



Processo penale e giustizia n. 4 | 2019

Analisi e prospettive

Analysis and Perspectives

RITA LOPEZ

Ricercatrice confermata di Procedura penale – Università di Roma 'Tor Vergata'

Legittimo impedimento del difensore: obiettivi raggiunti e criticità residue

Lawful impediment of the defender: achieved objectives and remaining criticalities

Il riconoscimento del legittimo impedimento del difensore dell'imputato ai fini del rinvio dell'udienza, si inserisce nell'ampio gruppo di previsioni volte a rafforzare l'effettività del diritto di difesa sotto il profilo tecnico. L'adesione al "processo di parti" e il rinnovato ruolo della difesa, coprotagonista insieme all'accusa, del contraddittorio nella formazione della prova, hanno imposto al legislatore del 1988 l'introduzione della garanzia di immutabilità del difensore. Alla incessante e poderosa elaborazione giurisprudenziale in materia si deve l'individuazione sia dei motivi compendiativi nella generica nozione di legittimo impedimento, sia dei rigorosi presupposti che ne condizionano la rilevanza.

The recognition of the lawful impediment of the accused's defender for the purposes of postponement of hearing, is part of the large group of rules aimed to strengthen the effectiveness of the proper exercises of the right of defence from a technical point of view. The adherence to the adversary system and the renewed role of the defence, co-starring with the prosecutor, of the right to confrontation in the trial, imposed the introduction of the guarantee of the immutability of the defender on the lawgiver who issued since 1988. The recognition of the reasons summarized in the generic concept of lawful impediment and the rigorous presuppositions that effect its relevance, are due to the endless and mighty elaboration of the line of cases in subiecta materia.

ANNO ZERO: LA TUTELA DEL LEGITTIMO IMPEDIMENTO DEL DIFENSORE NEL CODICE VASSALLI

A voler immaginare un possibile distinguo tra la serie di istituti inediti introdotti dal codice Vassalli, mentre i più costituiscono una assoluta novità, in quanto diretta conseguenza della adesione ai canoni del processo accusatorio, la cui attuazione, nella concretezza del tessuto normativo, si è resa possibile per il loro tramite¹; i restanti presentano, invece, un profilo di novità attenuato, costituendo l'affinamento di previsioni mutate dalla precedente esperienza codicistica e ripensate nell'ottica delle rinnovate coordinate valoriali del sistema e delle garanzie costituzionali e sovranazionali di riferimento

Filone particolarmente significativo in questo senso è dato dalle numerose disposizioni che, pur nella diversità dei settori di rispettiva incidenza, tendono al comune obiettivo di accrescere la "densità"

¹Solo per citarne alcuni tra i più significativi, si pensi a istituti come l'udienza preliminare; il giudizio abbreviato o, ancora, le letture contestazione. Addirittura esemplare, poi, nella prospettiva qui considerata, la disciplina del "doppio fascicolo", che codificando nell'art. 431 c.p.p. la regola della non conoscibilità, nel dibattimento, degli atti di indagine ripetibili, «rende fisicamente l'idea della opzione epistemologica su cui si fonda l'attuale sistema processuale» (così P. Bronzo, *Il fascicolo per il dibattimento. Poteri delle parti e ruolo del giudice*, Milano, Cedam, 2017, 1). Lo smistamento dei protocolli investigativi all'interno di incartamenti distinti, dei quali uno soltanto è destinato al giudice della decisione, è dato strutturale che conferisce dimensione normativa all'oralità-immediatezza e al contraddittorio, principi fondanti il giusto processo ed, ancor prima, «principi naturali del giudizio», cfr. M. Massa, *Contributo all'analisi del giudizio penale di primo grado*, Milano, Giuffrè, 1964, p. 249 ss. La "storia" del codice, del resto, conferma questo rapporto di cruciale strumentalità: l'obiettivo del legislatore di "ridimensionare" – *rectius* sovvertire – la portata di quei principi, è stato agevolmente raggiunto proprio manipolando istituti chiave come quelli cui si è fatto cenno, attraverso modifiche all'apparenza marginali. «Dal processo accusatorio all'inquisitorio, il passaggio è agevole ... non occorrono grandi riforme o, meglio, queste si operano con pochi ritocchi, per via di omissioni e a colpi di forbice. Basta eliminare qualche divieto di lettura e il gioco è fatto», così P. Ferrua, *Studi sul processo penale, II, Anamorfofi del processo accusatorio*, Torino, Giappichelli, 1992, p. 157.

contenutistica del diritto di difesa², per valorizzarne il profilo di «funzione dialetticamente contrapposta all'accusa che l'imputato (autodifesa) e il suo difensore (difesa tecnica) esercitano di fronte ad un giudice imparziale»³. Il ruolo guadagnato dalla difesa nell'attuale sistema, di coprotagonista del contraddittorio insieme all'accusa⁴, presuppone un confronto che nell'impossibilità di svolgersi tra pari, deve però inderogabilmente avvenire «in condizioni di parità»⁵, ovvero con strumenti di eguale efficacia ed incisività rispetto a quello messi in campo dall'avversario. L'effettività dell'assistenza tecnica è direttamente proporzionale alla effettività del contraddittorio: se la prima vacilla, il secondo sbiadisce e il dialogo divenuto monologo, fallisce gli obiettivi cui è preordinato.

Assumono particolare significato in questa prospettiva, l'evoluzione che ha interessato la difesa d'ufficio; «bisognava reinventare l'istituto: l'ultima direttiva nella delega al Governo lo esigeva adeguato a criteri che ne garantiscono l'effettività»⁶, ad esempio la professionalità e competenza tecnica che devono assicurare gli iscritti all'apposito albo e l'automatismo delle investiture, il tutto sotto l'egida del Consiglio nazionale forense e delle sue diramazioni territoriali; ancora, la disciplina del patrocinio per i non abbienti, non più ufficio onorifico, ma retribuito dallo Stato, che provvedendo ai costi della difesa, garantisce un accesso effettivo alla giustizia a chi è sprovvisto dei mezzi economici necessari⁷. Dai confini più circoscritti, ma comunque espressione della stessa ragion d'essere, anche il diritto alla assistenza linguistica, legato nelle fonti sovranazionali che ne costituiscono la matrice, all'esercizio del complesso delle facoltà difensive; ovvero, venendo così all'oggetto delle presenti riflessioni, il riconoscimento del legittimo impedimento del difensore dell'imputato⁸ a presenziare all'udienza.

