ENZO CAPALOZZA

SU TALUNE LACUNE ED ANOMALIE
NELLA DISCIPLINA GIURIDICA
DELL'AVVISO DI PROCEDIMENTO (*)

(*) Questo scritto è destinato agli *Studi in onore di Giuseppe Chiarelli* (in corso di stampa).

THE UNIVERSITY OF CHICAGO
DIVISION OF THE PHYSICAL SCIENCES
DEPARTMENT OF CHEMISTRY
5708 SOUTH CAMPUS DRIVE
CHICAGO, ILLINOIS 60637
TEL: 773-936-3700
FAX: 773-936-3701
WWW: WWW.CHEM.UCHICAGO.EDU

1998-1999

1998-1999

1998-1999

1998-1999

SOMMARIO: 1. Genesi dell'istituto dell'avviso di procedimento. — 2. Critiche dottrinarie alla legge 5 dicembre 1969, n. 932 (artt. 8 e 9). — 3. Conseguenze della vigente disciplina. — 4. Altri rilievi con riferimento all'art. 3 della Costituzione. — 5. L'art. 78, secondo comma, del codice di procedura penale e l'avviso di procedimento. — 6. Censure con riferimento all'art. 24, secondo comma, della Costituzione. — 7. Cenni sulla Convenzione dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. — 8. Il problema del decreto penale di condanna. — 9. Esigenza di una avanzata riforma dell'istituto.

1. L'istituto dell'avviso di procedimento, di impulso dottrinario, entrato nel nostro diritto con la legge 5 dicembre 1969, n. 932, ha avuto una travagliata genesi legislativa ed è stato espresso con una formulazione equivoca, lacunosa e discordante dalle premesse ispiratrici.

Suggerito e caldeggiato da Giovanni Leone nella sua relazione al Congresso nazionale giuridico-forense di Firenze dell'ormai lontano 1947, tale istituto era stato, dopo, introdotto nel progetto di riforma del codice di procedura penale del 1950, elaborato da una Commissione nominata con D.M. 2 gennaio 1945 dal Guardasigilli Tupini, più volte modificata e integrata nella sua composizione: e con D.M. 13 febbraio 1948 del Guardasigilli Grassi era stato chiamato, tra gli altri, a farne parte lo stesso Leone.

Il quale, nella mentovata relazione del 1947, aveva sostenuto che la sollecita comunicazione all'imputato, entro un termine prestabilito, della promozione dell'azione penale andasse inquadrata nella disciplina della di lui partecipazione, in maniera costruttiva, al processo; tendesse ad un giusto equilibrio, ad una corretta composizione delle forze contrastanti dell'accusa e della difesa; avesse, fra i tanti, due importanti scopi: salvaguardare l'imputato da sorprese spesso imprevedibili e inevitabili e sempre ingiuste in caso di amnistia e porlo in grado di esplicitare una

attività difensiva. E spiegava: « Sul primo aspetto, basterà considerare la gravità e l'irreparabilità di un procedimento di applicazione dell'amnistia per un processo la cui esistenza fosse ignota all'imputato (vi sono casi come quello di azione penale promossa presso un'autorità giudiziaria lontana dalla residenza dell'imputato, nei quali a costui non è possibile venire a conoscenza di un processo a suo carico): fenomeno questo che neppure la facoltà, recentemente introdotta nella nostra legislazione e molto discutibile ⁽¹⁾, di rinunzia all'amnistia riuscirebbe ad evitare, visto che tale facoltà non è congegnata in maniera da comportare la comunicazione all'imputato. Sul secondo aspetto, invociamo la nostra esperienza professionale (così come quella analoga dei magistrati), ricca di casi nei quali la tardiva conoscenza da parte dell'imputato di un processo preclude a costui, o rende difficile, o per lo meno non accreditato, un esperimento di prova generica o specifica. Specialmente nei processi a carico di imputati a piede libero, è frequente la constatazione di simili non riparabili conseguenze, dovute alla mancanza di una tempestiva comunicazione del promovimento dell'azione penale. Una tale comunicazione risponderebbe, oltre che alle segnalate importanti esigenze pratiche, ad un profilo sistematico fondamentale: quello della perfezione del rapporto processuale. Visto il processo penale come un rapporto giuridico, è chiaro che questo rapporto postula un punto di consolidamento: e potrebbe esattamente identificarsi nella comunicazione all'imputato del promovimento dell'azione penale » ⁽²⁾.

È con gli artt. 76, 77 e 78 che il progetto del 1950 introduceva l'innovazione dell'avviso alla persona contro la quale il pro-

(1) Con sentenza n. 175 del 1971, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 151, primo comma, cod. pen., nella parte in cui non prevede, cioè esclude, la rinunzia all'applicazione dell'amnistia. Avevo sostenuto assai prima la tesi opposta (*Aspetti sostanziali, processuali e costituzionali della rinunzia all'amnistia*, in *Giust. pen.*, 1960, fasc. n. 12-bis, *In memoria di Ernesto Battaglini*, col. 64 ss.). E non ho cambiato la mia motivata opinione personale.

