

Osservatorio sulla Corte di cassazione

Alcoltest

La decisione

Alcoltest - Accertamento urgente - Garanzie difensive - Omisione - Nullità a regime intermedio - Termine deduzione (Cost., art. 24; c.p.p., artt. 178, 180, 182, 354, 356 c.p.p.; disp. att. c.p.p., art. 114; d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285, art. 186).

Se, ai fini dell'accertamento della contravvenzione di guida sotto l'influenza dell'alcool, la nullità a regime intermedio conseguente al mancato avvertimento alla persona da sottoporre al controllo alcolimetrico della facoltà di farsi assistere da un difensore di fiducia in violazione dell'art. 114 disp. att. c.p.p., possa ritenersi sanata se non eccepita dall'interessato prima del compimento dell'atto, ovvero immediatamente dopo, ai sensi dell'art. 182, co. 2, c.p.p.; nonché, in caso di risposta positiva, in quali forme e termini l'invalidità debba essere dedotta per evitare la sanatoria, e, in particolare, se la decadenza dall'eccezione presupponga l'instaurazione del rapporto tra l'indagato ed il difensore.

CASSAZIONE PENALE, SEZIONE QUARTA, 21 ottobre 2014 (ud. 26 settembre 2014) - BRUSCO, *Presidente* - PICCIALLI, *Estensore* - IACOVIELLO, *P.G.* (conf.) - P.G. in proc. Bianchi, ricorrente.

Il commento

Rimessa alle Sezioni unite la determinazione del termine ultimo per sollevare la nullità dell'alcoltest espletato in violazione dell'art. 114 disp. att. c.p.p.

SOMMARIO: 1. La questione. - 2. La vicenda. - 3. Prime considerazioni. - 4. I differenti (ma controversi) approdi giurisprudenziali. - 5. Le censure. - 6. Le altre riserve. - 7. Conclusioni.

1. La questione

L'ordinanza del 21 ottobre 2014, n. 43847 della Quarta Sezione penale della Corte di cassazione¹ si segnala in quanto rimette all'intervento regolatore delle Sezioni unite la questione riguardante la possibilità che la nullità, da ritenere a regime intermedio, prodotta dall'omesso avvertimento da parte della p.g. alla persona da sottoporre al controllo alcolimetrico della facoltà di farsi assistere da un difensore di fiducia, possa ritenersi sanata se non dedotta dall'interessato prima del compimento dell'atto ovvero immediatamente dopo, in confor-

¹ Cass., Sez. IV, (ord.) 21 ottobre 2014, P.g. in proc. Bianchi, n. 43847, in *questa Rivista* online.

mità all'art. 182, co. 2, c.p.p., con conseguente decadenza ove dedotta al di là di tale termine o, altrimenti, richiedendosi l'instaurazione del rapporto tra l'indagato ed il difensore, entro quale termine e con quali modalità possa essere fatta valere. È superfluo evidenziare l'importanza e la delicatezza della materia: vertendosi attorno a termini configurati *ex lege* a pena di decadenza, non sono ammessi dubbi e incertezze.

2. La vicenda

Il ricorso che ha originato la devoluzione da parte della Quarta Sezione alle Sezioni Unite è stato presentato dal Procuratore Generale della Repubblica presso la Corte di Appello di Venezia avverso la sentenza di assoluzione emessa con la formula perché il fatto non sussiste dal Tribunale di Treviso, in sede di opposizione a decreto penale di condanna emesso nei confronti di un soggetto per la contravvenzione di cui all'art. 186, co. 2, C.d.S. Il giudice di merito accoglieva, infatti, l'eccezione difensiva svolta nella memoria depositata il 30 novembre 2011 (considerata quale primo atto difensivo concretamente esperibile contestuale all'atto di nomina a difensore fiduciario) e fondava la decisione sulla ritenuta ricorrenza di una ipotesi di nullità a regime intermedio, per essere stato omesso, previamente all'esecuzione dell'alcoltest, l'avviso all'indagato della facoltà di farsi assistere da un difensore. Stante l'inutilizzabilità dell'atto, il giudice ha ritenuto mancante la prova sulla responsabilità. Nel ricorso il Procuratore Generale eccepisce che la nullità, non comportando particolari cognizioni tecniche o professionali, andava prodotta dall'interessato prima o subito dopo l'attività, con conseguente utilizzabilità del verbale e tardività di quella dedotta a distanza di parecchi giorni e in occasione del primo atto successivo del procedimento².