La disposizione che, nel 1988, introdusse tale garanzia, imponeva al giudice di sospendere o rinviare il dibattimento quando, assente il difensore di fiducia o d'ufficio⁹, risultasse provato che l'assoluta impossibilità a comparire era dovuta a legittimo impedimento. La circostanza, benché legittima, non giustificava però il differimento dell'udienza, quando dei due componenti il collegio difensivo uno solo risultasse impedito; oppure, se a farne le veci subentrasse un sostituto designato ai sensi dell'art. 102 c.p.p.; infine, se fosse l'imputato stesso a chiedere di procedere nonostante l'assenza giustificata del legale. Tali deroghe costituivano l'esito di una operazione di bilanciamento tra diritto alla effettività della difesa tecnica ed esigenza di speditezza del processo, che il legislatore risolveva a favore della seconda, nella convinzione che la presenza dell'altro componente il *tandem* difensivo; la designazione di un sostit-

²Con riferimento alla norma costituzionale che la consacra, si osserva: «a poco serve qualificare come inviolabile la difesa, se prima nulla si dice sull'essenza di quel diritto, sulle garanzie a esso strumentali, sul tipo di assetto processuale maggiormente idoneo a valorizzare l'esercizio della funzione difensiva», così A. Scella, *Per una storia costituzionale del diritto di difesa: la Corte e le ambiguità del processo «misto»*, in *Il diritto processuale penale nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, Jovene, 2006, p. 197; M. Sca-parone, *Evoluzione e involuzione del diritto di difesa*, Milano, Giuffrè, 1980, p. 25 ss.

³P. Ferrua, *Difesa (diritto di)*, in *Dig. pen.*, III, Torino, Utet, 1989, p. 483.

⁴Per i rapporti tra contraddittorio e diritto di difesa, le insuperate pagine di P. Ferrua, *La difesa nel processo penale*, Torino, Utet, 1989, p. 8 ss.; Id., *Difesa (diritto di)*, cit., p. 483; Id., *Studi sul processo penale*, Torino, Giappichelli, 1990, p. 15 ss.; G. Giostra, *Valori ideali e prospettive metodologiche del contraddittorio in sede penale*, in *Pol. del diritto*, 1986, n. 1, p. 13 ss.

⁵Sottolinea, infatti, come l'art. 111 Cost. postuli la parità non in riferimento alle parti, ma alle «condizioni» delle parti, F. R. Dinacci, *Il contraddittorio per la prova nel processo penale*, Padova, Cedam, 2012, p. 93.

⁶F. Cordero, *Procedura penale*, Milano, Giuffrè, IX ed., 2012, p. 290.

⁷D.p.r. 30 maggio 2002, n. 115, contenente il Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia, in *Gazz. uff., Suppl. ord.*, 15 giugno, 2002, n. 139.

⁸Il rinvio dell'udienza è consentito nel solo caso in cui l'impedimento riguardi il difensore dell'imputato, non anche quello della parte civile. La giurisprudenza sia costituzionale (C. cost. sent. 14 luglio 2009, n. 217, in *Cass. pen.*, 2010, p. 149) che di legittimità (Cass., sez. V, 13 luglio 2011, n. 39334, in *CED Cass.*, n. 251530; Cass., sez. II, 2 ottobre 2008, n. 39369, in *CED Cass.*, n. 241865) attribuiscono tale esclusione alla non equiparabilità delle posizioni soggettive e alla diversità di interessi di cui imputato e parte civile sono portatori, cui corrispondono modalità partecipative altrettanto diversificate, anche in relazione alla presenza difensiva. In considerazione, poi, della pluralità di sedi e strumenti a disposizione del titolare dell'azione risarcitoria, nel bilanciamento tra tutela delle pretese civilistiche ed esigenza di speditezza del processo, il legislatore ha attribuito rilievo preminente a quest'ultima in linea con il *favor separationis* tra azione civile e azione penale, che ispira il sistema. Critici sul punto L. Filippi, sub art. 19, *Il processo penale dopo la legge Carotti*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, p. 191, secondo cui la tutela accordata dalla disposizione si estende anche al difensore delle altre parti private.

⁹Il nuovo codice ispirandosi alla esigenza di assicurare la continuità dell'assistenza tecnico-giuridica e di garantire la concreta ed efficace tutela dei diritti dell'imputato, ha attuato la sostanziale equiparazione della difesa d'ufficio a quella di fiducia, nel senso che anch'essa si caratterizza per l'immutabilità del difensore fino all'eventuale dispensa dall'incarico o all'avvenuta nomina fiduciaria. cfr. Cass., sez. un., 11 novembre 1994, n. 22, in *Cass. pen.*, 1995, p. 884.

tuto o, infine, la disponibilità dell'interessato a rinunciare al "suo" legale, comunque preservassero lo *standard* qualitativo dell'assistenza prestata dal titolare dell'incarico.

Nella stringatezza delle previsioni riferite, si compendia la disciplina sul legittimo impedimento del difensore dell'imputato, in origine contemplata dall'art. 486, comma 5, c.p.p. il quale, in conformità alla direttiva n. 77 della legge delega e con efficacia applicativa immediata¹⁰, inaugura un istituto prima di allora sconosciuto all'ordinamento. Come anticipato, la novità va letta quale chiaro segnale della volontà di potenziare la componente tecnica della difesa, che il contesto processuale nel quale è chiamata a esplicarsi, esige consapevole, dinamica ed efficace. I pilastri portanti del sistema: la disponibilità delle prove nelle mani di accusa e difesa; il tramonto del giudice *deus ex machina* della scena processuale; l'attività di ricerca della prova non più prerogativa esclusiva del p.m.; la gestione dell'esame incrociato per l'acquisizione della prova dichiarativa; la scelta dei possibili percorsi di definizione dell'accertamento; non ultima, la dimensione anche sovranazionale dell'orizzonte normativo e giurisprudenziale che ha fatto irruzione tra le fonti regolatrici del processo; sono tutti fattori che molto poco, per non dire nulla, lasciano al caso e alla improvvisazione. Al contrario, vista "la posta in gioco", i compiti da espletare sono di assoluta responsabilità e delicatezza, e solo un difensore qualificato è in grado di assolverli, un difensore, cioè, che si distingue per solida professionalità ed elevate capacità tecnico-giuridiche, in possesso, non ultime, anche di doti di tattico e stratega¹¹.

Pur con una formulazione non esente da profili di incertezza¹², la disposizione sanava il *deficit* di tutela ereditato del codice Rocco, traducendo per la prima volta a livello positivo la infungibilità tra difesa fiduciaria e difesa d'ufficio. La previsione sancì, in altri termini, il passaggio dal «diritto dell'imputato a "un" difensore al diritto, del medesimo, a "quel" difensore, che essendo stato già nominato, fiduciarmente o d'ufficio risulta in grado di conoscere meglio la situazione processuale»¹³, e per tale ragione riesce ad effettuare scelte più avvedute e, dunque, più proficue per gli interessi del proprio assistito. Grazie all'accoglimento di questa mutata prospettiva, fu possibile "girare pagina" rispetto alla esperienza pregressa e compiere un salto di qualità notevole nella considerazione della inderogabilità della difesa tecnica nell'avvicendamento delle due codici.