(2) *Riv. pen.*, 1947, pp. 982-983.

cedimento fosse instaurato (da notificarsi a pena di nullità sanabile) e ne indicava — con sufficiente puntualità e rigore — i requisiti, il contenuto ed i termini: menzione dell'autorità procedente, del titolo del reato, della data del fatto, della persona offesa o danneggiata; invito a nominare un difensore di fiducia e ad eleggere il domicilio; obbligo della notifica entro trenta giorni da quello nel quale sia giunto il rapporto, il referto, la denuncia, la richiesta, l'istanza o altra notizia del reato.

La relazione ministeriale, illustrando le norme, osservava che, col sistema del codice Rocco, accade non di rado che l'imputato « quando, dopo una fase istruttoria prolungatasi per mesi, sappia che corre il rischio di un giudizio, le prove a sua discolta che gli sarebbe stato facile raccogliere, se tempestivamente avvertito, siano diventate difficili a reperirsi e talvolta addirittura irreperibili », poneva in evidenza che ciò contrasta « con le esigenze dell'accertamento della verità reale, di un leale contraddittorio e di una efficace difesa » ed affermava che va reso « operante il principio — che ha assunto rilevanza costituzionale dall'essere contenuto nell'art. 24, secondo comma, della Costituzione — che la difesa in ogni fase e grado del giudizio è un diritto inviolabile dell'imputato » (3).

L'aspirazione non è stata realizzata con la « novella » 18 giugno 1955, n. 517, per « le gravi difficoltà sulla configurazione dell'istituto » (4), mentre le vicende che hanno fatto seguito (5), piuttosto confuse, hanno condotto ad un approdo niente affatto soddisfacente e convincente, il quale ha in notevole misura tradito le finalità originarie dell'auspicata riforma.

(3) Ministero di grazia e giustizia - Commissione ministeriale per la riforma del codice di procedura penale, *Progetto di modificazioni per l'aggiornamento del codice di procedura penale*, Roma, 1950, p. 24.

(4) G. LEONE, *Trattato di diritto processuale penale*, vol. I, Napoli, 1961, pp. 231-232, nota 35; p. 576; vol. II, p. 251, nota 4-bis.

(5) Atti della Camera dei Deputati, V Leg., doc. n. 243 (proposta Alessi); doc. nn. 238-228-243 A (testo unificato della proposta Alessi col disegno governativo e con la proposta Riz, Mitterdorfer e Dietl); Atti del Senato della Repubblica, V Leg., doc. n. 737.

2. - Dalla legge n. 932 del 1969 si è occupata prontamente la dottrina ⁽⁶⁾; e di questa sono state sinteticamente riassunte le censure: « Nell'introdurre nel nostro sistema processuale penale l'avviso di procedimento, il legislatore non ha fornito gli elementi che debbono caratterizzarlo e non ha neppure dimostrato la necessaria precisione in ordine al momento in cui l'avviso deve essere comunicato (*rectius* notificato), ponendo il richiamo al primo atto di istruzione e agli atti da compiere nel corso di essa [...]. Ne consegue che tutto è aperto alla discussione: se l'avviso debba contenere gli estremi essenziali del fatto-reato, l'autorità procedente e l'invito ad esercitare la facoltà di nominare un difensore e non anche il titolo del reato; quali siano gli atti equipollenti che lo possano sostituire; se debba essere notificato in un tempo precedente o coevo o successivo al primo atto di istruzione; come venga a prodursi la nullità per l'omessa o tardiva notificazione » (7).

Gli inconvenienti lamentati da Giovanni Leone circa l'amnistia sono stati, in verità, parzialmente superati già prima della adozione dell'avviso di procedimento, avendo la legge n. 517 del 1955 esteso alla dichiarazione di non doversi procedere per amnistia l'obbligo di interrogare l'imputato sul fatto costituente l'og-

(6) Vedi A. GIARDA, *Primi appunti sull'avviso di procedimento all'imputato e sulla sua eventuale omissione o intempestività*, in *Giur. it.*, 1971, II, col. 503 ss.; V. M. CAFERRA, *Sull'avviso di procedimento*, in *Foro it.*, 1971, II, col. 642 ss.; U. FERRANTE, *Brevi osservazioni sull'avviso di procedimento all'imputato*, in *Giur. merito*, 1972, II, p. 55 ss. Adde: E. DOSI, *L'avviso di procedimento*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1970, p. 1090 ss.; V. GIANTURCO, *Dell'avviso di procedimento*, in *Arch. pen.*, 1970, I, p. 169 ss.; G. CONSO, *Inizio delle indagini e diritto di difesa (brevi note sulla legge 5 dicembre 1969, n. 932)*, *ivi*, 1970, I, p. 139 ss.; M. LEONE, *Spunti sull'avviso di procedimento e sulla nuova formulazione dell'art. 304 cod. proc. pen.*, *ivi*, 1970, I, p. 191 ss.; U. DINACCI, *Alcune prospettazioni sulla miniriforma del processo penale*, *ivi*, 1970, I, p. 308 ss.; A. MALINVERNI, *La riforma del processo penale*, Torino, 1970, p. 127; I. MONTONE, *Primi appunti sulla legge 5 dicembre 1969, n. 932, con particolare riguardo all'attività del p.m. e del pretore in base alla nuova normativa processuale concernente le indagini preliminari, il diritto di difesa, l'avviso di procedimento e la nomina del difensore*, in *Giust. pen.*, 1970, III, col. 253 ss.; E. CAPIZZANO, *Portata e limiti della legge n. 932 in relazione alla garanzia difensiva del contraddittorio*, in *Temi*, 1970, p. 753 ss.

getto dell'imputazione (artt. 376, 392, primo comma, 398, terzo comma, e 421, primo comma, cod. proc. pen.)⁽⁸⁾: solo parzialmente, se, per l'assenza di un atto di istruzione, venga a mancare l'avviso, dappoichè, mentre questo consente meditazione, consultazioni, *excursus* di disponibili adduzioni difensive, calcolo di convenienza pratica, l'interrogatorio, talora improvviso ed inaspettato, richiede pronta determinazione e decisione sommaria.