3. Prime considerazioni

Passando all'analisi della censura formulata, va ricordato, innanzitutto, che il nodo interpretativo è risalente e ha già attraversato indenne il vaglio delle Sezioni unite che, in un caso identico a quello in esame, non si sono espresse data l'abnormità della sentenza impugnata³. Invero, il c.d. test etilometrico, rapido ed efficace, diviene normalmente una prova pressoché insuperabile, che prelude ad un esito già scritto. Dopo antitetiche soluzioni, l'attività è pacificamente inquadrata dalla Cassazione quale atto di polizia giudiziaria urgente ed indifferibile, da ricondursi alla tipologia richiamata dall'art. 354, co. 3, c.p.p. (sempre che l'accertamento non venga eseguito in via esplorativa, risul-

² Cass., Sez., IV, 19 settembre 2012, Sarullo, in *Guida dir.*, 2014, 1, 55.

³ Cass., Sez. un., 25 marzo 2010, Zedda, in *Mass. Uff.*, n. 246910.

tando, in tal caso, espressione di una attività di polizia amministrativa) in cui l'omesso avviso all'indagato della facoltà di farsi assistere dal difensore integra una nullità a regime intermedio⁴, riconducibile alla previsione dell'art. 178, lett. c), c.p.p. Trattasi di un vizio che incide sull'assistenza dell'indagato e comporta la nullità del verbale che, in base agli artt. 180 e 182 c.p.p., può essere sanata se la parte interessata non la deduce tempestivamente. La tutela prevista all'art. 114 disp. att. c.p.p. è di fatto l'unica garanzia effettiva alla quale il conducente ha diritto, a meno di non volerla ritenere lettera morta, relegando la violazione a mera irregolarità. Essa svolge una duplice funzione: consentire all'indagato di attivare il suo diritto ad essere assistito durante il compimento dell'analisi e permettere al difensore, eventualmente nominato, di ricevere, poi, l'avviso di deposito di cui all'art. 366 c.p.p. La questione verte, dunque, attorno alla preclusione alla deduzione della nullità che si verifica ogni qualvolta anteriormente all'alcoltest venga omesso il suddetto avviso e alle modalità della sua deduzione. Sul punto sono riscontrabili diversificati indirizzi giurisprudenziali, modulati in considerazione delle diverse fattispecie, di volta in volta, sottoposte all'esame della Cassazione.

4. I differenti (ma controvertibili) approdi giurisprudenziali.

Premesso che il tema coinvolge anche il mancato avvertimento nel caso in cui la polizia giudiziaria procede alla perquisizione o al sequestro, ma che per ragioni d'economia il lavoro si limita alla trattazione della fattispecie delineata, è opinione comune che in tal caso, in quanto la parte partecipa all'atto, si applica l'art. 182 c.p.p.⁵. La norma, com'è noto, impone alla parte che assiste all'atto nullo di eccepire la violazione prima del suo compimento, ovvero, se ciò non è possibile, "immediatamente dopo"⁶. Così, secondo una parte della Cassazione⁷ -posto che l'avviso della p.g. ha la semplice funzione di portare a conoscenza del difensore l'espletamento dell'attività, ben potendo il legale anche non assistere- la nullità andrebbe dedotta dal conducente, in quanto nel

⁴ Fra le altre, Cass., Sez. IV, 11 ottobre 2012, P.g. in proc. Tedeschi, in *Mass. Uff.*, n. 254959; Id., Sez. IV, 4 novembre 2009, Moretti, in *Mass. Uff.*, n. 245462; Id., Sez. I, 21 maggio 2004, Delfina, *ivi*, n. 228509.

⁵ Si è precisato che la regola secondo cui si decade dal diritto di far valere la nullità generale a regime intermedio se l'eccezione è proposta immediatamente dopo il compimento dell'atto, nel caso della contestuale presenza della parte, trova applicazione prioritaria rispetto a quella di cui all'art. 180 c.p.p., recante termini più ampi, che al pari prevede la stessa decadenza: Cass., Sez. I, 26 ottobre 2010, De Stefano, in *Mass. Uff.*, n. 249005.

⁶ Cass., Sez. IV, 8 maggio 2007, Nania, in *Guida dir.*, 2014, 1, 55.