Durante la vigenza del precedente rito, nel quale risultavano tutelate le sole cause ostative della presenza dell'imputato (art. 497 c.p.p. abr.), l'evenienza dell'impedimento del difensore che non avesse provveduto a designare un sostituto poiché, ad esempio, l'assoluta imprevedibilità della circostanza impeditiva non gliene aveva lasciato il tempo, era risolta con la nomina d'ufficio. Ma in che modo il difensore reperito occasionalmente e "catapultato" in un processo di fatto sconosciuto, potesse operare con efficacia, era incognita dai pochi dubbi: l'estraneità alla scelta *intuitu personae* espressa dall'imputato e la conoscenza della vicenda soltanto attraverso lo studio condotto sulle "carte", rendevano incolmabile il divario rispetto a chi a fianco dell'assistito dall'inizio, aveva partecipato e concertato con lui il divenire del procedimento.

¹⁰ Va ricordato che la disposizione rientrava tra quelle per cui la normativa transitoria aveva sancito l'operatività immediata; la circostanza conferma e avvalorata l'essenza garantistica della non intercambiabilità del difensore ai fini della effettività della difesa tecnica. Per il tramite dell'art. 245, comma 2, disp. att. e coord., il legislatore, infatti, si premurò di anticipare ai procedimenti che sarebbero proseguiti secondo la disciplina previgente, in quanto già transitati nella fase del giudizio alla data del 24 ottobre 1989, le più significative garanzie assicurate alle parti dal nuovo rito, come, ad esempio, oltre quella in discorso, i colloqui del difensore con l'imputato in custodia cautelare; la sospensione della esecuzione di misure cautelari; la riparazione per ingiusta detenzione; cfr. A. Presutti, sub art. 245, in E. Amodio-O. Dominioni, *Commentario del nuovo codice di procedura penale, Appendice, Norme di coordinamento e transitorie*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 284 ss.

¹¹ I difensori «lavorano su materia viva: scoprono, calcolano, deducono, elaborano prove; molto dell'esito dipende da *performances* inventive, strategiche, tattiche», così F. Cordero, *Procedura penale*, cit., p. 285.

¹² Definiva il testo del comma 5 dell'art. 486 «non dei più felici», A. Melchionda, sub art. 486, in M. Chiavario (coordinato da), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, vol. V, Torino, Utet, 1991, p. 145. Nello specifico, fu il richiamo operato al comma 3 della stessa disposizione, relativo alla assenza dell'imputato nelle udienze successive a quella di comparizione, a far dubitare che il legislatore avesse voluto circoscrivere la rilevanza dell'impedimento del difensore solo a queste ultime, con esclusione perciò della prima udienza. Si chiarì, tuttavia, come per oggetto del rinvio dovesse intendersi non la *sedes* in cui si registrava l'assenza, bensì il tipo di provvedimento adottabile dal giudice, dunque non la rinnovazione della citazione (prevista per l'imputato al comma 1), ma la fissazione di una nuova udienza con ordinanza, da notificare al soggetto impedito; così Bovio, *Prima udienza penale e impedimento del difensore a comparire*, in *Difesa pen.*, 1990, n. 27, p. 93; A. Melchionda, sub art. 486, cit., p. 140; F. Plotino, *Il dibattimento nel nuovo codice di procedura penale*, Milano, Giuffrè, 1994, p. 55.

¹³ P. Moscarini, *Udienza preliminare e presenza dell'imputato: un'anticipazione (quasi) completa degli istituti di garanzia predibattimentale e dibattimentale*, in F. Peroni (a cura di), *Il processo penale dopo la riforma del giudice unico*, Padova, Cedam, 2000, p. 322.

Nei confronti della questione, acuita peraltro dal sopraggiunto rilievo costituzionale della inviolabilità del diritto di difesa, né il legislatore né la giurisprudenza dell'epoca, a dire il vero, mostrarono particolare interesse; il primo la ignorò del tutto, tant'è che la lacuna normativa attraversò, senza esserne sfiorata, la stagione del c.d. "garantismo inquisitorio" inaugurata dalla novella del '55¹⁴. La seconda, dal canto suo, indifferente al «"valore aggiunto" proprio del rapporto difensivo fiduciario»¹⁵, la liquidò rapidamente limitandosi ad una considerazione formalistica della difesa tecnica, per la cui salvaguardia ritenne costituissero presidi sufficienti la nomina da parte dell'imputato di altro difensore in luogo di quello impedito e, ove questa non intervenisse, la nomina ufficiosa. Solo in apparenza più attente alle istanze difensive le pronunce che affidavano la valutazione dell'impedimento al prudente apprezzamento del giudice, il quale in caso di accoglimento della relativa richiesta, poteva disporre il rinvio; tuttavia, la pretestuosità del richiamo al libero convincimento su cui la suprema Corte fondava la insindacabilità della decisione di rigetto, degradava la possibilità del rinvio ad un atto di "graziosa concessione" elargito dal giudice¹⁶.

A perpetuare tale asfittica quanto pervicace impostazione, "congelando" al contempo il dibattito dottrinario nel quale si era levata più di una voce di dissenso¹⁷, contribuì in modo decisivo la Corte costituzionale. Investita della questione di legittimità dell'art. 498 c.p.p. 1930 nella parte, appunto, in cui non prevedeva l'obbligo di rinvio in caso di legittimo impedimento del difensore, ne dichiarò la infondatezza¹⁸, con un totale e acritico richiamo alle argomentazioni del Giudice di legittimità. Anche lo spiraglio aperto all'eventuale assegnazione di un termine congruo per lo studio degli atti, era rimedio insoddisfacente perché frutto dello stesso vizio di prospettiva: tralasciate le implicazioni affatto peculiari che il rapporto fiduciario tra avvocato e cliente che lo ha scelto, conferisce alla effettività della difesa, si riduceva la componente tecnica della funzione difensiva alla mera presenza formale di un giurisperito che per aver acquisito la conoscenza del materiale di causa grazie al termine concesso, per ciò solo sarebbe stato in grado di "rimpiazzare" senza sostanziali differenze il titolare nominato.

Molti anni ancora, gli stessi occorsi per tagliare il traguardo dell'"accusatorio", si resero necessari al superamento di questa mentalità

(SEGUE): IMMUTABILITÀ DEL DIFENSORE E UDIENZA PRELIMINARE.

