

DECISIONI IN CONTRASTO

di Paola Corvi

LA NATURA DELLA NULLITÀ CONSEGUENTE ALL'OMESSO AVVISO ALL'INDAGATO DELLA DATA D'UDIENZA DI RIESAME

(Cass., Sez. II, 11 settembre 2019, n. 37614)

L'omessa notifica all'indagato dell'avviso di fissazione dell'udienza camerale, a seguito della presentazione di una richiesta di riesame, comporta senza dubbio una nullità la cui natura, tuttavia, è discussa, essendo qualificata dalla giurisprudenza ora come assoluta e insanabile, ora come a regime intermedio.

Secondo un primo indirizzo giurisprudenziale l'omesso avviso della data fissata per l'udienza del riesame costituisce una palese violazione del diritto dell'indagato di partecipazione al procedimento e pertanto determina una nullità assoluta, insanabile e rilevabile in ogni stato e grado del procedimento, ai sensi degli artt. 178, comma 1, lett. c) e 179, comma 1, c.p.p., sebbene non comporti l'inefficacia della misura cautelare, che ha luogo nella sola ipotesi di decisione non intervenuta nel termine perentorio di dieci giorni dalla ricezione degli atti da parte del giudice del riesame (Cass., sez. I, 7 maggio 1996, n. 2020; Cass., sez. II, 15 dicembre 2003, n. 47841; Cass., sez. III, 7 marzo 2016, n. 9233; Cass., sez. V, 31 marzo 2017, n. 16224). Una diversa lettura svilirebbe l'assimilazione dell'avviso alla citazione, affermata dalle Sezioni Unite anche con specifico riferimento all'udienza davanti al tribunale del riesame (Cass., sez. un., 17 febbraio 2017, n. 7697), e si porrebbe in contrasto con i principi affermati nelle Sezioni Unite Palumbo che ricollega la nullità alla notificazione omessa o non idonea a determinare la conoscenza effettiva dell'atto (Cass., sez. un., 7 gennaio 2005, n. 119).

La sentenza in esame aderisce ad un contrapposto orientamento, secondo cui l'omessa notifica all'indagato della data fissata per l'udienza camerale di riesame determina una nullità di ordine generale a regime intermedio soggetta ai limiti di deducibilità di cui all'articolo 182 c.p.p. ed alla sanatoria di cui all'art. 184 c.p.p.

Nelle pronunce più risalenti la Corte di cassazione ha escluso la riconducibilità alla categoria delle nullità assolute del vizio conseguente all'omesso avviso della udienza del riesame in considerazione del fatto che la nullità derivante dall'omesso avviso all'indagato non è definita assoluta dall'art. 127 c.p.p., comma 5, c.p.p. e non attiene ad una ipotesi in cui è obbligatoria la presenza del difensore (Cass., sez. I, 8 giugno 1993, n. 1930; Cass., sez. III, 13 aprile 1993, n. 553).

Più convincente l'iter argomentativo seguito in altre pronunce, tra cui quella in esame, che parte dalla confutazione della tesi contraria e si fonda sulla distinzione, sul piano sistematico, tra avviso relativo all'udienza di riesame e avviso di udienza preliminare. Secondo questo orientamento, la tesi che afferma la natura assoluta della nullità derivante dall'omesso avviso all'indagato della data d'udienza del riesame si fonda su un'interpretazione estensiva del concetto di citazione dell'imputato che consente di attrarre nell'ambito delle nullità assolute anche la diversa ipotesi dell'omesso avviso dell'udienza di riesame. Tuttavia un'interpretazione estensiva o addirittura analogica dell'art. 179 c.p.p. è preclusa dalla natura tassativa e eccezionale della disciplina delle nullità assolute. A differenza dell'avviso di fissazione dell'udienza preliminare, la cui omessa notifica configura una nullità assoluta e insanabile derivante da omessa citazione dell'imputato, l'avviso di fissazione dell'udienza del riesame non pare assimilabile alla citazione dell'imputato. Infatti mentre l'avviso di fissazione dell'udienza preliminare, in quanto notificato unitamente alla richiesta di rinvio a giudizio, assume l'aspetto contenutistico e sostanziale di una "citazione", essendo finalizzato a consentire la partecipazione della parte personalmente all'udienza e quindi l'esercizio del diritto alla difesa, non altrettanto può dirsi con riferimento all'avviso della udienza del riesame, che non può essere equiparato alla citazione, poiché la citazione evoca una "chiamata in causa" che ha struttura e funzioni diverse dal semplice avviso. La non comparabilità tra i due istituti emerge inoltre da altri fattori, sottolineati da questo indirizzo giurisprudenziale: da un lato il

procedimento di riesame viene instaurato a seguito di una richiesta dell'indagato, il quale è ben consapevole delle scadenze assai accelerate del procedimento; dall'altro, soltanto per gli avvisi – e non anche per la citazione – è previsto, come ordinaria forma di notificazione, l'istituto dell'avviso *de praesenti* a norma dell'art. 148 c.p.p., comma 5 e, per il pubblico ministero, dell'art. 151 c.p.p., comma 3. Dalla impossibilità di assimilare gli istituti dell'avviso e della citazione discende dunque la inapplicabilità, al caso di specie, dell'ipotesi di nullità assoluta per "omessa citazione" dell'imputato (Cass., sez. II, 27 gennaio 2016, n. 3694; Cass., sez. II, 22 aprile 2015, n. 16781).

