della notificazione, è significativo che proprio al fine di escludere il carattere assoluto della nullità, la S.C. abbia fat-

⁹ Art. 6 Cedue; cfr. Cass., Sez. IV, 28 gennaio 2014, in *www.dejure.it*.

¹⁰ Si veda, Cass., Sez. I, 15 marzo 2016, in *www.dejure.it*.

¹¹ Conforme Cass., Sez. V, 30 ottobre 2007, Harzalli, in *Mass. Uff.*, n. 238503.

to riferimento alla possibilità di esercitare i diritti e le facoltà previste dall'avviso *ex art. 415-bis* c.p.p.

Pertanto, applicando tale ragionamento al caso di specie, si dovrebbe ritenere che il diritto dell'indagato a partecipare al rito camerale per interloquire sull'indagine svolta sia stato compromesso.

Ed infatti, con l'ordine di formulare l'imputazione, non vi è possibilità di interloquazione dell'indagato (le indagini non possono proseguire; non poteva essere emesso l'avviso *ex art. 415-bis* c.p.p.; trattandosi peraltro di procedimento con citazione diretta a giudizio, senza l'ulteriore possibilità di contraddittorio sulle indagini in udienza preliminare). Pertanto, in assenza di notifica della fissazione dell'udienza (non rilevata neppure dal giudice), all'indagato è stato precluso il diritto di difendersi nel rito camerale e di interloquire sull'indagine espletata, anche in punto di completezza delle indagini, nonché sul merito della contestazione.

5.3. Da ultimo, va rilevato che, anche con riferimento all'interpretazione dell'art. 179, co. 1, c.p.p. (e al riferimento alla "citazione" come atto introduttivo del "giudizio"), la tesi della sentenza non appare del tutto convincente.

Sul punto possono richiamarsi le osservazioni delle Sezioni unite nella recente sentenza n. 7697 del 24 novembre 2016. Osservazioni che, sebbene formulate con specifico riferimento al tema dell'udienza preliminare, costituiscono un utile spunto di riflessione.

In particolare, secondo le Sezioni unite, "l'assimilazione dell'avviso alla citazione, nel panorama giurisprudenziale di legittimità, non è una novità. In materia di misure cautelari, per l'udienza innanzi al Tribunale del riesame, non si parla di "citazione" bensì di "avviso" (artt. 309, co. 8, 324, co. 8, c.p.p.): nonostante ciò si ritiene che l'omissione della notifica comporti nullità assoluta¹². Anche nel procedimento di esecuzione, l'art. 666 c.p.p., co. 3, dispone che l'avviso dell'udienza venga notificato all'interessato e la relativa omissione ha sempre determinato, secondo consolidata giurisprudenza, una nullità assoluta ai sensi dell'art. 179 c.p.p.¹³. Un ulteriore rilevante indice interpretativo viene desunto dalla stessa Relazione al Progetto preliminare del codice di procedura penale (Suppl. ord. n. 2, G.U. n. 250 del 24/10/1988), ove a pag. 57 può leggersi "è rimasta insanabile la omessa citazione che va intesa come riferita

¹² Cass., Sez. I, 28 marzo 1996, Di Giovanni, in *Mass. Uff.*, n. 204536; Id., Sez. un, 25 ottobre 2000, Scarlino, *ivi*, n. 216960.

¹³ Cass., Sez. I, 11 marzo 1994, Sangiorgio, in *Mass. Uff.*, n. 196672; Id., Sez. I, 04 novembre 1997, Zicchitella, *ivi*, n. 209134; Id., Sez. III, 29 luglio 1998, Viscione, *ivi*, n. 211550; Id., Sez. II, 17 novembre 1999, dep. 2000, Esposito, *ivi*, n. 216349; Id., Sez. II, 03 aprile 2003, Giannini, *ivi*, n. 225089.

non al solo dibattimento, ma anche a momenti diversi, come ad esempio, l'udienza preliminare". Si tratta di un indizio interpretativo particolarmente autorevole, perchè proveniente dallo stesso legislatore (art. 12 preleggi)" (nello stesso senso, cfr. Sez. un. 9 luglio 2003, n. 35358, Ferrara, secondo cui alla citazione di cui all'art. 179 c.p.p. va attribuito il significato non già di formale ed espresso invito a comparire, ma di atto o meglio di insieme degli adempimenti a carico dell'ufficio con i quali l'imputato, l'indagato o il condannato vengono posti in condizione di partecipare ad una fase processuale che si conclude con una decisione, fase anche antecedente, successiva e diversa rispetto al giudizio in senso stretto, come pure incidentale rispetto al procedimento principale; intendendosi per "partecipare" l'essere parte in contraddittorio con il P.M. - e con altre eventuali parti private - dinnanzi ad un giudice terzo).

6. Conclusioni

Il tema affrontato dalla sentenza in commento avrebbe forse richiesto un più meditato approfondimento, soprattutto al fine di risolvere il contrasto giurisprudenziale attraverso un'interpretazione costituzionalmente conforme delle norme processuali; ovvero, sperimentata l'impossibilità di un'esegesi costituzionalmente orientata, mediante la proposizione di una questione di legittimità costituzionale.

Inoltre, dall'apprezzabile rigore formale della sentenza non sembra discendere un'adeguata tutela della posizione soggettiva della persona sottoposta alle indagini; tutela che, in definitiva, costituisce una delle finalità del procedimento penale e, al tempo stesso, il suo principale connotato, necessario per giungere al suo naturale compimento.

FILIPPO MORLACCHINI