Allo scadere del primo decennio di applicazione del 'nuovo codice', la garanzia di immutabilità del difensore guadagnò terreno registrando un ampliamento del proprio raggio applicativo; in occasione della riforma del "giudice unico", il legislatore ne riconobbe, infatti, l'operatività all'interno di una udienza preliminare del tutto rivisitata nella originaria fisionomia. Sino ad allora, la disciplina tratteggiata dagli artt. 416 e seguenti c.p.p., sia pure qualificata da una variante di rilievo rispetto all'archetipo del regime camerale ordinario, ovvero la necessaria partecipazione del difensore, vincolava il g.u.p. che constatasse la mancata comparsa del legale già nominato, a designare un sostituto immediatamente reperibile. La chiara formulazione dell'art. 420, comma 3, c.p.p., in forza del richiamo all'art. 97 comma 4, c.p.p., non lasciava spazio a verifiche giudiziali in ordine ai motivi della mancata presenza del legale¹⁹,

¹⁴ L. 18 giugno 1955, n. 517.

¹⁵ M. L. Balzarotti, *Impedimento a comparire* (dir. proc. pen.), in *Enc. dir.*, Annali, II, t. 1, Milano, Giuffrè, 2007, p. 468.

¹⁶ «Il riferimento a questo principio ... può avere un senso solo se con esso si vuole sottolineare che nella valutazione della verosimiglianza e della rilevanza dei motivi che dovrebbero giustificare l'impedimento, il giudice non è legato ad alcuna regola normativa, ma deve decidere sulla base degli elementi che gli vengono presentati nel caso concreto. Quando, però, quegli elementi indicano che l'impedimento è legittimo, al libero convincimento subentra l'obbligo del decidere in un modo che non sia difforme dalle risultanze processuali», così M. Massa, *Difensore impedito, imputato indifeso?*, in *Il foro penale*, 1963, p. 157.

¹⁷ M. Massa, *Difensore impedito, imputato indifeso?*, cit., p. 154; M. Bargis., *Dibattimento e difensore di fiducia impedito*, in *Giur. it.*, 1975, II, c. 313; G. Torrebruno, *L'impedimento del difensore e l'art. 24 Cost.*, in *Giust. pen.*, 1973, I, c. 247; L. Kalb, *Malattia del difensore di fiducia ed insufficienze della difesa d'ufficio*, in *Giust. pen.*, 1981, III, c. 7; *contra* V. Manzini, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, Torino, II, 1968, VI ed., p. 603.

¹⁸ C. cost., sent. 12 dicembre 1972, n. 177, in *Giust. pen.*, 1973, I, c. 72.

¹⁹ G. Frigo, sub art. 420, in M. Chiavario (coordinato da), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, vol. IV, Torino, Utet, p. 613; C. Taormina, *Diritto processuale penale*, vol. I, Torino, Giappichelli, 1995, p. 637; *contra*, E. Randazzo, *L'impedimento del difensore dell'imputato nelle udienze preliminari e camerale*, in *Cass. pen.*, 1990, p. 2219, favorevole alla estensione analogica della disposizione.

così confermando la volontà legislativa di escludere ogni rilievo, nell'ottica di un possibile rinvio, all'impedimento del difensore, benché legittimo, perché conseguente ad assoluta impossibilità a comparire²⁰.

Gli ampliati profili funzionali e gli inediti apporti informativi che modificarono sensibilmente l'istituto, allo scopo tra l'altro di esaltarne il ruolo di volano dei riti alternativi, fecero sì che già il momento di snodo tra procedimento e processo divenisse nevralgica sede per opzioni difensive determinanti per l'esito dell'accertamento. L'accresciuto spettro di alternative possibili alla delibazione sulla consistenza dell'accusa e la pluralità di «scopi eterogenei»²¹ assegnati alla fase preliminare, imposero il contestuale ampliamento degli spazi riservati alla azione difensiva, cui il legislatore mise mano a partire dalla retrocessione della tutela partecipativa di imputato e difensore, propria del dibattimento²².

Sul versante della difesa attiva, l'anticipazione delle previsioni in materia di contumacia e assenza rappresentavano un indiretto ma efficace punto di forza a favore della facoltà dell'imputato di contribuire alla ricostruzione del fatto tramite dichiarazioni spontanee oppure richiesta di interrogatorio: l'espansione dell'intervento personale dell'imputato e il suo diritto di interloquire con il giudice, infatti, avrebbero potuto essere aggirati agevolmente se l'ordinamento non avesse dato significato alla mancata comparizione incolpevole e non avesse approntato nel contempo «una procedura incidentale diretta a verificare che fosse, davvero, il frutto di un'opzione consapevole»²³.

Sul piano della difesa tecnica, come detto, il contenuto dell'art. 486, comma 5, c.p.p. veniva trasfuso per intero nell'art. 420-ter, comma 5, c.p.p., il quale, fatta eccezione per il riferimento al solo rinvio della udienza e non anche alla sua sospensione, riaffermava il medesimo contenuto prescrittivo, con il giudice tenuto alla temporanea interruzione dell'udienza con predeterminata prosecuzione in altra successiva, quando il difensore risulti assente a causa di un impedimento legittimo prontamente comunicato²⁴. L'avvenuta parificazione con il trattamento dibattimentale previsto in caso di assenza giustificata del difensore, estrometteva dal ventaglio di scenari innescati dagli sviluppi conseguenti alla impossibilità di decidere allo stato degli atti, il sostituto reperito in via estemporanea, riservando ogni iniziativa in materia al difensore "naturale", l'unico realisticamente in grado di orientarsi tra le opzioni praticabili, compresa quella assai delicata per le sue conseguenze, riguardante la rinuncia alla dialettica dibattimentale.

IL PROCEDIMENTO INCIDENTALE SULLA LEGITTIMITÀ DELL'IMPEDIMENTO: LE MODALITÀ DI TRASMISSIONE DELLA RICHIESTA

Verificata in sede di accertamenti relativi alla costituzione delle parti ai sensi degli artt. 420 e 484 c.p.p., la regolare notifica dell'avviso di fissazione della data dell'udienza nei confronti del difensore dell'imputato e disposta la rinnovazione dell'avviso ove risulti un difetto di notifica, il giudice che rilevi la mancata presenza del difensore, procede immediatamente alla nomina di un sostituto ai sensi dell'art. 97, comma 4, c.p.p.. Solo dopo la designazione del sostituto, può avere inizio il procedimento incidentale volto a verificare la legittimità dell'impedimento eventualmente dedotto dal difensore, non senza aver prima interpellato l'imputato, il quale, ai sensi dell'art. 420-ter, comma 5, c.p.p., potrebbe consentire che si proceda in assenza del professionista. Se l'imputato non intende rinunciare al "suo" difensore, il giudice destinatario della istanza di differimento non può sottrarsi alla valutazione per de-

²⁰ La mancata applicazione del legittimo impedimento del difensore nell'udienza preliminare costituisce solo un aspetto del più generale e, tuttora, controverso tema dell'operatività della tutela in discorso anche nei riti camerati, di cui si dirà più avanti.

