IL PUNTO SULL'ATTUAZIONE DEL DIRITTO DI DIFESA NEL PROCEDIMENTO DI SORVEGLIANZA

di Maria Grazia Coppetta
(Professore associato di diritto processuale penale – Università di Urbino)

SOMMARIO: 1. Il procedimento di sorveglianza: modello a udienza partecipata. – 2. L'udienza partecipata guadagna spazio. – 3. La difesa tecnica guadagna spazio. – 4. Luci ed ombre della difesa tecnica. – 5. Solo ombre sulla difesa personale.

1. Il procedimento di sorveglianza rappresenta lo strumento processuale più evoluto della giurisdizione educativa, l'attuazione più ampia del principio di giurisdizionalizzazione della fase esecutiva contenuto nel punto 96 l.d. Cpp[1]. Nasce come procedimento giurisdizionalizzato, con la riforma penitenziaria del 1975, in quanto appositamente creato per la trattazione di materie che finiscono per incidere quantitativamente e/o qualitativamente sulla pena inflitta con la sentenza di condanna, ovvero in ultima analisi sulla libertà personale dell'individuo, settore in cui il rispetto della riserva di giurisdizione è imposto al legislatore dagli artt. 13 co. 2 e 25 co. 2 Cost.[2].

È noto che il modello procedimentale coniato dalla legge del 1975 per la concessione e revoca delle misure alternative disciplinate dalla stessa legge, da un lato, ha registrato nel corso degli anni un moto espansivo che lo ha portato ad essere adottato non solo per misure rieducative successivamente introdotte nel nostro ordinamento, ma anche per quegli istituti, riconducibili all'area degli strumenti *lato sensu* risocializzativi, che però inizialmente non erano inclusi in quest'ambito, o perché previsti in leggi diverse dalla riforma penitenziaria, o perché ritenuti afferenti al settore amministrativo, dall'altro, ha subito modifiche tali da portarlo a superare, almeno in parte, le iniziali lacune ed imperfezioni sistematiche, rilevanti proprio sul piano delle garanzie giurisdizionali. Va ricordato che questo processo non sempre ha seguito la via maestra nel riconoscimento delle specificità di un modello processuale da configurarsi in ragione di un "giudizio sull'uomo", ineludibile nell'ottica della finalità rieducativa della pena *ex* art. 27 co. 3 Cost.[3]; anche se a passi lenti, ha

[1] Cfr. da ultimo M. Ruaro, *La magistratura di sorveglianza*, Milano 2009, 6 ss.

[2] Così F. Della Casa, *La magistratura di sorveglianza*[2], Torino 1998, 94; nello stesso senso già G. Giostra, *Il procedimento di sorveglianza nel sistema processuale penale*, Milano 1983, 64 ss.

[3] Il riferimento è, ad esempio, alla regolamentazione congiunta dei riti di sorveglianza e di esecuzione attuata dal codice del 1988, che ha disciplinato il primo (art. 678 Cpp) attraverso un rinvio quasi integrale al modulo previsto dall'art. 666 Cpp per il secondo. Tale *reductio ad unum*, benché condotta attingendo soprattutto alla disciplina già predisposta nel settore penitenziario, ha offuscato, fino a rescinderlo, il collegamento funzionale del procedimento di sorveglianza con la finalità rieducativa della pena (F. Corbi, *L'esecuzione nel processo penale*, Torino 1992, 355 ss.; G. Di

progressivamente ampliato e consolidato le garanzie costituzionali del diritto di difesa e della tutela della libertà personale, in coerenza con il progetto rieducativo sotteso, appunto, alla fase esecutiva della pena, senza, però, riuscire a completarne il quadro. Le conquiste del diritto di difesa riverberandosi nella garanzia del contraddittorio assumono una rilevanza fondamentale nel determinare il grado di giurisdizionalità del procedimento di sorveglianza. È vero che alcune sue caratteristiche divergono dal «concetto di giurisdizione tradizionalmente accreditato (come il potere di avvio *ex officio*; la mancanza di un rapporto antagonistico tra le parti; la configurazione elastica del giudicato)»[4], ma ciò non deve implicare una riduzione delle garanzie difensive e del contraddittorio, che devono trovare la piena esplicazione anche nella fase esecutiva: fase in cui, con riferimento ai provvedimenti concernenti le pene, il punto 96 l.d. impone garanzie di giurisdizionalità consistenti nella «necessità del contraddittorio e nell'impugnabilità dei provvedimenti».

Va premesso sin da ora, tuttavia, che i progressi registrati dal diritto di difesa, sia sotto il profilo della difesa tecnica che dell'autodifesa, non sono ancora riusciti a colmare il *deficit* di effettività del contraddittorio, elevato al ruolo di principio cardine anche della giurisdizione rieducativa dalla riforma dell'art. 111 Cost. operata dalla legge cost. n. 3 del 1999.