⁷ Cass., Sez. IV, 11 marzo 2014, P.C., n. 139999; Id., Sez. IV, 4 giugno 2013, P.G. e altro, in *Mass. Uff.*, n. 255989. V., PIRAS, *Nessun avviso sulla facoltà di farsi assistere dal difensore: l'alcoltest è comunque valido*, in www.dirittoegustizia.it.

caso di specie non ricorrono facoltà processuali che comportano la cognizione di elementi tipici rientranti nelle specifiche competenze professionali del difensore. In altri termini, secondo tale impostazione, vi sono casi (perquisizioni o sequestri) in cui la formalizzazione di una eccezione di nullità intermedia richiede che il termine di decadenza abbia corso solo dopo la nomina del difensore e casi, come quello in esame, in cui ciò non è richiesto. Per altro indirizzo⁸, invece, l'invalidità va fatta valere subito dopo la nomina del difensore ovvero entro il termine di cinque giorni, termine che l'art. 366 c.p.p. concede a quest'ultimo per l'esame degli atti processuali; mentre, secondo altro orientamento⁹ la formulazione dell'eccezione è possibile anche al di fuori dell'espletamento di specifici atti mediante lo strumento delle "memorie" o "richieste", proponibili, ex art. 121 c.p.p., in ogni stato e grado del procedimento; infine, l'indirizzo più favorevole considera tempestiva l'eccezione di nullità sollevata con il primo atto procedimentale utile che, nella fattispecie in esame, è, tendenzialmente, rappresentato dall'opposizione al decreto penale di condanna. Occorre verificare, dunque, quando si formi la preclusione ex art. 182 c.p.p., con particolare riferimento all'individuazione di una soglia temporale sufficientemente certa e non suscettibile di interpretazioni discrezionali.

5. Le censure

In estrema sintesi, la tesi secondo la quale sarebbe configurabile in capo al privato l'onere di dedurre la nullità "immediatamente" non può essere condivisa. Essa pare difficilmente accettabile non appena si consideri che la legge presuppone nella "parte" che vi assiste la capacità, *ergo*, che possa presumersi la sua conoscenza, o, comunque, che debba o sia in grado di essere a conoscenza della nullità dell'atto che si sta per compiere, così come presuppone che la parte stessa non decada dal diritto di eccepire la nullità dell'atto dopo il suo compimento fino a quando non possa ritenersi provato che essa ne abbia avuto conoscenza o almeno la possibilità di averne conoscenza e sia quindi in grado di eccepirarla immediatamente. Nel caso di specie si presuppone, invece, l'ignoranza dell'automobilista. In tal senso depone il fatto che l'indagato debba essere avvisato della facoltà d'intervento del difensore, con ciò evidenziando una presunzione assoluta che egli non sia (e non debba essere) a cono-

⁸ Cass., Sez. IV, 4 giugno 2013, P.G. in proc. Martelli, in *Mass. Uff.*, n. 255989; Id., Sez., III, 28 marzo 2012, Rispo, *ivi*, n. 252397; Id., Sez. I, 4 febbraio 2010, G.B., in *Cass. pen.*, 2011, 317; Id., Sez., II, 23 marzo 2011, Mbaye, *ivi*, n. 250046; Id., Sez. IV, 4 novembre 2009, M.R., *ivi*, n. 245797; Id., Sez. IV, 14 marzo 2008, Alberti, *ivi*, n. 239727.

⁹ Cass., Sez. IV, 11 ottobre 2012, P.g. in proc. Tedeschi, in *Mass. Uff.*, n. 254959; Id., Sez. I, 21 maggio 2004, Delfina, cit.