²¹ Così A. Scalfati, *La riforma dell'udienza preliminare tra garanzie nuove e scopi eterogenei*, in *Cass. pen.*, 2000, p. 2818.

²² Critici sulla collocazione sistematica, P. Moscarini, *Udienza preliminare e presenza dell'imputato: un'anticipazione (quasi) completa degli istituti di garanzia predibattimentale e dibattimentale*, cit., p. 322; A. Scalfati, *La riforma dell'udienza preliminare tra garanzie nuove e scopi eterogenei*, cit., p. 2823, il quale definisce «discutibile la scelta di aver fissato il modello normativo "di genere" nel contesto di una fase in cui la predetta tutela assume un peso minore rispetto al segmento processuale in funzione del quale, invece, maggiormente si giustifica». Dopo la modifica in discorso, l'operatività alla fase dibattimentale del legittimo impedimento si deve al richiamo di cui all'art. 484, comma 2 bis, c.p.p.

²³ F. Cassibba, *L'udienza preliminare. Struttura e funzioni*, in G. Uberris-G. Voena, (a cura di), *Trattato di procedura penale*, XXXI, Milano, Giuffrè, 2007, p. 208.

²⁴ Riprodotto negli stessi termini anche il regime derogatorio sancito dalla norma abrogata.

cidere se disporre il rinvio dell'udienza, oppure pronunciare ordinanza motivata di rigetto²⁵.

Il primo *step* della verifica che occupa il giudice, riguarda l'ammissibilità e la ricevibilità della richiesta in relazione alle modalità con cui viene comunicata e all'espletamento degli oneri gravanti sul difensore nella sua formulazione.

Per quanto riguarda la prima delle questioni segnalate, la disposizione tace, né la disciplina generale dettata in materia, secondo cui «le memorie e le richieste sono presentate al giudice per iscritto mediante deposito in cancelleria» (art. 121 c.p.p.), riesce a chiarire i dubbi legati al silenzio sul punto da parte dell'art. 420 *ter*, comma 5, c.p.p. I maggiori problemi insorti nella prassi riguardano il ricorso al mezzo del telefax, che per la semplicità e rapidità del suo utilizzo, trova largo impiego. Gli aspetti di incertezza legati alla provenienza del documento inviato per il suo tramite, sono oggetto di esegesi contrastanti, solo in parte appianate da un intervento del Giudice di legittimità pronunciatosi a sezioni unite²⁶, dopo il quale sono nuovamente affiorati orientamenti differenti, «a dimostrazione di come il tema sia tuttora scivoloso»²⁷.

A fini di maggiore chiarezza dell'odierno stato di cose, è opportuno, ripercorrere in sintesi i passaggi che ne hanno costituito l'antefatto.

Un primo, più restrittivo, indirizzo sulla base del richiamato art. 121 c.p.p. e dell'art. 150 c.p.p. che individua nei funzionari di cancelleria i soli soggetti abilitati ad avvalersi di forme particolari di notificazioni, negava la possibilità di invio a mezzo fax della richiesta, soprattutto per l'accennata l'inidoneità di tale strumento a garantire la verifica della autenticità della sua provenienza²⁸. Sul versante opposto, si collocavano quelle pronunce, invero isolate, che ispirate ad un minore rigore formalistico, sanzionavano con la forma di più grave di invalidità degli atti, la sentenza emessa dal giudice che non si fosse pronunciata sull'istanza di rinvio fatta pervenire dal difensore servendosi del fax²⁹.

Il tentativo di accorciare le distanze tra i due fronti, si deve all'accennata sentenza delle Sezioni unite, riguardante nello specifico le modalità di esercizio del diritto degli avvocati alla astensione collettiva dalle udienze e tra queste, dunque, anche la presentazione della relativa dichiarazione. Sul punto, l'art. 3, comma 2, del Codice di autoregolamentazione³⁰ – norma speciale competente a regolare la materia in luogo dell'art. 420 *ter*, comma 5, c.p.p. – stabilisce che l'atto contenente la dichiarazione di astensione è «trasMESSO o depositato nella cancelleria del giudice o nella segreteria del p.m.». L'univocità del dato letterale non permetteva al Collegio approdi di segno contrario a quello raggiunto: assodato che l'attività di trasmissione, menzionata *ex lege* senza altre specificazioni, può realizzarsi con qualunque mezzo tecnico idoneo ad assicurare la provenienza della comunicazione dal difensore e il suo arrivo nella cancelleria del giudice o nella segreteria del p.m. precedenti, si affermava la ricevibilità ed ammissibilità dell'istanza trasmessa via fax, purché inoltrata al numero della cancelleria del giudice o della segreteria del p.m. precedenti e non a quello generico dell'ufficio giudiziario.

Completa l'*iter* logico-argomentativo un ulteriore, apprezzabile, passaggio, che permetteva l'exportabilità della conclusione oltre i confini della materia considerata, ovvero ai casi in cui l'istanza da inviare, riguardasse ipotesi di legittimo impedimento dovute a motivi diversi dalla adesione allo "sciopero" di categoria. Si legge nella motivazione che «la soluzione appare imposta non solo da una interpretazione letterale (perché non è previsto il rispetto di forme particolari, potendo la comunicazione e il deposito avvenire con qualsiasi mezzo e forma, mentre quando siano richieste forme vincolate il legislatore lo ha previsto espressamente, come per l'art. 162 c.p.p.), ma anche da una interpretazione ade-

²⁵ Per tali aspetti, v. più avanti § 2.2.

²⁶ Cass., sez. un., 27 marzo 2014, n. 40187, in *Cass. pen.*, 2015, p. 4383.

²⁷ L. Giordano, *Richiesta di rinvio per legittimo impedimento inviata a mezzo fax. Quali oneri per il difensore?*, in *Il Penalista*, 23 luglio 2018.

²⁸ Cass., sez. III, 11 febbraio 2014, n. 7058, in *CED Cass.*, n. 258443; Cass., sez. VI, 30 gennaio 2013, n. 28244, in *CED Cass.*, n. 256894; Cass., sez. V, 14 ottobre 2009, n. 46954, in *CED Cass.*, n. 245397; Cass., sez. I, 11 maggio 1998, n. 6528, in *CED Cass.*, n. 210711.