Si hanno, infatti, nella prassi, interrogatori informali ed atipici, preceduti da laconico invito e valorizzati o valorizzabili in modo distorto nelle vicende processuali: l'audizione di chi non abbia ancora assunto la qualifica di imputato⁽⁹⁾ o di chi sia indicato come reo — in contraddittorio con il denunciante, il querelante o l'offeso — a mente dell'art. 398, secondo comma, cod. proc. pen.; o dell'imputato, in sede camerale, per la pronuncia anticipata di proscioglimento dell'art. 421 cod. proc. pen.; e si hanno interrogatori resi *in vinculis* (o su mandato di accompagnamento), senza l'ausilio del difensore tecnico, presente o assente che sia⁽¹⁰⁾.

Altrettanti e maggiori sono gli svantaggi e lo sconcerto per l'interpello circa la rinuncia (o l'accettazione) dell'amnistia, non regolato da alcuna norma di rito: e, per di più, la giurisprudenza

(7) A. BUZZELLI, *Sull'interrogatorio dell'imputato*, in *Riv. dir. proc.*, 1972, p. 471, nota 25.

(8) Vedi la sentenza n. 151 del 1967 della Corte costituzionale.

(9) Per la pronuncia della sentenza di non doversi procedere per amnistia, è stato ritenuto sufficiente il cosiddetto interrogatorio a chiarimento: Cass., 5 maggio 1971, in *Giust. pen.*, 1972, III, col. 288, n. 564; 2 luglio 1971, *ivi*, n. 563. Vedi, però, M. SCARDIA, *Ancora in tema di rinuncia all'amnistia*, in *Giur. Compl. Cass. Pen.*, 1959, vol. XXX, pp. 41-43. In posizione critica su questo tipo di interrogatorio, sostitutivo, in pratica, dell'audizione di chi è indicato come reo in contraddittorio col denunciante, il querelante o l'offeso (art. 300 cod. proc. pen.) — ben diversa dal confronto — è fra gli altri G. FOSCHINI, *Sistema del diritto processuale penale*, Milano, 1968, vol. II, p. 174.

(10) Vedi la sentenza n. 62 del 1971 della Corte costituzionale. Cfr. anche l'art. 135 cod. proc. pen. e, per ciò che lo riguarda, la sentenza n. 26 del 1972 della stessa Corte.

ha escluso che esso vada deferito quando l'imputato sappia del procedimento a suo carico ⁽¹¹⁾.

3. L'aver subordinato l'avviso all'espletamento di un atto istruttorio ha vanificato, in una grande quantità di casi, sia l'articolo 145 cod. proc. pen., che riconosce alle parti private e ai loro difensori la facoltà di presentare al giudice memorie o istanze (determinando, in concreto, una disparità di trattamento tra l'imputato e l'offeso o il danneggiato dal reato, il quale, se denunciante o querelante, è avvertito del procedimento), sia l'art. 250 dello stesso codice, per il quale chi abbia contezza che contro di lui « è iniziato o è per iniziarsi un procedimento penale ha facoltà di presentarsi al magistrato competente per l'istruzione, allo scopo di fare le sue dichiarazioni »: duplice facoltà (dell'art. 145 e dell'art. 250), il cui effettivo ed egualitario esercizio andrebbe garantito proprio dall'avviso di procedimento, tempestivamente a tutti notificato, onde evitare la discriminazione tra l'imputato cui è consentito e l'imputato cui non è consentito tentare di scongiurare lo *strepitus fori* o la condanna per decreto, con l'addurre prove documentali, testimoniali o d'altra natura, che rendano convinto il magistrato dell'infondatezza dell'addebito.

Cosicchè la legge n. 932 del 1969 ha creato una sperequazione tra gli stessi imputati, privilegiando i procedimenti per i quali venga esperita un'istruzione, rispetto a quelli per cui venga senz'altro effettuata la *vocatio in iudicium* ⁽¹²⁾: e si ha qui un ulteriore contrasto con l'art. 3 Cost.

⁽¹¹⁾ Vedi Cass., Sez. Unite, 9 luglio 1960, in *Giust. pen.*, 1961, II, col. 208 ss.; Cass. 3 ottobre 1960, *ivi*, col. 332, n. 354; 5 ottobre 1960, *ivi*, col. 430, n. 486; 10 febbraio 1961, in *Cass. pen. Mass. annot.*, 1961, p. 552, n. 1178 ecc.

⁽¹²⁾ Vedi F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 1966, pp. 381-382; G. LOZZI, *I limiti cronologici della fase predibattimentale*, Milano, 1968, p. 29 ss. Cfr. anche la sentenza della Corte costituzionale n. 46 del 1967.