scenza di tale facoltà e, quindi, a maggior ragione, di non essere edotto di un obbligo, previsto a pena di nullità¹⁰. Tale ignoranza, peraltro, non viene certamente meno solo perché l'atto è stato compiuto e, quindi, deve logicamente presumersi che egli continui ad ignorare la sussistenza della nullità e non possa quindi eccepirla almeno fino a quando non sia provato o possa presumersi che esso ne sia venuto a conoscenza o almeno sia stato in grado di venirne a conoscenza. Una diversa esegesi comporta la violazione dell'art. 24 Cost.¹¹ L'art. 114 disp. att. c.p.p., infatti, introduce un principio di garanzia per l'imputato e non pare contemplare, come assume una parte della giurisprudenza di legittimità, la possibilità di un esercizio diretto e personale dell'attività processuale¹². Al riguardo si è prospettato¹³ che la legge si richiama, infatti, alla nozione di "parte" a cui potrebbe essere estraneo il privato sottoposto all'attività. L'imputato/indagato, infatti, può svolgere personalmente solo gli atti che il codice espressamente gli riserva o per i quali prevede la possibilità di una proposizione disgiunta dal difensore: al di fuori degli spazi di intervento chiaramente previsti, la persona sottoposta al procedimento non potrebbe svolgere direttamente l'attività rientrando nell'ambito della difesa tecnica, riservata, in quanto tale, in via esclusiva al soggetto a ciò abilitato: l'indagato di per sé non costituisce parte processuale autosufficiente rispetto alla deduzione della nullità, per cui questa deve ritenersi riservata al solo difensore. Si ricorda, infatti, come, in altra e peculiare occasione, le stesse Sezioni unite¹⁴ hanno chiarito che «il codice prospetta la "nozione di parte"

¹⁰ DI GERONIMO, *Il controverso regime della preclusione a dedurre la nullità dell'atto compiuto alla presenza dell'indagato*, in *Cass. pen.*, 2014, 965, nt. 4.

¹¹ Tale l'impostazione di Corte cost., n. 120 del 2002 che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 458 co. 1 c.p.p., nella parte in cui prevede che il termine entro cui l'imputato può chiedere il giudizio abbreviato decorre dalla notificazione del decreto di giudizio immediato, anziché dall'ultima notificazione, all'imputato o al difensore, rispettivamente del decreto ovvero dell'avviso della data fissata per il giudizio immediato. La Consulta ha, fra l'altro, affermato che il diritto di difesa (tecnica) risulta violato in ogni caso in cui, "ai fini dell'esercizio di facoltà processuali che comportano la cognizione di elementi tecnici rientranti nelle specifiche competenze professionali del difensore", venga posto a pena di decadenza un termine decorrente dalla notificazione all'imputato, anziché al difensore, dell'atto da cui tali facoltà conseguono. V., anche, Corte cost., n. 162 del 1975 che si è pronunciata sulla incostituzionalità dell'art. 401 c.p.p. 1930 in relazione all'art. 24, co. 2, Cost., nella parte in cui prevedeva un termine di soli cinque giorni dalla conoscibilità del decreto di citazione per la proposizione di eccezioni di nullità del medesimo, stante in questi casi, la necessità di una difesa tecnica e professionale.

¹² Rispetto alla perquisizione, Cass., Sez. III, 11 ottobre 2006, Moldoveanu, in *Cass. pen.*, 2008, 283.

¹³ Ancora, DI GERONIMO, *Il controverso regime della preclusione*, cit., 965. In giurisprudenza, relativamente al sequestro probatorio, Cass. Sez. V, 2 aprile 2003, Annibaldi, in *Cass. pen.*, 2005, 920; Id., Sez. V, 7 luglio 1999, D. A., in *Mass. Uff.*, n. 214466.

¹⁴ Cass., Sez. un., 16 luglio 2009, Aprea, in *Mass. Uff.*, n. 244187. Il caso riguardava la deduzione della nullità a regime intermedio derivante dall'omesso avviso dell'udienza ad uno dei due difensori dell'imputato: le Sezioni Unite hanno affermato che l'invalidità è sanata dalla mancata proposizione della relativa eccezione a opera dell'altro difensore, pur quando l'imputato non sia presente.

nell'art. 182, co. 2, c.p.p., nel senso che essa è rappresentata dal soggetto necessario a costituirla per il compimento di ciascun atto del processo» e che «il *logos* “parte” distingue concettualmente, nel rapporto esterno con altri soggetti, le persone accomunate da uno stesso interesse, e perciò gli oneri e le facoltà connessi alla posizione, quale che sia il rapporto interno tra i soggetti della stessa parte». Alla luce di tali premesse, ferme restando le doverose distinzioni nell'ambito dei singoli casi concreti, si afferma che la componente essenziale e minima del concetto di “parte” va, dunque, individuata nel difensore, mentre la presenza dell'assistito è un dato (che, in talune vicende, potrebbe restare) sostanzialmente neutro: in assenza di una norma che espressamente lo “legittimi” risulta inapplicabile l'art. 182, co. 2, c.p.p.¹⁵. La questione sarebbe, allora, mal riposta e vertendosi attorno ad una nullità pertinente alla fase delle indagini preliminari dovrebbe essere consentito il ricorso alla “riserva di paracadute”¹⁶ del regime dell'art. 180 c.p.p., a mente del quale l'invalidità è deducibile fino alla dichiarazione della sentenza di primo grado¹⁷.