2. Nonostante, a causa della consistente estensione del proprio ambito applicativo, abbia affievolito il suo collegamento funzionale con la finalità rieducativa della pena, il procedimento di sorveglianza attrae oggi la quasi totalità delle misure risocializzanti, mostrando così, pur con tutti i suoi limiti, di rappresentare ancora il rito più adatto a valutare il comportamento del condannato nella prospettiva di un giudizio prognostico di rieducabilità[5]. Non sempre peraltro in questo settore si applica il procedimento di sorveglianza "ordinario". Ci sono situazioni in cui il provvedimento in prima battuta è adottato *de plano* dal magistrato di sorveglianza, e soltanto se l'interessato presenta il "reclamo", viene sottoposto al controllo del collegio, il quale decide applicando gli artt. 666 e 678 Cpp. Questi casi deviano dal procedimento tipico, se non altro perché la sua attivazione dipende da un atto di impulso denominato reclamo, ma non per questo si tratta di un rito meno garantito di quello ordinario, in quanto è proprio il richiamo degli artt. 666 e 678 Cpp ad assicurare l'applicazione della stessa disciplina dell'udienza, terreno elettivo e momento di maggiore rilievo per l'attuazione del diritto di difesa e del contraddittorio.

Volendo enumerare i casi in cui il tribunale di sorveglianza si avvale del procedimento di sorveglianza in prima battuta, ricordiamo le decisioni sulla

---

Chiara, *Il procedimento di sorveglianza*, in AA.VV., *Manuale dell'esecuzione penitenziaria*[6], a cura di P. Corso, Milano 2015, 307; M. Ruaro, *op. cit.*, 24 s.).

[4] Così F. Della Casa, sub *art. 678 Cpp*, in AA.VV., *Commentario breve al codice di procedura penale*[2], a cura di G. Conso e G. Illuminati, Padova 2015, 2987; ritengono il rito di sorveglianza un procedimento giurisdizionale "anomalo" L. Filippi - G. Spangher, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano 2011, 371.

[5] Non v'è dubbio, inoltre, che il settore delle misure rieducative rappresenta ancora oggi il suo principale ambito di impiego.

concessione e la revoca delle misure alternative dell'affidamento in prova al servizio sociale (art. 47 Op), dell'affidamento in prova in casi particolari (art. 94 d.P.R. 309/1990, già art. 47-*bis* Op), della semilibertà (artt. 48-51 Op), della detenzione domiciliare di cui all'art. 47-*ter* Op e di quella speciale *ex* art. 47-*quinquies* Op; della liberazione condizionale "ordinaria" (art. 176 Cp) e speciale (art. 8 l. 304/1982); della sospensione della pena detentiva (art. 90 d.P.R. 309/1990); del rinvio obbligatorio e facoltativo (artt. 146 e 147 Cp) dell'esecuzione delle pene detentive, delle sanzioni sostitutive della semidetenzione e della libertà controllata (art. 684 Cpp), e delle misure di sicurezza personali (art. 211 Cp). Decide sempre in prima battuta, sulla sola revoca, non anche sulla concessione, della liberazione anticipata (art. 54 Op), della sospensione condizionata della pena ("indultino") (l. 207/2003), della esecuzione della pena presso il domicilio (art. 1 l. 199/2010)[6]; ed ancora sulla revoca della semidetenzione e della libertà controllata (art. 72 l. 689/1981), nonché sulla loro conversione nella pena detentiva sostituita (art. 66 l. 689/1981); infine sulla conversione in pena detentiva della libertà controllata e del lavoro sostitutivo nell'ipotesi regolata dall'art. 108 co. 3 l. 689/1981. Chiaramente questi provvedimenti non possono essere emanati *de plano*, senza la celebrazione dell'udienza camerale partecipata di cui all'art. 666 co. 4 Cpp, a pena di nullità assoluta *ex* artt. 178 lett. *c* e 179 Cpp. Come si è anticipato, in alcuni casi, l'attivazione del rito di sorveglianza è imposto in seconda battuta, ovvero a seguito del reclamo dell'interessato avverso il provvedimento dell'organo monocratico emesso *de plano*. La configurazione di tale meccanismo è conseguenza degli interventi sia della Corte costituzionale che del legislatore.