Con la sentenza n. 33 del 1966 la Corte costituzionale ha dichiarato illegittimo l'art. 398 cod. proc. pen., limitatamente alla parte in cui non prevede la contestazione del fatto e l'interrogatorio dell'imputato, qualora si proceda ad atti di istruzione. In conformità sono anche le ordinanze della stessa Corte n. 134 del 1970 e n. 113 del 1971.

4. A qualche perplessità, d'ordine logica prima che costituzionale, induce l'ultimo inciso dell'art. 390 cod. proc. pen. nel testo dell'art. 9 della legge n. 932 del 1969, che richiede l'avviso di procedimento (e l'invito alla nomina del difensore), quando l'espletamento dei cosiddetti atti di istruzione preliminare sia avvenuto per iniziativa o per ordine del magistrato ex artt. 231 e 232 dello stesso codice, lasciando fuori dalla disciplina in esame gli atti di spettanza funzionale della polizia giudiziaria ex articolo 219 ⁽¹³⁾ o altri direttamente da questa eseguiti. E si tratta di una « sequenza temporale in bianco », dato che non esiste una classificazione ontologica degli atti, i quali si qualificano invece in virtù della fase (preliminare, istruttoria, dibattimentale) in cui vengono effettuati ⁽¹⁴⁾.

Orbene, se gli atti compiuti direttamente dalla polizia giudiziaria non si sottraggono alle garanzie difensive ordinarie, allorchè siano coinvolti nelle decisioni n. 86 del 1968 ⁽¹⁵⁾ e n. 148 del 1969 della Corte costituzionale ⁽¹⁶⁾, rispetto ad essi, però, intervengono solo le garanzie comuni e non anche la protezione preventiva dell'avviso: un trattamento diverso a seconda che gli atti siano predisposti dalla magistratura oppure dalla polizia; garanzie inversamente proporzionali alla dipendenza e alla imparzialità dell'organo che agli atti attende.

5. È ben vero che l'art. 78, secondo comma, cod. proc. pen. considera imputato colui rispetto al quale la legge riconosce un determinato diritto e che, di converso, l'art. 8 della legge n. 932 del 1969, che ha modificato l'art. 304 cod. proc. pen.,

⁽¹³⁾ Vedi la sentenza n. 2 del 1970 della Corte costituzionale.

⁽¹⁴⁾ G. F. BONETTO, *Citazione a giudizio senza previo esperimento di attività istruttorie da parte del pretore e diritto di difesa*, in *Giur. cost.*, 1967, p. 288.

⁽¹⁵⁾ M. SCAPARONE, *Preistruzione e diritto di difesa*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1968, p. 1301 ss.; C. FARANDA, *Il diritto di difesa nella preistruttoria*, in *Giur. it.*, 1969, I, 1, col. 219 ss.

⁽¹⁶⁾ Vedi anche la sentenza n. 62 del 1971 della Corte costituzionale. L'art. 225 cod. proc. pen. è stato modificato, prima, dall'art. 3 della legge 5 dicembre 1969, n. 392, poi, dall'art. 3 della legge 18 marzo 1971, n. 62.

impone l'avviso quando il procedimento è entrato nella sfera degli atti che all'imputato attribuiscono un diritto (sicchè dal contesto risulta un deliberato parallelismo tra qualifica di imputato, atto di istruzione e avviso di procedimento [¹⁷]), ma è altrettanto

(¹⁷) Il momento in cui deve incardinarsi l'avviso di procedimento è quello in cui il processo, anche in maniera non definitiva ed esauriente, consente la individuazione di un indiziato di reato; e deve trattarsi di un atto promanante dal giudice (o dal p.m.) e diretto o quanto meno predisposto ad acquisire la prova del reato in relazione ad uno o più soggetti determinati, deve cioè trattarsi di uno degli atti disciplinati dal codice di rito come atti di istruzione, ivi compresi, per la estensione dell'art. 9 della legge n. 932 del 1969, gli atti di istruzione preliminare ex artt. 231 e 232 cod. proc. pen.: Cass. 21 giugno 1972 (c. di c.), *Corte Suprema di Cassazione Mass. delle decisioni penali*, p. 820.