²⁹ Cass., sez. III, 11 febbraio 2014, n. 7058, in *Cass. pen.*, 2014, p. 2565; Cass., sez. V, 16 gennaio 2012, n. 21987, in *CED Cass.*, n. 252954; Cass., sez. V, 16 ottobre 2010, n. 43514, in *CED Cass.*, n. 249280; Cass., sez. III, 20 gennaio 2010, n. 10637, in *Cass. pen.*, 2011, p. 1156; Cass., sez. V, 24 aprile 2008, n.32964, in *Cass. pen.*, 2010, p. 1066.

³⁰ Il riferimento è al Codice di autoregolamentazione delle astensioni dalle udienze degli avvocati, adottato dagli organismi di categoria nell'aprile 2007 e dichiarato idoneo dalla Commissione di garanzia per la regolamentazione dello sciopero nei servizi pubblici essenziali, con deliberazione del 13 dicembre 2007, in attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali, in *Gazz. uff.*, 4 gennaio 2008, n. 3.

guatrice (perché maggiormente conforme ai principi costituzionali del diritto di difesa e del contraddittorio), e comunque da una interpretazione sistematica meno legata a risalenti schemi formalistici e più rispondente alla evoluzione del sistema di comunicazioni e notifiche, nonché alle esigenze di semplificazione e celerità richieste dal principio della ragionevole durata del processo».

Nonostante l'accoglimento del principio di diritto da parte della successiva giurisprudenza, la tregua sul tema si è consumata in tempi brevi. Riconosciuta la generale ammissibilità dell'invio a mezzo fax dell'istanza, con il conseguente dovere del giudice che ne ha avuto tempestiva conoscenza, di valutarla a pena di nullità assoluta per difetto di assistenza dell'imputato, si controverte sull'onere del difensore di accertarsi del regolare arrivo del fax e del suo tempestivo inoltro al giudice, nel caso voglia dedurre in sede di impugnazione l'omesso esame della richiesta. Alcuni provvedimenti sostengono che l'omessa deliberazione dell'istanza inoltrata con il fax, della quale il giudice non sia venuto a conoscenza, non lede il diritto di difesa e, pertanto, non risulta sanzionabile, in quanto il difensore che sceglie di avvalersi di un mezzo tecnico non autorizzato, si espone al rischio della intempestività con cui l'atto può arrivare a conoscenza del destinatario. Di qui il ritenuto onere per la parte di accertarsi del regolare arrivo del fax e del suo tempestivo inoltro al giudice procedente³¹. Quest'onere di verifica – si è ulteriormente precisato – andrebbe assolto mediante un sostituto processuale, un addetto allo studio, o una interlocuzione telefonica con la cancelleria interessata³². Tuttavia, se l'impedimento legato a condizioni di salute o di altra natura, è insorto in modo improvviso e inevitabile così da impedire qualsiasi attivazione da parte del difensore, questi potrà esimersi dall'effettuare tali verifiche, salvo dover provare le circostanze che le hanno impedito³³.

Per altro orientamento, è sufficiente la dimostrazione che il giudice sia stato messo in condizione di conoscere per tempo l'esistenza della richiesta di rinvio³⁴, attraverso l'allegazione della ricevuta comprovante il dato della conferma elettronica della spedizione del fax al numero della cancelleria del giudice³⁵.

Non meno controversa l'ammissibilità dell'istanza trasmessa tramite posta elettronica certificata. La suprema Corte poco dopo aver negato la possibilità per le parti private del processo di avvalersi della posta elettronica certificata quale forma generalizzata di comunicazione o notificazione, né per la presentazione di istanze³⁶, ammettendola viceversa soltanto per effettuare le notificazioni da parte delle cancellerie a persona diversa dall'imputato; è tornata sui suoi passi. Ha riconosciuto, infatti, l'ammissibilità dell'istanza inviata all'indirizzo di posta elettronica ordinaria dell'ufficio di cancelleria del giudice procedente, gravando tuttavia il difensore che voglia dolersi della omessa valutazione, dell'onere di verificare la regolare ricezione della mail³⁷.

SEGUE: IL CATALOGO DEGLI ONERI DIFENSIVI

All'interno della richiesta ammissibile sotto il profilo della sua ricevibilità, il difensore deve comunicare prontamente le ragioni che gli impediscono di comparire; si tratta di un onere – in verità, l'unico

³¹ Cass., sez. 19 giugno 2018, n. 24909; Cass., sez. 8 giugno 2018, n. 30376; Cass., 18 giugno 2015, n. 37859, in *CED Cass.*, n. 265162; Cass., sez. II, 22 maggio 2015, n. 24515, in *CED Cass.*, n. 264361; Cass., sez. V, 16 ottobre 2014, n. 7706.

³² Cass., sez. 8 giugno 2018, n. 30376; Cass., sez. 16 novembre 2017, n. 1904.

³³ Cass., sez. II, 18 dicembre 2018, n. 13549; Cass., sez. I, 16 novembre 2017, n. 1904, in *CED Cass.*, n. 272049.

³⁴ «Una volta affermato che la richiesta di rinvio per legittimo impedimento dell'imputato o del difensore, inviata a mezzo telefax in cancelleria, non è irricevibile, né inammissibile, non trova alcuna giustificazione sul piano logico, ancora prima che normativo, imporre alla parte che intenda far valere la nullità per omessa valutazione, l'onere di dimostrare che la suddetta richiesta sia stata portata a conoscenza dell'autorità giudiziaria tempestivamente, vale a dire prima della adozione dell'atto cui era preordinata l'attività processuale, oggetto dell'istanza di rinvio», così Cass., sez. V, 24 ottobre 2016, n. 535, in *CED Cass.*, n. 268942.

³⁵ Cass., sez. II, 29 ottobre 2018, n. 49459, in *Dir. pen. proc.*, 2019, p. 689, criticamente annotata da F. Cerqua, *La difesa non può comunicare con la posta elettronica certificata* e da E. Priolo, *Notifiche Pec off limits per le parti private*, in *Il Penalista*, 8 febbraio 2019; Cass., sez. VI, 19 luglio 2018, n. 10892, in *Il Penalista*, 7 maggio 2019, secondo cui costituendo la Pec modalità di trasmissione non consentita, il giudice non è tenuto a valutare la richiesta pervenuta per il suo tramite; Cass., sez. III, 4 aprile 2018, n. 23192; Cass., sez. II, 7 novembre 2017, n. 51665; Cass., sez. V, 24 ottobre 2016, n. 535.