Più precisamente, la giurisprudenza della Consulta si è espressa in questo senso in materia di permessi premio (art. 30-*ter* Op). Il primo passo è stato compiuto con la dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 236 co. 2 Cpp, nonché degli artt. 14-*ter* co. 1, 2, 3 e 30-*bis* Op, nella parte in cui non consentono l'applicazione degli artt. 666 e 678 Cpp nel procedimento di reclamo avverso il decreto del magistrato di sorveglianza che esclude dal computo della detenzione il periodo trascorso in permesso premio[7]. Successivamente si sono susseguite altre pronunce del Giudice delle leggi, le quali hanno insistito sulla natura giurisdizionale e non amministrativa del procedimento di reclamo avverso il decreto di permesso, in

[6] In realtà la norma non contempla alcuna previsione in merito alla revoca, tuttavia una ricostruzione diversa da quella proposta parrebbe assegnare alla procedura di revoca «connotati di giurisdizionalità troppo evanescenti per risultare compatibile con il dettato costituzionale» (F. Caprioli - D. Vicoli, *Procedura penale dell'esecuzione*[2], Torino 2011, 310, nota 215); *contra*, M. Ruaro, sub *art. 678 Cpp*, in AA.VV., *Ordinamento penitenziario commentato*[4], a cura di F. Della Casa e G. Giostra, Padova 2015, 899 s.

[7] C. cost. 16.2.1993 n. 53, nota M. Margaritelli, *I requisiti minimi della giurisdizionalità nell'esecuzione penale,* in *GCos* 1993, 372; F. Della Casa, *L'incostituzionalità del procedimento per reclamo* ex *art.* 53-bis *ord. pen. Un* restlyling *determinato da un «eccesso di delega» (o dalle eccessive aperture della Consulta nei confronti della giurisdizionalizzazione dell'esecuzione?, ivi*, 1993, 1418; T. Della Marra, *Esecuzione penitenziaria e contraddittorio nella sentenza n. 53 del 1993 della Corte costituzionale,* in *GCos* 1994, 2338; S.F. Vitello, *Significativo mutamento di indirizzo della Corte Costituzionale in tema di ricorribilità dei provvedimenti del tribunale di sorveglianza in materia di permessi premio,* in *CP* 1993, 1904.

ragione dell'incidenza anche di queste misure sullo stato di libertà del detenuto[8]; tanto da convincere la Cassazione ad affermare che la trattazione del reclamo deve avvenire nelle forme di cui all'art. 666 Cpp richiamato dall'art. 678 Cpp, in particolare nel rispetto del modello camerale a contraddittorio orale necessario[9], superando così il dettato dell'art. 30-*bis* Op secondo cui il provvedimento di accoglimento o di rigetto del permesso premio, emesso *ex* art. 30-*ter* co. 7 Op, è soggetto a reclamo davanti all'organo collegiale, il quale, «assunte se del caso, sommarie informazioni, provvede entro dieci giorni dalla ricezione del reclamo» (art. 30-*bis* co. 4 Op)[10]. Solo di recente, tuttavia, la Suprema Corte ha completato il processo di giurisdizionalizzazione in questo settore, ritenendo vincolante l'adozione del contraddittorio camerale per la trattazione del reclamo avverso il diniego di concessione del permesso richiesto da detenuto in attesa di giudizio[11], mentre in un passato non tanto lontano era stata considerata legittima la procedura *de plano* per il reclamo nei confronti della mancata applicazione del permesso di necessità (art. 30 Op), sul presupposto, invero niente affatto convincente, che in quest'ambito dovesse assumere rilevanza lo "*status*" del richiedente[12].

Il legislatore, invece, ha disciplinato l'adozione differita del procedimento di sorveglianza per la trattazione del reclamo avverso l'ordinanza del giudice monocratico che decide sulla concessione della liberazione anticipata (art. 69-*bis* co. 3 e 4 Op), della sospensione condizionata dell'esecuzione della pena (art. 2 co. 1 l. 207/2003) e della esecuzione della pena presso il domicilio (art. 1 l. 199/2010)[13]; nonché sulla cessazione o prosecuzione della misura alternativa in caso di sopravvenienza di nuovi titoli detentivi (art. 51-*bis* Op). Inoltre il tribunale di sorveglianza applica tale modulo *procedendi* per decidere sull'opposizione avverso il decreto del giudice monocratico che dispone l'espulsione dello straniero a titolo di sanzione alternativa alla detenzione (art. 16 co. 5 TuImm). Da ultimo occorre segnalare che il collegio pronuncia *de plano*, salva l'opposizione del condannato e del p.m. di fronte allo stesso collegio, in materia di valutazione dell'esito dell'affidamento in prova ordinario (art. 47 co. 12 Op) o terapeutico (art. 94 co. 6 d.P.R. 309/1990) interamente eseguiti: materie che anteriormente alla l. 10/2014 erano trattate dal tribunale di sorveglianza a norma degli artt. 666 e 678 Cpp.

Molteplici motivi, tra cui primeggiano quelli di economia processuale, hanno indotto il legislatore dell'ultimo decennio a frenare l'incessante moto espansivo registrato nei

---

[8] C. cost. 14.7.2000 n. 289; C. cost. 6.6.1995 n. 227; C. cost. 28.7.1993 n. 349.