6. Le altre riserve

In verità, le indicazioni che precedono consentono di contraddire anche a quella corrente giurisprudenziale che ritiene possibile la deduzione da parte dell'indagato in ragione della particolare semplicità e non complessità delle cognizioni richieste nel caso *de quo*, rispetto ad ipotesi simili. Premesso che le modalità di attuazione del diritto di difesa possono assumere diversificate articolazioni, adattandosi allo specifico contesto procedimentale, una tale opzione esegetica, a nostro avviso, introduce un criterio non riscontrabile nella legge e che contrasta con il carattere formale e tassativo del regime delle nullità¹⁸. Un tale parametro non trova corrispondenza nel dettato normativo, il quale prevede, in ogni caso, l'osservanza delle garanzie difensive, e ne svalori-

¹⁵ V., sempre, DI GERONIMO, *Il controverso regime della preclusione*, cit., 965, secondo il quale «il legislatore ha ritenuto che la delicatezza degli interessi in gioco e la particolare struttura del processo penale impediscono di assommare il ruolo di parte e di difensore in capo al medesimo soggetto».

¹⁶ GALATI, ZAPPALÀ, F. SIRACUSANO, *Gli atti del procedimento dal punto di vista formale*, in *Diritto processuale penale*, a cura di Di Chiara, Patanè, F. Siracusano, Milano, 2013, 236.

¹⁷ Sullo sfondo delle considerazioni formulate nel testo, si colloca la questione, altrettanto incerta, sulla possibilità che la decadenza della parte costituisca un limite alla sua declaratoria d'ufficio da parte dello stesso giudice. V., in senso diverso, Cass., Sez. IV, 9 luglio 2014, P.g. in proc. D.R., in *Guida dir.*, 2014, 1, 52, con commento di AMATO, *Al giudice è consentito rilevare d'ufficio l'invalidità anche se la parte non ha più la possibilità di eccepirarla*; Id., Sez. VI, 24 marzo 2011, Di Nardo, in *Cass. pen.*, 2012, 1459.

¹⁸ V., fra i molti, BRICCHETTI, *Nullità degli atti: il principio di tassatività all'esame dell'interpretazione giurisprudenziale*, in *Criminalia*, 2010, 456 ss.; IASEVOLI, *La nullità nel sistema processuale penale*, Padova, 2008, 67 ss.; LEO, *L'abuso del processo nella giurisprudenza di legittimità*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 628 ss.

rizza e riduce la portata¹⁹. Vigente l'art. 177 e ss. c.p.p. questa lettura appare impraticabile, non potendo l'esegesi convenzionalmente orientata delle norme giungere ad un'interpretazione fortemente riduttiva²⁰. Peraltro, l'avviso al difensore, a dispetto di quanto afferma questa parte della Cassazione, non intende garantire (e l'eccezione recuperare, nonostante la violazione) la semplice conoscenza del compimento dell'atto, che non deve essere ritardato in attesa che egli giunga, ove abbia deciso di assistervi. L'opportunità di procedere in sua assenza, infatti, non si lega all'irrilevanza della presenza difensiva, ma piuttosto all'indifferibilità e urgenza dell'attività²¹, pena la frustrazione del suo risultato²². I due piani, dunque, vanno distinti e nessuna influenza può essere svolta sul piano difensivo dalla soluzione legalmente prescelta di configurare l'assistenza in termini facoltativi e senza preavviso, in quanto quella in oggetto si risolve in un'attività "a sorpresa", che, quanto più è inaspettata, tanto più sarà proficua. La necessità di non attendere la comparsa del legale – come anticipato – deriva dalla necessità di non disperdere (e tutelare la genuinità) la prova dell'alcoltest che, molto spesso, rappresenta la c.d. "prova regina" del procedimento. Il dato rafforza, invece, l'impostazione per la quale non può pretendersi una immediata eccezione, se non in presenza di un soggetto qualificato a proporla. Seppur motivata da intuibili istanze di economia processuale, dalla massima semplificazione – quale criterio cui è improntato il nuovo rito penale – che valorizza il ruolo delle parti, le cui occasioni di "partecipazione" diretta alla formazione degli atti processuali risultano senza dubbio sensibilmente accresciute – rispetto ai ritardi indotti dai comportamenti strumentali delle stesse parti – la portata dell'art. 182 c.p.p. – che pare risolversi in una norma moralizzatrice, garante della lealtà processuale e della conservazione dell'atto²³ – va limitata ai casi in cui il soggetto dotato della capacità e professionalità idonea a riscontrare la violazione legale sia presente all'atto. Giunti alla conclusione per cui l'obbligo *de quo* ricade sul difensore, per cui -