La Cass. 22 gennaio 1971, in *Cass. pen. Mass. annot.*, 1972, p. 309 ss., n. 342, che ha trattato e risolto molti interrogativi della problematica scaturita dagli artt. 8 e 9 della legge n. 932 del 1969, ha avuto il merito di riconoscere che questi ultimi concernono ogni e qualsiasi atto istruttorio e non solo quelli in relazione ai quali la legge processuale accorda un ben determinato diritto all'imputato (compreso l'esame testimoniale); e, dato che l'imputato deve essere posto in grado di esercitare la difesa, la sottrazione o la compressione di tale facoltà attiene al di lui intervento nel processo ed è, quindi, causa di nullità insanabile ex art. 185, primo comma, n. 3, e secondo comma, cod. proc. pen. Ma, operando in senso riduttivo, ha pure elencato esemplificativamente gli atti equipollenti all'avviso di procedimento, che ne rendono superfluo l'adempimento: il fermo di polizia giudiziaria, l'arresto in flagranza o quasi flagranza, l'ordine o il mandato di cattura, la notifica fin dall'inizio dell'attività istruttorio all'imputato o all'indiziato ovvero al suo difensore di formale avviso del compimento di determinati atti cui egli abbia diritto di assistere, la presentazione spontanea ai sensi dell'art. 250 cod. proc. pen., la convocazione dinanzi al giudice istruttore ai sensi dell'art. 300 cod. proc. pen. Per l'ordine di cattura e per l'arresto in flagranza con valore sostitutivo ed equipollente dell'avviso di procedimento, vedi, rispettivamente, Cass., 1° ottobre 1971, in *Foro it.*, 1972, II, col. 295 e ss. e Cass., 13 giugno 1972, in *Corte Suprema di Cassazione Mass. ecc. cit.*, 1972, p. 788, m. 4160. Per l'attribuzione dello stesso valore al decreto di citazione in giudizio dinanzi al pretore non preceduto da atti istruttori o pre-istruttori, vedi, da ultimo, Cass., 24 giugno 1972, *ivi*, p. 843, n. 4507 (sec. mass.). In dottrina: M. PISANI, *Il mandato e l'ordine di cattura come equipollenti dell'avviso di procedimento*, in *L'indice penale*, 1971, p. 313 ss. Commenta puntualmente il BUZZELLI, *Sull'interrogatorio ecc.*, cit., p. 474, nota 39: « L'imputato che versa in tali situazioni è privato del diritto alla conoscenza del procedimento secondo le finalità tipiche dell'istituto dell'avviso, che vuole consentire la tempestiva esplicazione di un'attività difensiva ». Senza dubbio, sarebbe assurda, anzi, inconcepibile, la pretesa che l'avviso, abbia a precedere il fermo, l'arresto in flagranza o quasi flagranza, l'ordine o il mandato di cattura, ecc. Epperò, per la delimitazione, in fatto e in diritto, dell'addebito, esso andrebbe notificato anche dopo un atto — qualunque esso sia — di privazione della libertà personale. Neppure quando siano stati emessi ordini o mandati, che debbono contenere un cenno del fatto e l'indicazione degli articoli di legge che lo prevedono

vero che una moderna ed avanzata dottrina ha posto in crisi il

(artt. 264, 393 ecc. cod. proc. pen.), l'avviso diventa di per sé frustraneo per l'eventualità che l'inquirente, *re melius perpensa*, possa dare all'illecito una qualificazione giuridica diversa (di maggiore o minore rilevanza) di quella per cui l'ordine o il mandato era stato emesso. E il prevenuto ha interesse (e diritto) a conoscere con esattezza e prontamente l'oggetto dell'addebito e l'area della sua difesa.

Con altra sentenza 16 aprile 1971, in *Cass. pen. Mass. annot.* 1972, p. 669, n. 889, la Cassazione ha affermato che, nell'istruttoria sommaria, il pubblico ministero che ravvisi superflua ogni attività istruttoria e provveda senz'altro all'interrogatorio, previa notifica dell'ordine di comparizione, non deve comunicare l'avviso di procedimento, perché quell'ordine, contenendo la completa formulazione dell'accusa e rendendo possibile l'esercizio del diritto di difesa, comprende in sé le minori formalità dell'avviso, che diventa inutile. La Corte costituzionale (sentenza n. 190 del 1970) ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 304-bis cod. proc. pen., nella parte in cui esclude il diritto di difensore di assistere all'interrogatorio. Vedi G. CONSO, *Il difensore e l'interrogatorio*, in *Arch. pen.*, 1971, I, pp. 278-279. E allora? Se l'interrogatorio, cui ha diritto di assistere il difensore e che, quindi, secondo la Cassazione, comporta l'obbligo dell'avviso di procedimento, è, precipuamente, un mezzo difensivo (vedi G. SABATINI, *Teorie delle prove nel diritto giudiziario penale*, vol. I, Catanzaro, 1909, p. 282; G. LEONE, *Trattato ecc. cit.*, vol. II, p. 249 ss.; G. CONSO, *Istituzioni di diritto procedurale penale*, Milano, 1969, p. 113; O. CAMPO, voce *Interrogatorio dell'imputato*, in *Encicl. del dir.*, vol. XXII, Milano, 1972, p. 335), l'omissione dell'interrogatorio prima del giudizio pretorile (art. 398, terzo comma, cod. proc. pen.; vedi la sentenza della Corte costituzionale n. 33 del 1966) e la correlativa omissione dell'avviso sacrificano, per ben due volte, le prerogative della difesa.

Tipico è il contrasto giurisprudenziale sul sequestro: la Cass. 26 gennaio 1971, in *Cass. pen. Mass. annot.*, 1972, p. 673, n. 897, e 13 giugno 1972, in *Corte Suprema di Cassazione*, *Mass. ecc.*, cit., 1972, p. 790, n. 4162, nega che abbia la natura di esclusivo atto dell'istruzione e — potendo esso essere eseguito in ognuna delle fasi processuali — lo ritiene qualificato dalla fase in cui viene attuato. Per i precedenti in vario senso, vedi la nota di richiami in *Cass. pen. Mass. annot.*, ult. cit.