[9] Cass. 2.2.1996, Lakhdar, in *CEDCass,* m. 203889.

[10] Nonostante quindi la lettera della legge, la Cassazione, ritenendo imposta la procedura camerale partecipata, ha stabilito che se il tribunale di sorveglianza procede *de plano*, la sua ordinanza è viziata da nullità assoluta: cfr. Cass. 16.2.2000, Ravelli, in *CEDCass*, m. 215616; Cass. 17.11.2009, Bontempo Scavo, in *CEDCass*, m. 245641; Cass. 7.10.2010, Casile, in *CEDCass*, m. 248694; Cass. 16.5.2014, Polimeni, in *CEDCass*, m. 260365. In dottrina, oltre agli autori menzionati nella nota 7, cfr. S. Amilcare, *I permessi: la premialità sulla via della giurisdizionalizzazione,* in *GM* 2006, 2224; G. La Greca, *C'è spazio per la ricorribilità dei provvedimenti in materia di permessi?,* in *DPP* 1996, 1364.

[11] Cass., 10.11.2015, Pinna, in *CEDCass*, m. 266136.

[12] Cass., 10.3.2010, Sinagra, in *CEDCass*, m. 246835.

[13] Concorda F. Della Casa, sub *art. 69*-bis *Op*, in AA.VV., *Ordinamento penitenziario commentato*[4], a cura di F. Della Casa e G. Giostra, Padova 2015, 843 s.

primi trent'anni di vita del procedimento di sorveglianza, relegandolo, appunto, in sede di reclamo o di opposizione. Il modello a contraddittorio eventuale e differito introduce una caduta di garanzie non sempre giustificata. È difficile comprenderla nei confronti di quegli istituti che in precedenza venivano trattati con la forma più avanzata di giurisdizionalizzazione[14] o in relazione alle misure alternative di nuovo conio per la differenza di trattamento, fors'anche sospetta di incostituzionalità, rispetto a quelle introdotte in precedenza[15]. Si comprende e si approva, invece, l'estensione di questo meccanismo a quelle materie che per lunghi anni sono rimaste irragionevolmente prive di garanzie[16]. È indubbio, tuttavia, come si è già premesso, che il processo di degiurisdionalizzazione descritto non ha prodotto arresti al cammino, sia pure lento e ancora non completo, verso il pieno riconoscimento del diritto di difesa.

3. Portando lo sguardo sull'attuazione del diritto di difesa nel procedimento in esame, va detto che un primo significativo passo in questa direzione è stato compiuto agli albori della legge penitenziaria, quando si è optato per l'estensione al procedimento di sorveglianza della disciplina delle nullità generali *ex* artt. 177-185 Cpp previste per il procedimento di cognizione. Infatti, rispetto al rito di sorveglianza, constatata l'estrema laconicità dell'impianto normativo configurato dalla legge del 1975 (artt. 71 Op)[17], dottrina e giurisprudenza si sono immediatamente ritenute autorizzate a risolvere rilevanti questioni interpretative mutuando le soluzioni dalla disciplina del codice di rito del 1930. In particolare, per evitare che la mancata previsione delle sanzioni processuali potesse mettere in pericolo i profili qualificanti della giurisdizione penale (*in primis* il diritto di difesa), nel cui ambito il rito di sorveglianza già andava legittimamente ricondotto[18], non si è mai disdegnato un massiccio ricorso all'*analogia iuris*. Può, cioè, affermarsi che in nome di un'interpretazione costituzionalmente adeguatrice, il vuoto legislativo già veniva superato in via analogica, pure in una materia, come quella delle nullità,

[14] Il riferimento è alla concessione delle riduzioni di pena per liberazione anticipata (art. 54 Op) a seguito dell'introduzione dell'art. 69-*bis* Op ad opera della l. 277/2002; alla cessazione o prosecuzione della misura alternativa in caso di sopravvenienza di nuovi titoli detentivi (art. 51-*bis* Op come riformulato dalla l. 10/2014), alla valutazione dell'esito della prova in relazione all'affidamento ordinario e terapeutico, a seguito della l. 277/2002.

[15] Il riferimento è al c.d. indultino *ex* l. 207/2003, all'espulsione *ex* art. 16 TuImm e, soprattutto, alla misura dell'esecuzione della pena presso il domicilio introdotta dalla l. 199/2010.

[16] Ci si riferisce alla materia dei permessi, al cui reclamo avverso il provvedimento del magistrato di sorveglianza, come si è detto, la giurisprudenza, a partire dai primi anni '90, ha esteso l'applicazione degli artt. 666 e 678 Cpp. In quest'ottica va ricondotta anche una recente pronuncia della S.C., che contrariamente all'indirizzo espresso in precedenza, ha ritenuto ammissibile il reclamo al tribunale di sorveglianza avverso il provvedimento di revoca dell'ammissione al lavoro all'esterno, sulla base di una lettura costituzionalmente orientata e sistematica della normativa sul procedimento di sorveglianza (Cass. 10.2.2009, Guttuso, in *CEDCass*, m. 244066).