¹⁹ In termini generali, cfr., CORDERO, *Nullità, sanatorie, vizi innocui*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1961, 704 ss.

²⁰ PANZAVOLTA, voce *Nullità degli atti processuali*, II) *Diritto processuale penale*, in *Enc. Giur. Treccani*, Agg., XIV, 2006, 3. V., in senso critico sui "giudici legislatori" o sulla "giurisprudenza *contra legem* sulle nullità" per cui viene degradata a vizio innocuo la violazione delle norme processuali previste a pena di nullità quando la constatata difformità rispetto al modello legale si fosse rivelata concretamente inoffensiva: CORDERO, *Procedura penale*, 1983, 1144 ss.

²¹ Quanto alla validità del rilevamento alcolemico in caso di decorso di un intervallo temporale tra la condotta di guida e l'esecuzione del test, potendosi ritenere logico sostenere che un lasso di tempo di circa mezz'ora non condizioni la validità del rilevamento mediante alcoltest, v. Cass., Sez. IV, 28 novembre 2012, Ghio, in *Mass. Uff.*, n. 256191.

²² V., POTETTI, *Incertezze della Cassazione sull'applicazione dell'art. 366 c.p.p. agli accertamenti della guida in stato di ebbrezza*, in *Cass. pen.*, 2008, 2550 s.

²³ GALATI, ZAPPALÀ, F. SIRACUSANO, *Gli atti del procedimento*, cit., 236.

conseguentemente- la decadenza dall'eccezione presuppone l'instaurazione del rapporto tra indagato e difensore, come premesso, altrettante incertezze interpretative si annidano attorno all'identificazione del termine ultimo entro il quale l'invalidità deve essere dedotta.

Seppur suggestiva, non pare da sottoscrivere la tesi per la quale l'istanza andrebbe proposta (sempre) attraverso la produzione delle memorie: se così facendo si mantiene fermo l'onere di attivazione a carico del legale, è discutibile il mezzo e la tempistica dell'attività. Analoghe censure sono formulabili contro quella posizione che, basata su una lettura più rigorosa dell'art. 182, co. 2, c.p.p., ritiene che la deduzione vada compiuta al momento della nomina del difensore. Pregevole appare, invece, quella corrente giurisprudenziale che "sposta" sull'art. 366 c.p.p. la questione e ancora la deduzione della violazione fino a cinque giorni dopo l'espletamento dell'attività (termine che l'art. 366 c.p.p. assegna al legale per l'esame degli atti). Anche quest'ultima soluzione conduce, tuttavia, ad una indebita compressione o "erosione" del periodo entro il quale esercitare i diritti difensivi. In particolare, non va sottovalutato il fatto che non sempre il difensore è in grado di esercitare effettivamente l'attività *de qua*. In merito al deposito del verbale dell'analisi alcolometrica e dell'avviso al difensore dell'avvenuto deposito sono riscontrabili, infatti, diversificate e posticce letture giurisprudenziali²⁴. Accanto alla tesi della radicale inapplicabilità di tale deposito nel caso del verbale del *test* alcolemico, si colloca quella che identifica nella violazione una mera irregolarità²⁵ o una nullità relativa – sanabile se non eccepita tempestivamente o non altrimenti sanata (ad esempio con il deposito degli atti per l'emissione del decreto di citazione)²⁶ – che incide sull'utilizzabilità dell'accertamento, o quella che, escluso ogni rilievo sulla validità o utilizzabilità dell'atto, ritiene che l'attività incide sulla sola decorrenza del termine entro il quale è consentito l'esercizio delle attività difensive²⁷. A loro volta, i commentatori operano un *distinquo* per cui l'avviso di avvenuto deposito dell'atto al difensore andrebbe operato nel solo