Per la Cass. 16 novembre 1971, in *Giust. pen.*, 1973, III, col. 38, n. 38, « il provvedimento di sequestro rientra tra gli atti istruttori, in quanto è diretto all'acquisizione e alla conservazione di elementi probatori ritenuti rilevanti ai fini del decidere; pertanto nel giudizio pretorile, una volta disposto il sequestro, occorre procedere all'interrogatorio dell'imputato e alla contestazione dell'accusa, sotto pena di nullità del giudizio a norma dell'art. 185 n. 3 cod. proc. pen. ».

Per la nullità assoluta ed insanabile sia dell'atto di istruzione compiuto senza la comunicazione all'imputato dell'avviso di procedimento, sia degli atti successivi in rapporto di dipendenza sostanziale con l'atto annullato, vedi Cass. 17 febbraio 1972, in *Foro it.*, 1972, II, c. 253 ss. Una netta differenziazione tra imputato identificato ed imputato individuabile quanto all'obbligo dell'avviso di procedimento e alla nullità per la sua omissione, fa, invece, la Cass. 1° ottobre 1971, cit. *supra*. Vedi anche E. PALMIERI, *Interrogatorio dell'imputato e nullità assoluta*, in *Arch. pen.*, 1970, I, p. 471 ss.

Se viene annullata la sentenza di rinvio a giudizio per nullità delle prove raccolte in ispreto ai diritti della difesa, senza previo avviso di procedimento, va da sé

sistema del codice ⁽¹⁸⁾, per il quale la contestazione viene in essere successivamente alla formulazione dell'accusa, ed ha iniziato una più raffinata ricerca per l'individuazione del punto di incidenza del rapporto processuale penale. E quel particolare strumento di anticipata contestazione (precontestazione) che è l'avviso di procedimento convalida la non coincidenza tra accusa ed azione penale ⁽¹⁹⁾ ed esprime un modo nuovo di concepire i poteri della difesa, che non debbono — cioè non debbono più — sorgere quando l'*opinio delicti* siasi già formata, bensì prima, in tempo utile perchè sia contrastabile in tutto o in parte.

Occorre, insomma, effettuare « lo sganciamento del concetto di inizio del procedimento da quello di costituzione del rapporto processuale » ⁽²⁰⁾, il che non implica che sia data risposta al quesito dogmatico se gli atti, mediante i quali le *notitiae criminis* vengono portate a conoscenza dell'autorità, siano processuali o preprocessuali ⁽²¹⁾, perchè ciò che conta è che le *notitiae* siano idonee ad introdurre un procedimento.

6. Quanto all'art. 24, secondo comma, Cost., è sostenibile che « stato » del procedimento sia anche la situazione processuale in cui l'indiziato divenga, senza istruttoria, imputato. La pausa di meditazione e di valutazione del giudice sulla sufficienza degli elementi raccolti autonomamente dalla polizia giudiziaria o sulla serietà ed attendibilità del rapporto, del referto,

che debba essere annullato anche il mandato di cattura che da tali prove acquisite *contra legem* tragga la sua giustificazione: Cass. 12 giugno 1972 (c. di c.), in *Corte Suprema di Cassazione Mass. ecc.*, cit., 1972, p. 777.

⁽¹⁸⁾ Vedi V. CAVALLARI, voce *Contestazione dell'accusa*, in *Enc. del Dir.*, Vol. IX, Milano, 1961, p. 632.

⁽¹⁹⁾ Vedi G. CONSO, *Accusa e sistema accusatorio*, in *Enc. del dir.*, cit., vol. I, 1958 p. 338.

⁽²⁰⁾ Vedi M. CHIAVARIO, *Inizio del procedimento penale e tutela giurisdizionale del diritto di difesa*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1963, pp. 615 e nota 9, 617, con ampi richiami di dottrina.

⁽²¹⁾ Vedi G. CONSO, *Inapplicabilità degli artt. 136^l, 137^l e 184 c.p.p. in materia di denuncia e di querela*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1958, p. 1039 ss.

della querela, della denuncia, della richiesta, dell'istanza (art. 78, secondo comma, cod. proc. pen.) è da ritenersi uno « stato » del procedimento, non sottratto, pertanto, ai compiti defensionali ⁽²²⁾.

Che lo « stato » del procedimento possa prescindere dalla istruttoria è dimostrato dal fatto che, accanto agli atti istruttori espressamente classificati e disciplinati dal codice, si prevedono le indagini (vedi, ad esempio, l'art. 398, primo comma, cod. proc. pen.), le quali esulano o possono esulare da una istruttoria vera e propria, pur presupponendo che il giudice sia stato investito del procedimento, cioè che sia in vita un momento o una fase processuale.

7. La Convenzione dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali ⁽²³⁾, all'art. 6, n. 3, reca: « Tout accusé a droit notamment à: a) être informé, dans le plus court délai, dans une langue qu'il comprend et d'une manière détaillée, de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui ».

Non si vuole qui risolvere il delicato e controverso problema se l'art. 10, primo comma, Cost. sia utilizzabile per attribuire una particolare forza di resistenza nell'ordinamento statale interno alla convenzione di Roma. Secondo una diffusa interpretazione, tale precetto costituzionale concerne le norme accettate dalla comunità internazionale nel suo complesso e non quelle che risultano da trattati o accordi territorialmente limitati ⁽²⁴⁾; ma

(22) Vedi G. F. BONETTO, *Citazione a giudizio*, ecc. cit., p. 287 ss.