[17] L'art. 71 Op, nella sua formulazione originaria, per quel che ci riguarda, escludeva addirittura il difensore dall'elenco dei destinatari dell'avviso di fissazione dell'udienza. Sarà la l. 12.1.1977 n. 1, chiamata a riformare dopo appena due anni quella disciplina, a rimediare alla grave lacuna.

[18] Per tutti, cfr. G. Giostra, *Il procedimento di sorveglianza nel sistema processuale penale*, Milano 1983, 73 ss.

caratterizzata dal principio di tassatività. Posizione che si è ritenuta ancor più giustificata dopo la trasposizione della disciplina del procedimento di sorveglianza nel codice di procedura penale del 1988, poiché gli artt. 666 e 678 Cpp continuano a non prevedere alcuna sanzione nel caso di inosservanza della disciplina, in particolare, di quella dell'udienza, che, conviene ribadirlo, costituisce il baricentro di tale rito e della quale il legislatore del 1988 ha sostanzialmente mantenuto la configurazione operata in ambito penitenziario, stabilendo che si celebra in camera di consiglio, con la necessaria partecipazione del pubblico ministero e del difensore, restringendo, però, la partecipazione diretta dell'interessato, qualora questi si trovi detenuto in luogo posto fuori alla circoscrizione del giudice che procede. Il *modus procedendi* scelto si differenzia, quindi, dalla disciplina base del procedimento in camera di consiglio di cui all'art. 127 Cpp, trattandosi di un modello a contraddittorio orale necessario, ma che, purtroppo, ritorna alla regolamentazione generale in ordine ai diritti partecipativi dell'interessato.

All'indomani della riforma del 1988, la giurisprudenza si è preoccupata di colmare il lacunoso e insoddisfacente dettato legislativo, conseguente anche alla discussa omologazione dei due riti di esecuzione e di sorveglianza, soprattutto in ordine alla disciplina del diritto di difesa dell'interessato. Sotto questo profilo risultati interessanti si sono registrati sul piano della difesa tecnica. Partendo dal dato incontestabile secondo cui l'avviso di fissazione dell'udienza (art. 666 co. 3 Cpp) ha natura di vera e propria *vocatio in iudicium*[19], correttamente si ritiene che il provvedimento debba contenere i requisiti minimi di un decreto di citazione[20], oltre alla menzione del difensore d'ufficio nominato nel caso in cui l'interessato ne sia privo[21].

La disciplina della nomina del difensore non si discosta da quella prevista in via generale dagli artt. 96 ss. Cpp, per cui, non v'è dubbio che resta fermo il diritto del condannato di togliere efficacia alla designazione officiosa, procedendo in qualunque momento alla nomina di un legale di sua fiducia; tuttavia se la nomina fiduciaria è avvenuta dopo che l'interessato ha ricevuto l'avviso dell'udienza, rifiutando così il difensore d'ufficio, è suo l'onere di comunicargli la data della trattazione[22].

---

[19] Cass. 15.4.1998, Romeo, *CEDCass*, m. 210547.

[20] Essendo a tutti gli effetti un decreto di citazione, per analogia all'art. 429 Cpp deve contenere l'indicazione, del giorno, dell'ora, del luogo fissati per la deliberazione e l'individuazione del giudice davanti al quale si deve comparire e una succinta descrizione dell'oggetto del procedimento ai fini del rispetto del principio del contraddittorio (Cass. 12.12.2004, Argenta, in *CEDCass*, m. 227221; Cass. 30.10.2007, Murano, in *CEDCass*, m. 239501). Ne consegue che è affetto di nullità assoluta il decreto di fissazione dell'udienza che non indichi il provvedimento oggetto di reclamo «perché limita il diritto di difesa dell'interessato» (Cass. 15.3.2011, Manzo, in *CEDCass*, m. 250311). Sulla equipollenza del decreto di fissazione dell'udienza e del decreto di rinvio a giudizio cfr. M. Guardata, sub *art. 666 Cpp*, in *Commento Chiavario*, VI, Torino 1991, 529.

[21] L'obbligo della nomina del difensore dopo il vaglio di ammissibilità della domanda, lasciando scoperto l'interessato privo del difensore di fiducia di un adeguato supporto tecnico nel delicato momento della richiesta potrebbe vanificare la garanzia del ricorso per cassazione avverso il decreto di inammissibilità e provocare così un *vulnus* al diritto di difesa sotto il profilo dell'effettività: in questo senso G. Di Chiara, *Manuale*, cit., 315 s.

[22] Cass. 23.4.2008, Errante, in *CEDCass*, m. 240289.