²⁴ V., *amplius*, BORDIERI, *Sull'omesso avviso al difensore del deposito del verbale dell'alcoltest compiuto dalla polizia giudiziaria di un conducente di autoveicolo*, in *Cass. pen.*, 2006, 1007 ss. che evidenzia come la Cassazione operi, talvolta, una confusione tra le conseguente derivanti dall'omesso deposito del verbale e quelle dell'omesso avviso al legale; RENZETTI, *Guida in stato d'ebbrezza. Quando la violazione delle garanzie difensive invalida il test*, in *Giur. merito*, 2011, 1062 ss.

²⁵ Cass., Sez. IV, 22 ottobre 2003, De Sannio, in *Cass. pen.*, 2004, 3301; Id., Sez. IV, 20 settembre 2004, Nuciforo, in *Mass. Uff.*, n. 230276.

²⁶ Cass., Sez. V, 22 febbraio 1996, Maccari, in *Cass. pen.*, 1997, 1128 in cui si aggiunge che non è «influyente, ai fini di una effettiva ed efficace difesa dell'indagati, il decorso del tempo dal momento di un accertamento o di un rilievo» a quello «della sua conoscenza da parte della difesa».

²⁷ Cass., Sez., IV, 2 dicembre 2010, Cinciripini, in *Mass. Uff.*, n. 249941.

caso in cui il conducente provveda alla sua nomina²⁸: solo il tal caso, in altre parole, il mancato avviso di deposito del verbale al difensore, già nominato, ma assente al compimento dell'atto²⁹, integra una nullità intermedia, non già del verbale, ma della procedura di deposito, «per inosservanza delle disposizioni concernenti (...) l'assistenza» dell'imputato. Invero, com'è noto, il meccanismo dell'art. 366 c.p.p. è costruito proprio in maniera tale da porre rimedio al pregiudizio che consegue alla mancata partecipazione del difensore al compimento dell'atto³⁰: trattasi di una «garanzia *post actum*» con valenza propedeutica, nella misura in cui pone l'indagato nelle condizioni di poter esercitare compiutamente i propri diritti difensivi e instaurare un contraddittorio imperfetto. Se, infatti, l'art. 114 disp. att. c.p.p. consente che tale diritto si espliciti nel momento stesso del compimento dell'atto, l'art. 366 c.p.p. è strumentale ad un esercizio successivo e consapevole delle prerogative difensive: la violazione di entrambe le disposizioni – strettamente correlate l'una all'altra, preconstituendo la prima la condizione per la concreta operatività della seconda – non può che comportare la medesima conseguenza, ovvero il configurarsi di una nullità intermedia ai sensi dell'art. 178, co. 1, lett. c), c.p.p. La verifica di ciò che accade nella prassi non appare secondaria: se si assume, infatti, che il verbale dell'alcoltest non è ricompreso tra gli atti da depositare presso la segreteria del p.m.³¹, o, in caso positivo, che l'avviso non spetta in caso di mancata nomina del difensore – peraltro aggravata dall'assenza di avviso ex art. 114 disp. att. c.p.p. – la conclusione che individui nell'art. 366 c.p.p. una soluzione di ordine generale non pare condivisibile, né si pone alcuna questione circa l'intervenuta preclusione alla deduzione. Se anche tale aspetto meriterebbe certamente un sollecito intervento delle Sezioni unite³², tornando a ragionare della questione oggetto dell'ordinanza che si segnala, il pregio dell'indirizzo *de quo* è quello di escludere dei rimedi fondati su aprioristiche valutazioni circa il momento in cui la parte (intesa con riferimento all'assistenza difensiva) deve dedurre l'invalidità e di ricercare il rimedio risolutivo all'interno dell'impianto (normativo) tratteggiato agli artt. 354, 356 e 366 c.p.p. e 114 disp. att. c.p.p.

²⁸ Ancora, BORDIERI, *Sull'omesso avviso al difensore*, cit., 1009.

²⁹ Trib. Bologna, Sez. G.i.p./G.u.p., 25 novembre 2009, R.M., in *Giur. merito*, 2011, 1062, con nota di RENZETTI, *Guida in stato d'ebbrezza*, cit.