(23) Vedi V. ANDRIOLI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il processo penale*, in *Temi rom.*, 1964, p. 457 ss.; Id., *Appunti di procedura penale*, Napoli, 1965, p. 29 ss.; M. PISANI, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e processo penale*, in *Foro it.*, 1966, IV, col. 33 ss.; M. CHIAVARIO, *Le garanzie fondamentali della persona umana nella Convenzione di Roma e nel processo penale italiano*, in *Riv. dir. matr.*, 1966, p. 501 ss.; E. AMODIO, *La tutela della libertà personale dell'imputato nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1967, p. 841 e *passim*; G. CONSO, *Patti internazionali in materia penale ed interventi della Commissione Europea*, *ivi*, 1969, p. 657 ss.

(24) Vedi M. CHIAVARIO, *La Convenzione dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Milano, 1960, p. 41 e nota 79.

non è a tacere che detta Convenzione è stata ratificata, dal 1951 al 1967, da ben quindici Stati ⁽²⁵⁾.

È stato, per altro, rilevato che nel ripetuto art. 6, n. 3, lett. a), può ravvisarsi un cenno all'avviso di procedimento ⁽²⁶⁾. E a fronte della negata generalizzazione dell'obbligo dell'avviso, non sarebbe forse azzardata la seguente alternativa: o la violazione della Convenzione ad opera dell'Italia, nei confronti dei cittadini degli Stati firmatari, se questi non vengano informati « dans le plus court délai » di ogni accusa avanzata contro di loro ⁽²⁷⁾ o la violazione del principio di eguaglianza dell'art. 3 Cost., se ai cittadini stranieri, diversamente che ai cittadini italiani, venga fatta subito la comunicazione per un'accusa mossa in Italia.

8. Inquietante è il riflesso della vigente disciplina sul decreto penale di condanna; chè, mentre la proposta Alessi ⁽²⁸⁾ si era data carico di imporre che la condanna per decreto di cui all'art. 506 cod. proc. pen. fosse preceduta da un intervallo di quindici giorni dalla notifica dell'avviso, attualmente, qualora non siano stati disposti atti istruttori, l'imputato resta ignaro del procedimento e ne ha notizia solo con la condanna ⁽²⁹⁾ (e, ma-

⁽²⁵⁾ Il Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda, la Svezia, la Repubblica Federale Tedesca, la Norvegia, l'Islanda, l'Eire, la Danimarca, la Turchia, i Paesi Bassi, l'Italia, il Belgio, il Lussemburgo, l'Austria, Cipro e Malta.

⁽²⁶⁾ Vedi V. M. CAFERRA, *Sull'avviso di procedimento*, cit., col. 644.

⁽²⁷⁾ Vedi G. CONSO, *I diritti dell'uomo e il processo penale*, in *Costituzione e processo penale*, Milano, 1969, p. 67 ss.; Id., *Giustizia penale e carenze internazionali*, *ivi*, p. 99 ss. e spec. pp. 108-109.

⁽²⁸⁾ Vedi nota 5.

⁽²⁹⁾ La Cass. 2 marzo 1970, in *Giust. pen.*, 1971, III, col. 189, ha affermato che « l'emissione del decreto penale, anche se siano stati compiuti atti istruttori senza la preventiva contestazione e l'interrogatorio dell'imputato, non costituisce alcuna violazione del diritto di difesa, il quale incomincia ad avere la sua possibilità di espletamento da quando viene proposta, opposizione al decreto stesso ». La decisione riguarda, non v'è dubbio, una fattispecie antecedente al *novum jus* e, coerentemente all'indirizzo della Suprema Corte, applica il principio *tempus regit actum*. Al postutto, è superfluo osservare che, quando compie l'istruttoria, il pretore non può sapere se potrà o riterrà opportuno prosciogliere, emettere decreto penale o citare a giudizio. Conforme alla ricordata sentenza (per il mancato interrogatorio dell'imputato), vedi Cass. 16 febbraio 1966, *ivi*, 1967, III, col. 81.

gari, non ha neppure la ventura di averne notizia in tempo utile per esperire personalmente l'opposizione entro il prescritto avaro termine di cinque giorni: art. 507, secondo e terzo comma, cod. proc. pen.) (30).

Sarebbe una iattura, nella presente situazione di crisi della amministrazione della giustizia e di pletora delle pendenze giudiziarie, l'abolizione del rito per decreto penale — ritenuto immune da vizi, sul piano del riscontro di legittimità, dalla Corte costituzionale (31) —, proposta nello schema di parere della Commissione Affari Costituzionali della Camera dei Deputati alla Commissione Giustizia sul disegno di legge di delega per la riforma del codice di procedura penale (32). Una iattura da scongiurare. Le riprovazioni vanno affrontate altrimenti: e precisamente col previo avviso di procedimento, oltre che col prolungamento dei termini per l'opposizione, con l'indicazione, nel decreto, del difensore (di fiducia o d'ufficio) e con il conferimento a quest'ultimo del potere di impugnazione.

9. In conclusione, le norme sull'avviso di procedimento hanno praticamente e paradossalmente invertito la marcia dell'avviato, progressivo sviluppo delle guarentigie difensive: un indirizzo che la riforma organica del codice processualpenalistico (33) (o la Corte costituzionale) dovrebbe ripristinare, rimuov-

(30) Vedi la sentenza n. 159 del 1972 della Corte costituzionale.