Ugualmente a quanto avviene in via generale, l'interessato può farsi assistere da due difensori[23], ma al secondo, sebbene legittimamente nominato, l'avviso non è dovuto, se la relativa nomina viene formalizzata successivamente alla notificazione del decreto di fissazione dell'udienza camerale. Del resto, se così non fosse, «si attribuirebbe alla parte il potere di ritardare, anche indefinitamente, la celebrazione dell'udienza»[24]. Essendosi già cristallizzata la situazione processuale relativa agli adempimenti in cancelleria, al secondo difensore di fiducia spetta soltanto il diritto di intervenire all'udienza e il suo assistito ha l'onere di comunicargli la data della trattazione[25]. L'avviso, anche nel procedimento di sorveglianza, va notificato alle «parti e ai difensori» almeno dieci giorni prima della data fissata per l'udienza (art. 666 co. 3 Cpp). La sua omessa notifica al difensore del condannato – alla stessa stregua dell'omessa notificazione del decreto che dispone il giudizio al difensore dell'imputato nel procedimento di cognizione – integra una nullità assoluta *ex* artt. 178 co. 1 lett. *c* e 179 Cpp per violazione del diritto di difesa qualora l'udienza si sia svolta in mancanza della difesa tecnica, laddove la presenza del difensore è prevista come obbligatoria (art. 666 co. 4 Cpp)[26]. Pure l'inosservanza del termine dilatorio di dieci giorni, incidendo sull'idoneità della funzione della *vocatio in iudicium* in ordine all'effettivo esplicarsi del diritto di difesa, comporta una nullità assoluta. Ma al riguardo purtroppo la giurisprudenza è fortemente divisa: l'inosservanza di tale termine talvolta viene configurata come nullità assoluta[27], talaltra come nullità intermedia sanabile *ex* art. 184 Cpp[28], o addirittura, sia pure isolatamente, come nullità relativa *ex* art. 181 Cpp[29].

4. Un tassello importante rispetto al consolidamento del diritto di difesa tecnica, intesa innanzitutto come diritto a scegliere il proprio difensore di fiducia anche nel procedimento di sorveglianza, è stato aggiunto di recente dalle Sezioni unite[30], risolvendo il quesito se il mancato avviso al difensore di fiducia, prontamente nominato, dovesse ritenersi produttiva della nullità assoluta anche quando l'udienza si fosse svolta in presenza del difensore d'ufficio o se, invece, in questo caso, si dovesse parlare di nullità generale a regime intermedio *ex* artt. 178 co. 1 lett. *c* e 180 Cpp, come sostiene una parte, sia pure minoritaria, della giurisprudenza delle sezioni semplici. Confutate le ragioni a sostegno dell'indirizzo secondo cui si tratterebbe di una nullità generale a regime intermedio, sanabile *ex* art. 182 Cpp qualora né il difensore d'ufficio né l'imputato la eccepiscano tempestivamente[31], le sezioni unite

[23] Così Cass. 25.1.1993, Belardinelli, in *CEDCass*, m. 193252.
[24] Cass. 30.6.1995, Restelli, in *CEDCass*, m. 202200.
[25] Cass. S.U. 26.3.15, Maritan, in *CEDCass*, m. 263600.
[26] La giurisprudenza al riguardo è pressoché unanime: *ex plurimis*, Cass 9.12.1999, Barone, in *CEDCass*, m. 215332.
[27] Cass. 17.11.1999, Esposito, in *CEDCass*, m. 214426.
[28] Cass. 1.7.2014, Licciardello, in *CEDCass*, m. 263223.
[29] Cass. 27.2.1996, Cinalli, in *CEDCass*, m. 203431.
[30] Cass. S.U. 26.3.2015, Maritan, in *CEDCass*, m. 263598.
[31] Per questa tesi interpretativa cfr. Cass. 3.1.2005, Medile, in *CEDCass*, m. 230225; Cass. 18.2.1997, Santoro, 207011; Cass. S.U. 20.9.1997, Procopio, in *CEDCass*, m. 208269. A tale orientamento ha

hanno preso decisamente posizione a favore dell'orientamento che ritiene il vizio in discussione produttivo di una nullità assoluta e insanabile dell'udienza[32], non rilevando la presenza di un difensore di ufficio nominato *ad hoc*[33], o, nel caso di sua mancata comparizione, del sostituto designato *ex* art. 96 co. 4 Cpp[34], e hanno ritenuto affetti da nullità assoluta anche gli atti successivi, compresa l'ordinanza conclusiva dell'udienza stessa.