³⁰ BORDIERI, *Sull'omesso avviso al difensore*, cit., 1013, POTETTI, *Incertezze della Cassazione*, cit., 2559; RENZETTI, *Guida in stato d'ebbrezza*, cit.

³¹ Nel senso che l'alcoltest è atto pubblico destinato al fascicolo per il dibattimento, v. Cass., Sez. IV, 10 ottobre 2003, Venturi, in *Mass. Uff.*, n. 229695; Id., Sez., VI, 6 maggio 2003, Casula, in *Mass. Uff.*, n. 227420.

³² Per le diverse soluzioni si rinvia a POTETTI, *Incertezze della Cassazione*, cit., 2553 ss.

7. Conclusioni.

Dalle riflessioni formulate emerge come la ricerca del parametro temporale vada, in ragione degli interessi lesi, individuato in un momento processuale ben preciso ed alla presenza di un atto che dia sicurezza – anche giuridica – sul punto. Una diversa conclusione condurrebbe verso la più assoluta incertezza, diversità ed arbitrarietà di opinioni e delle soluzioni.

Esclusa la sottoscrizione di quella tesi che fissa la *deadline* nel momento della nomina del difensore o nel momento in cui egli prende contezza del contenuto degli atti del procedimento – peraltro, come detto, non sempre assicurata – per individuare la soluzione ermeneutica più conforme al nodo interpretativo in esame e nel contempo più adeguata rispetto al fondamentale ed inviolabile principio costituzionale del diritto di difesa (art. 24 Cost.) e dell'economia che la tempestiva deduzione intende garantire, è opportuno tener conto del fatto che il processo penale si connota per essere una sequenza di atti che deve avvenire nel rispetto di forme, di tempi, di regole e nella previsione di divieti e nell'individuazione di percorsi obbligati e di dinamiche tra i diversi soggetti processuali. In tal logica, la decadenza va riconnessa alla possibilità, non solo soggettiva, di dedurla con "immediatezza" dal primo "atto procedimentale" la cui operatività –riteniamo– dipende dal frangente procedimentale nel quale, di volta in volta, si è verificata la nullità. In altri termini, il legislatore condiziona certo alla determinazione della parte l'attivazione del controllo giurisdizionale sulla difformità tra atto e modello di riferimento e contempera quel potere con le esigenze di efficienza e di ragionevole durata del processo che risulterebbero compromesse laddove il potere di eccezione soggiacesse a tempi tanto lunghi da consentirne un uso meramente dilatorio e strumentale, ma, se il limite cronologico mira a preservare ciascuna fase del procedimento dagli effetti dannosi che potrebbero essere prodotti dalle nullità verificatesi in una fase precedente e tardivamente denunciate, esso non può spingersi al punto tale da travolgere il diritto di difesa della parte. Abbandonato l'approccio squisitamente formale – peraltro rinnegato dalla giurisprudenza di legittimità in altre occasioni– alla luce delle considerazioni formulate, la prospettiva da coltivare sembra essere quella di "ampliare" il raggio di azione della deduzione individuando nel giudizio conseguente all'opposizione al decreto di condanna che, non di rado, è l'atto (il primo) emesso a fronte del riscontro positivo all'alcoltest³³, la soluzione al prospettato nodo interpretativo.

³³ Quanto al sequestro, v. Cass., Sez. V, 9 febbraio 2012, M.A., in *Mass. Uff.*, n. 252172; Id., Sez. III, 14 maggio 2009, Di Sturco, *ivi*, n. 244370; Id., Sez. III, 12 luglio 2005, R. S., *ivi*, n. 233164; *contra*, ritenendo tardiva la deduzione, Id., Sez. IV, 4 novembre 2009, Marci, *ivi*, n. 245797; Id., Sez. IV, 4 no-

Una tale, sola, conclusione sembra appagare, parallelamente, l'esigenza di efficienza appena menzionata, la difesa tecnica, la garanzia sostanziale del diritto di difesa e il principio di legalità, qui inteso anche in termini di validità e di utilizzabilità dell'accertamento posto a fondamento del giudizio di responsabilità, che anche il precetto dell'art. 141 disp. att. c.p.p. - che non è informale forma di tutela - intende assicurare, secondo quella lettura costituzionalmente orientata più garantista che la stessa ordinanza di rimessione pare preferire.

ANTONELLA MARANDOLA