(31) Vedi le sentenze n. 170 del 1963 e n. 27 del 1966 (la quale ha dichiarato non fondata la questione di legittimità dell'art. 506 cod. proc. pen. nella parte in cui dà facoltà al pretore di pronunciare condanna per decreto senza prima aver interrogato l'imputato nè enunciato il fatto in un mandato rimasto senza effetti).

(32) Camera dei Deputati, Bollettino delle Giunte e delle Commissioni Parlamentari, VI Leg., 20 dicembre 1972, p. 4.

(33) Il disegno di legge delega contiene, all'art. 2, il n. 32 del seguente tenore: « Obbligo del pubblico ministero di notificare, contemporaneamente alla richiesta di giudizio immediato o di istruzione, all'imputato noto e alla persona offesa dal reato, l'avviso di procedimento con l'indicazione della imputazione; obbligo del pubblico ministero di notificare immediatamente alla persona indiziata di reato ed alla persona offesa l'avviso di richiesta di archiviazione »: Atti della Camera dei Deputati, VI Leg., doc. n. 864.

vido le residue incrostazioni autoritarie, le elusive diffidenze, le pregiudizievoli ambiguità, che ostacolano le funzioni della difesa.

È un augurio e una speranza. Per l'instaurazione di una più solida struttura garantistica, che rafforzi un civile costume di rispetto dell'uomo e ponga il processo penale al passo coi tempi (* *).

(**) Questo scritto era già licenziato per la stampa, quando: a) la Corte costituzionale ha trattato la questione di legittimità dell'art. 8 della legge 5 dicembre 1969, n. 932 (in relazione all'art. 9), con riferimento agli artt. 3 e 24 della Costituzione, e l'ha dichiarata non fondata con sua sentenza n. 197 del 1972; e l'altra questione di legittimità dell'art. 509 cod. proc. pen., nella parte in cui impone, per l'opposizione a decreto penale, la richiesta di dibattimento e la specificazione dei motivi, con riferimento all'art. 24 Cost., e — sul presupposto della ortodossia costituzionale del procedimento monitorio, giudicato vitale strumento di rapido giudizio — l'ha risolta, con sua sentenza n. 19 del 1973, escludendo la sanzione di inammissibilità per la mancata richiesta di dibattimento e pronunciando l'illegittimità dell'obbligo di specificazione dei motivi; b) la G. U. n. 326 del 16 dicembre 1972 ha pubblicato la legge 15 dicembre 1972, n. 773, che all'art. 3, ha cambiato la denominazione dell'avviso di procedimento in comunicazione giudiziaria; ne ha disposto un dettagliato contenuto, che l'avvicina di più a una contestazione dell'accusa, prescrivendo, in aggiunta all'invito ad esercitare la facoltà di nominare un difensore di cui alla legge precedente, l'indicazione delle norme di legge violate e la data del fatto; ha richiesto che la notifica avvenga per posta in piego chiuso raccomandato con ricevuta di ritorno; ma non ha stabilito per la notifica un termine della decorrenza dell'assunzione della qualità di imputato ed ha tenuto fermo che l'adempimento è dovuto sin dal primo atto di istruzione: non ha, cioè, eliminato le principali critiche sulle quali mi sono intrattenuto nel testo; c) la Commissione Affari Costituzionali della Camera dei Deputati ha suggerito (e solo suggerito a titolo di osservazione e non di condizione della positività del parere alla Commissione Giustizia, essendo stato così modificato il primitivo schema) di «sopprimere la norma delegante, di cui al n. 30 dell'art. 2, contenente la previsione del procedimento per decreto», così argomentando: «Tale procedimento viola l'art. 24, secondo comma, della Costituzione per la mancanza del contraddittorio e dell'esercizio del diritto di difesa prima della emanazione del decreto, particolarmente sotto il profilo che manca l'avviso di nomina del difensore all'imputato, necessario a garantire il diritto di difesa» (Camera dei Deputati, Bollettino ecc., cit., 24 gennaio 1973, pp. 3-4).

Nella motivazione della sentenza n. 77 del 1972 della Corte costituzionale si era sottolineato che «è di gravissimo pregiudizio morale (e spesso anche economico) la diffusione della notizia che taluno è indiziato di reato (e magari tanto ingiustamente, che potrebbe seguire la pronunzia di non promovimento dell'azione penale per infondatezza dell'accusa: art. 74, terzo e quarto comma, cod. proc. pen.)». Vedi G. CONSO, *Avviso di reato e presunzione di non colpevolezza*, in *Temi*, 1972, pp. 171-172.

La Corte costituzionale ha, in prosieguo, esaminato altro aspetto della problema-

tica scaturente dall'istituto dell'avviso di procedimento (non ancora denominato comunicazione giudiziaria alla data dell'ordinanza di rimessione): con sentenza n. 155 del 1973 ha dichiarato non fondata la questione di legittimità dell'art. 160 cod. pen., in relazione all'art. 304 cod. proc. pen., modificato dall'art. 8, primo e secondo comma, della legge n. 932 del 1969, nella parte in cui ^{NON} comprende l'avviso tra gli atti interruttivi della prescrizione.