³⁶ Cass., sez. II, 16 maggio 2017, n. 31314, in *CED Cass.*, n. 270272; Cass., sez. III, 11 febbraio 2014, n. 7058, in *CED Cass.*, n. 258443.

³⁷ Cass., sez. VI, 19 aprile 2017, n. 35217, in *CED Cass.*, n. 270912; Cass., sez. II, 7 novembre 2014, n. 47427, in *CED Cass.*, n. 260963; in argomento V. Bove, *Notificazioni telematiche nel procedimento penale: questioni giuridiche e problematiche applicative*, in *www.dirittopenalecontemporaneo*, 9 novembre 2015; A. Diddi, *Quale futuro per l'elettronica nel processo penale? Osservazioni a margine dell'impiego della PEC per le notificazioni*, in *Proc. pen. giust.*, 2017, n. 2, p. 299.

ad essere espressamente contemplato – che l'art. 420, comma 5 *ter*, c.p.p. impone allo scopo di garantirne la speditezza del processo, il cui fluire non può subire interruzioni ingiustificate, in quanto riconducibili a interessi che non risultano meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento. In considerazione dell'obiettivo perseguito, il difensore deve palesare al giudice l'esistenza dell'impedimento non appena si sia verificato ed egli ne sia venuto a conoscenza. Solo a queste condizioni, la "prontezza" con cui viene comunicato il fattore impeditivo – da riferire, dunque, al momento del suo insorgere e non alla data di celebrazione del processo – permette al giudice che accoglie l'istanza, di fissare l'udienza in un giorno prossimo a quello originariamente previsto³⁸. La contiguità temporale tra la data rinviata e quella nuova permette sia di evitare oneri ingiusti per gli altri soggetti processuali, sia di contenere al minimo battute d'arresto e intollerabili "tempi morti", soprattutto quando vadano a spezzare la concentrazione della istruzione dibattimentale.

Dalla comunicazione effettuata in contrasto con la tempistica stabilita dalla disposizione, discende il rigetto della istanza di rinvio e il conseguente svolgimento dell'udienza in assenza del titolare dell'incarico difensivo.

L'impedimento tempestivamente portato a conoscenza del giudice, deve essere altresì supportato dalla indicazione delle circostanze che lo hanno determinato, di qui l'ulteriore onere di allegazione e dimostrazione che incombe sul legale. Dal momento che l'impossibilità a comparire – sancisce la previsione – deve "risultare" al giudice così da rendere possibile il controllo sulla fondatezza di quanto dedotto³⁹ prima, e il bilanciamento tra interesse difensivo e interesse pubblico alla immediata trattazione del processo poi, è scontato che il professionista non possa semplicemente limitarsi ad asserire la sussistenza dell'impedimento. Ne deriva che la tempestività che la disposizione riferisce alla sola comunicazione dell'impedimento, coinvolge sul piano logico anche la sua prova: poiché la documentazione prodotta dal difensore – la quale si specificherà di volta in volta, a seconda della natura dell'impedimento occorso in concreto – è finalizzata ad ottenere una decisione favorevole, deve pervenire non oltre la fase dedicata al controllo sulla regolare costituzione delle parti. È questa la sede, infatti, nella quale rileva l'impossibilità a comparire del difensore che interferisce con la costituzione della parte privata. Dunque, l'inciso «quando risulta al giudice» non va inteso «come mera derivazione della comunicazione fatta, ma come giudizio conclusivo anche a seguito di attività (di accertamento, evidentemente) svolte (pure a conferma della provenienza) sull'impedimento comunicato»⁴⁰.

Più controverso l'inquadramento dell'obbligo per il difensore di specificare anche le ragioni che hanno reso impossibile la nomina di un sostituto, la cui designazione ai sensi dell'art. 102, comma 1, c.p.p., individua, come detto, una delle possibili deroghe alla garanzia di immutabilità del difensore. La disposizione richiamata nel prevedere che «il difensore di fiducia e il difensore d'ufficio possono nominare un sostituto», descrive una prerogativa difensiva del tutto discrezionale, il cui perimetro applicativo risulta sensibilmente incrementato rispetto all'art. 127 c.p.p. abr., che ne limitava l'operatività alla sola fase dibattimentale ed in presenza di un impedimento del difensore. L'esercizio di questa facoltà sganciata dall'esistenza di qualunque condizione oggettiva, ha condotto alla «totale liberalizzazione del potere di ricorso alla figura del sostituto»⁴¹; la circostanza se, da un lato, consente a colui che opta per la sostituzione, di adempiere il proprio obbligo di assistenza e rappresentanza, astenendosi dal partecipa-

³⁸ A. Melchionda, sub art. 486, cit., p. 146; P. Moscarini, *Udienza preliminare e presenza dell'imputato: un'anticipazione (quasi) completa degli istituti di garanzia predibattimentale e dibattimentale*, cit., p. 324; Cass., sez. VI, 27 novembre 2012, n. 49759, in *CED Cass.*, n. 254200; Cass., sez. IV, 12 maggio 2004, n. 25332, in *Cass. pen.*, 2006, p. 183; Cass., sez. IV, 11 giugno 2003, n. 41997, in *Cass. pen.*, 2005, p. 97; Cass., sez. I, 26 febbraio 1996, n. 2567, in *Cass. pen.*, 1997, p. 756. La conseguenza ritenuta irragionevole in quanto contrastante con i principi di inviolabilità della difesa e del giusto processo, potrebbe essere evitata – si osserva – grazie ad una disciplina che prevedesse che «se la prova della mancata conoscenza della udienza preliminare o della assoluta impossibilità di comparire del difensore per legittimo impedimento perviene dopo la nomina del sostituto, ma il difensore impedito dimostra che la prova è pervenuta con ritardo senza sua colpa, il giudice dovrebbe revocare la nomina del sostituto e disporre la regressione dell'udienza al momento della nomina del sostituto, in modo da consentire al difensore di fiducia legittimamente impedito di presenziare alla ripetizione dell'udienza», v. L. Filippi, sub art. 19, *Il processo penale dopo la legge Carotti*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, p. 191.

³⁹ Cass., sez. III, 31 gennaio 1994, n. 4426, in *Cass. pen.*, 1995, p. 1549.

⁴⁰ D. Potetti, *L'impedimento del difensore a comparire in dibattimento, con particolare considerazione per il concorrente impegno professionale*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 3904.