In sintesi, la Suprema Corte giunge a questa conclusione osservando che, sotto il profilo letterale e logico-sistematico, l'espressione «assenza del suo difensore» contenuta nell'art. 179 co. 1 Cpp, non fa riferimento soltanto all'assoluta mancanza di difesa tecnica, ma anche alla partecipazione all'udienza di un difensore diverso da quello scelto dall'imputato e rimasto assente a causa dell'omissione dell'avviso dovutogli. Ciò in considerazione del valore fondamentale che la difesa tecnica assume nell'odierno modello processuale, in attuazione di principi costituzionali e sovranazionali: l'art. 24 co. 2 Cost. la proclama «diritto inviolabile», l'art. 111 Cost. la connota garanzia effettiva affermando che il contraddittorio tra le parti deve svolgersi in condizioni di parità (co. 2) e che la persona accusata deve disporre del tempo e delle condizioni necessari per preparare la difesa (co. 3); infine l'art. 6 co. 3 lett. *c* Cedu sancisce il diritto dell'accusato ad avere «*l'assistence d'un défenseur de son choix*».

Principi che il codice di rito ha tradotto – coerentemente con l'opzione a favore di un processo tendenzialmente accusatorio – attribuendo al difensore dell'imputato un essenziale ed impegnativo ruolo, confermato sia dalla disposizione di apertura del titolo VII dedicata al difensore di fiducia dell'imputato, sia dal carattere sussidiario della difesa d'ufficio, subordinata alla reale mancanza del difensore di fiducia o al suo venir meno, sussidiarietà risultante anche dall'art. 97 co. 6 Cpp secondo cui il difensore d'ufficio cessa le sue funzioni non appena l'imputato procede alla nomina del difensore di fiducia.

In quest'ottica si è evidenziato che ciò che distingue il rapporto tra l'assistito e il difensore scelto personalmente da quello che si instaura con un eventuale difensore d'ufficio, è la particolare fiducia riposta nel legale, che, tuttavia, incide in modo rilevante sull'effettività e sull'efficacia dell'assistenza tecnica; motivo per cui l'operatività della difesa di ufficio, specialmente quando si concreta nell'attività di un sostituto immediatamente reperibile (art. 97 co. 4 Cpp), è circoscritta a casi rigorosamente determinati.

Ricostruito il diritto all'assistenza tecnico-fiduciaria come garanzia fondamentale dell'imputato e del condannato, è divenuto inevitabile, per le Sezioni unite, ricollegare il rimedio "forte" della nullità assoluta ai casi in cui, nonostante la

---

aderito anche la decisione che ha rimesso la questione alle Sezioni unite (Cass. 16.12.2014, Maritan, in www.penalecontemporaneo.it, 9.2.2015).

[32] Cfr., fra le molte, Cass. 6.12.2013, Di Mattia, in *CEDCass*, m. 258615; Cass. 11.11.2011, Mastrone, in *CEDCass*, m. 250997; Cass. 11.10.1991, Sanino ed altro, in *CEDCass*, m. 189389.

[33] Cass. 14.1.2009, Plaka, in *CEDCass*, m. 242530, la quale puntualizza che la nullità è insanabile poiché l'imputato non può essere privato del diritto di affidare la propria difesa ad una persona di sua fiducia.

[34] Cass. 28.3.2014, Zambon, in *CEDCass*, m. 259614.

tempestiva nomina fiduciaria da parte dell'interessato, il giudice proceda irritualmente alla designazione di un legale d'ufficio e, a seguito della sua mancata comparizione all'udienza, dove il difensore è previsto come interlocutore indefettibile, incarichi un sostituto prontamente reperibile. Di conseguenza è risultata insostenibile la tesi che ritiene sussistente la nullità intermedia, anche perché la eventuale sanatoria produce una compressione del diritto di difesa che non si giustifica nemmeno in nome del rispetto dei principi di rilevanza costituzionale dell'efficienza processuale e della ragionevole durata del processo.

Infine, la Corte ha correttamente sottolineato che sanzionare tale invalidità con la nullità generale a regime intermedio contrasta anche con il principio di tassatività delle nullità, ritagliando spazi alla discrezionalità del giudice che finisce per arrogarsi la possibilità di sostituirsi all'imputato nella scelta di un legale, anche quando l'interessato tale scelta l'abbia già compiuta legittimamente e tempestivamente.

Un ambito dove invece la giurisprudenza continua a rimanere divisa su posizioni nettamente opposte concerne l'ipotesi in cui l'assenza all'udienza del difensore di fiducia o d'ufficio sia dovuta a legittimo impedimento. Gli artt. 420-*ter* co. 5 e 484 co. 2-*bis* Cpp, con riguardo al processo di cognizione, stabiliscono un obbligo di sospensione o di rinvio dell'udienza se l'assenza del difensore risulta dovuta ad «assoluta impossibilità di comparire per legittimo impedimento purché prontamente comunicato». Una parte della giurisprudenza, rispettosa dell'effettività del contraddittorio, sostiene che tali norme dovrebbero trovare applicazione analogica pure per l'udienza *ex* art. 666 co. 4 Cpp[35]. Al contrario le Sezioni unite hanno decisamente respinto questa tesi e affermato che il legittimo impedimento allegato dal difensore non è produttivo del rinvio dell'udienza[36], ma implica semplicemente la designazione di quello d'ufficio, a norma dell'art. 97 co. 4 Cpp. Il deficit di garanzia che subisce il rito in esame appare del tutto inaccettabile, se non altro perché oggi rappresenta sostanzialmente l'unico «modello a contraddittorio necessario in cui l'impedimento del difensore darebbe luogo solo alla nomina del difensore d'ufficio»[37].