IL POTERE DEL GIUDICE DI DISPORRE CON LA SENTENZA DI PATTEGGIAMENTO L'ESPULSIONE DELLO STRANIERO A TITOLO DI SANZIONE SOSTITUTIVA DELLA PENA DETENTIVA

(Cass., sez. V, 4 luglio 2019, n. 29396)

Il testo unico sull'immigrazione prevede accanto alla espulsione amministrativa, tre tipologie di provvedimenti di espulsione dello straniero dal territorio dello Stato, conseguente a procedimento penale: l'espulsione dello straniero clandestino o irregolare, disposta dal giudice come sanzione sostitutiva della pena detentiva da applicare entro i limiti dei due anni, senza che ricorrano i presupposti per concedere la sospensione della pena (art. 16, comma 1, d.lgs. n. 286 del 1998); l'espulsione dello straniero clandestino o irregolare detenuto, che deve scontare una pena detentiva, anche residua, non superiore a due anni, disposta come misura alternativa alla detenzione (art. 16 comma 5, d.lgs. n. 286 del 1998); l'espulsione disposta dal giudice a titolo di misura di sicurezza, da eseguirsi a fine pena, in caso di pericolosità sociale del condannato (art. 15 d.lgs. n. 286 del 1998).

Con riguardo alla espulsione a titolo di sanzione sostitutiva della pena detentiva, l'art. 16 comma 1, d.lgs. n. 286 del 1998 riconosce al giudice un potere discrezionale in ordine alla sostituzione della pena che ritiene di dover irrogare con la misura della espulsione. Si è dunque posto il problema se, in caso di sentenza di patteggiamento, il giudice possa esercitare tale potere discrezionale autonomamente, applicando la sanzione sostitutiva indipendentemente dal consenso delle parti sul punto, oppure al contrario non possa disporre l'espulsione in assenza di accordo tra le parti.

Secondo un orientamento giurisprudenziale, l'espulsione dello straniero dal territorio dello Stato prevista dall'art. 16 comma 1 d.lgs. n. 286 del 1998, essendo una misura sostitutiva della detenzione in carcere e non una misura di sicurezza, esula dall'accordo delle parti sull'applicazione della pena ai sensi dell'art. 444 c.p.p. e può essere disposta direttamente dal giudice, all'esito di una valutazione discrezionale dei parametri normativi, con una statuizione che l'interessato, in assenza della domanda di applicazione del beneficio della sospensione condizionale della pena, non ha un interesse concreto ed attuale ad impugnare (Cass., sez. I, 30 luglio 2014, n. 33799).

Tuttavia nella giurisprudenza di legittimità è emerso un orientamento di segno contrario che nega al giudice, in sede di applicazione della pena su richiesta delle parti, il potere di sostituire di ufficio la pena detentiva con le sanzioni sostitutive, in assenza di una esplicita richiesta delle parti, perché diversamente la decisione del giudice sarebbe difforme dalla richiesta (Cass., sez. V, 13 aprile 2011, n. 15079). Anche con riguardo l'espulsione dello straniero il principio è stato direttamente affermato dalla Corte di cassazione, che ha escluso la sostituzione della pena della reclusione, richiesta dalla parti ai sensi dell'art. 444 c.p.p., con la espulsione dal territorio dello Stato *ex* art. 16, comma 1, d.lgs. n. 286 del 1998 in un caso in cui, peraltro, la richiesta concordata prevedeva la concessione della sospensione condizionale della pena (Cass., sez. VI, 7 marzo 2006, n. 7906). Indirettamente il principio è stato ribadito di recente in una pronuncia in cui si configura la nullità della sentenza di patteggiamento che non disponga l'espulsione in sostituzione della pena detentiva, come concordato dalle parti, così confermando che l'espulsione come sanzione sostitutiva della pena detentiva rientra a pieno titolo nell'accordo tra le parti (Cass., sez. V, 29 maggio 2018, n. 40198). Anche la sentenza in esame sottolinea come la sostituzione della pena detentiva con l'espulsione del condannato sia decisa dal giudice nell'esercizio di un potere discrezionale, rispetto al quale è ragionevole che operi il limite dell'accordo delle parti, vista la struttura dell'istituto del patteggiamento.

Sembra dunque al momento prevalente l'interpretazione incentrata sulla rilevanza dell'accordo tra le parti, che valorizza l'interesse dell'imputato a non vedersi comminata una sanzione, estranea al patto concluso con il pubblico ministero, che potrebbe anche essere sentita come maggiormente afflittiva rispetto alla detenzione.