5. Il diritto di difesa mostra una cedevolezza ancora più grave se lo si analizza dal lato dell'autodifesa dell'interessato.

L'art. 666 co. 3 Cpp prevede la notificazione all'interessato dell'avviso della data fissata per l'udienza almeno dieci giorni prima della stessa; ne consegue che l'omissione e l'intempestività dell'avviso sono causa di nullità assoluta trattandosi di fattispecie che corrispondono all'omessa citazione dell'imputato ai sensi dell'art. 179 co. 1 Cpp[38].

---

[35] Cass. 28.2.1997, Sinigaglia, in *CEDCass*, m. 207960.

[36] Cass. S.U. 27.6.2006, Passamani, in *CEDCass*, m. 234146; Cass. S.U. 8.4.1998, Cerroni, in *CEDCass*, m. 210796; Cass. 21.11.2014, Tallone, in *CEDCass*, m. 262039.

[37] G. Di Chiara, *Il procedimento di sorveglianza*, cit., 321.

[38] In questo senso in dottrina, tra i molti, F. Caprioli-D. Vicoli, *Procedura penale dell'esecuzione*, cit., 332; in giurisprudenza, Cass. 18.6.2009, Gallieri, in *CEDCass*, m. 244657. Ritiene, invece, che l'intempestivo avviso comporti una nullità di grado intermedio, sul presupposto che la riduzione del

L'art. 666 co. 4 Cpp richiamato dall'art. 678 co. 1 Cpp comporta anche nel procedimento di sorveglianza l'applicazione della regola secondo cui l'interessato che fa richiesta di partecipare all'udienza è sentito personalmente; tuttavia, se è detenuto in luogo posto fuori della circoscrizione del giudice, ha diritto soltanto di essere sentito, il giorno prima dell'udienza, dal magistrato di sorveglianza del luogo, salvo che il giudice ritenga di disporne la traduzione. La forma mediata di partecipazione all'udienza riservata al detenuto o all'internato posto fuori della circoscrizione del giudice procedente, escludendo che «il condannato possa offrire alla diretta percezione dell'organo procedente e, soprattutto, dei giudici "laici" del collegio il proprio contributo conoscitivo», oltre a contrastare con l'oggetto di un giudizio tipicamente fondato sulla personalità, appare modalità di esercizio del diritto di difesa incompatibile con l'art. 24 co. 2 Cost. e con il riformulato art. 111 Cost.[39].

Inoltre, essendo prevista come non necessaria la partecipazione del condannato all'udienza, un suo eventuale impedimento non ne comporta il rinvio, a meno che non abbia richiesto di essere sentito personalmente dal giudice procedente, se detenuto nel circondario di questi o al magistrato di sorveglianza se detenuto fuori circondario. Ad ogni modo l'omessa audizione del condannato costituisce nullità a regime intermedio soltanto nel caso che l'interessato ne abbia fatto preventivamente richiesta[40].

L'inefficacia dei tentativi di colmare la grave compressione del diritto di difesa personale estendendo analogicamente le "conquiste" della giurisprudenza costituzionale e di legittimità in materia di comparizione dell'imputato detenuto dinanzi al tribunale del riesame *ex* art. 309 Cpp[41] segnala ulteriormente l'urgenza di un intervento legislativo, che allinei questo versante del diritto di difesa ai principi costituzionali.

termine di dieci giorni produca un *vulnus* al diritto di difesa, ma non un azzeramento dello stesso, M. Ruaro, *La magistratura*, cit., 277.

[39] Così F. Cassibba, *Parità delle parti ed effettività del contraddittorio nel procedimento di sorveglianza*, in www.penalecontemporaneo.it, 27.9.2012.

[40] Per tutte, Cass. 10.5.2006, Mema, in *CEDCass*, m. 234693.

[41] Peraltro la creazione giurisprudenziale di un diritto del detenuto alla traduzione all'udienza del procedimento di riesame appare superata dalla l. 47/2015 di riforma delle misure cautelari personali, legge che ha introdotto espressamente nell'art. 309 Cpp il diritto per l'interessato, dietro sua richiesta, di comparire personalmente (co. 6 e co 8-*bis*).