⁴¹ A. Ricci, *Il difensore*, in G. Dean (a cura di), *I soggetti*, 1, t. I, *Trattato di procedura penale*, (diretto da G. Spangher), 2009, Torino, Utet, p. 789.

re direttamente dalla attività processuale; dall'altro, non è esente da rischi, potendo implicare il pericolo che la nomina del sostituto processuale effettuata in assenza di reali e concrete esigenze organizzative, comprometta il livello tecnico-qualitativo di assistenza difensiva.

Ora, l'indubbio carattere discrezionale della sostituzione stride con il dettato dell'art. 420 *ter*, comma 5, c.p.p., secondo cui l'impedimento rilevante ai fini del differimento della udienza, deve condurre ad una impossibilità a comparire assoluta e perciò insuperabile; potendo la nomina del sostituto elidere il carattere di assolutezza richiesto *ex lege* per l'impedimento, il difensore sarebbe sempre obbligato ad attivare la designazione ai sensi dell'art. 102 c.p.p. Ma poiché la nomina del sostituto costituisce, appunto, una facoltà e non un obbligo, non può ricollegarsi al suo mancato esercizio la sostanziale negazione del diritto di difesa. Le previsioni menzionate e i principi costituzionali che le ispirano – diritto di difesa, da un lato, e ragionevole durata del processo, dall'altro – venendo in contatto, mettono in “corto circuito” il sistema; il giudice sulla base dei motivi che hanno sconsigliato la designazione sostitutiva, provvede a mediare le opposte tensioni in campo; diversamente, tale operazione di armonizzazione risulterebbe impraticabile. Di qui la imprescindibilità dell'onere in questione, su cui è attestato l'orientamento ermeneutico dominante, suggellato anche dalle Sezioni unite⁴², che hanno chiarito come l'onere di nominare un sostituto o di indicare la ragioni della mancata nomina, sussiste esclusivamente per il difensore impossibilitato a comparire a causa di impegno professionale concorrente. Viceversa, per il difensore assente perché affetto da patologia imprevedibile o a causa di altri eventi impreveduti di forza maggiore, la legge non prevede alcun obbligo in tal senso, né esige l'indicazione dei motivi per cui non ha provveduto ai sensi dell'art. 102, comma 1, c.p.p.; ma richiede solo l'esistenza comprovata da adeguata certificazione di una patologia in atto, inabilitante alla presenza in udienza, tempestivamente comunicata.

SEGUE: GLI ADEMPIMENTI DEL GIUDICE

Competente a definire la procedura incidentale è l'organo giudicante nella composizione prevista per il giudizio⁴³. Pervenuta l'istanza, il destinatario non può ignorarla mandandola inevasa; anche in ipotesi di rigetto, deve essere adottato un provvedimento espresso e motivato. Se il giudice tralascia di valutare la richiesta e procede direttamente alla nomina di un difensore d'ufficio, gli atti indebitamente svolti in assenza del difensore impedito, sono colpiti da nullità assoluta ai sensi degli artt. 178, comma 1, lett. c) e 179, comma 1, c.p.p., per difetto di assistenza dell'imputato⁴⁴. Opera la medesima sanzione quando l'istanza risulti erroneamente rigettata: la presenza del sostituto designato ai sensi dell'art. 97, comma 4, c.p.p. non può in ogni caso sopperire nei confronti dell'imputato all'assenza del “suo” difensore.

Se il giudice dà seguito alla richiesta, deve provvedere a notificare la data della nuova udienza al difensore titolare; il mancato avviso determina la nullità assoluta e insanabile degli atti svolti, data l'assenza (giustificata, appunto, dall'omissione dell'avviso) nel dibattimento fissato in prosecuzione, del difensore titolare dell'imputato⁴⁵, a meno che non intervenga nell'udienza differita. Infatti, se l'istanza di rinvio non è stata respinta tramite apposito provvedimento motivato, il giudice ha l'obbligo di avvisare il difensore della nuova udienza; solo la notifica dell'avviso legittima – evitando la nullità assoluta degli atti *ex art.* 179 comma 1, c.p.p. – la prosecuzione del dibattimento con la partecipazione del difensore designato ai sensi dell'art. 97, comma 4, c.p.p. Se il sostituto rappresenta l'impedimento a comparire del difensore titolare, agisce, in relazione all'istanza, in nome e per conto del professionista che sostituisce, al quale, pertanto, l'ordinanza che fissa la data della nuova udienza non deve essere notificata. Si esclude, cioè, la necessità che il difensore titolare sia avvisato della data della nuova udienza, ritenendosi

⁴² Cass., sez. un., 21 luglio 2016, n. 41432, in *Cass. pen.*, 2017, p. 541. V. più avanti § 3 a) e b). *Contra* Cass., sez. IV, 13 novembre 2014, in 49733, in *CED Cass.*, n. 261182; Cass., sez. fer., 22 luglio 2014, n. 35263, in *CED Cass.*, n. 260152, che assimilano l'impedimento per concomitante impegno professionale a quello per malattia, correlativamente estendendo la disciplina del primo al secondo.

⁴³ L'ordinanza non può essere adottata dal Presidente in sostituzione del Collegio, così Cass., sez. II 14 maggio 2014, n. 36097, in *CED Cass.*, n. 260335.

⁴⁴ Cass., sez. VI, 18 novembre 2015, n. 47213, in *CED Cass.*, 265483; Cass., sez. VI, 14 ottobre 2009, n. 42110, in *CED Cass.*, n. 245127; Cass., sez. VI, 22 gennaio 2008, n. 10376, in *CED Cass.*, n. 238926; Cass. sez., 14 novembre 1995, n. 12629, in *Cass. pen.*, 1996, p. 2993.

⁴⁵ Cass., sez. V, 6 giugno 2001, n. 32450, in *Cass. pen.*, 2002, p. 3502; Cass., sez. III, 25 maggio 1994, n. 7542, in *CED Cass.*, n. 198379.

sufficiente l'informazione data al designato in sostituzione, quando questi non si sia limitato ad assumere il patrocinio obbligatorio dell'imputato, ma abbia posto in essere attività esorbitanti la funzione obbligatoria *ex lege*, quali ad esempio la reiterazione della richiesta di rinvio del dibattimento⁴⁶.

LE POSSIBILI CAUSE DI LEGITTIMO IMPEDIMENTO: SERI MOTIVI DI CARATTERE FISICO O SANITARIO, STATO DI AVANZATA GRAVIDANZA E ALTRE GRAVI ESIGENZE PERSONALI

Le cause in grado di determinare l'assoluta impossibilità a comparire del difensore configurando un'ipotesi di impedimento – qualificato in via normativa solo dal predicato della legittimità e, dunque, dalla necessaria, ma sufficiente, esclusiva conformità alla legge o dall'essere in essa previsto – sono molteplici e di carattere vario ed eterogeneo. In mancanza di qualunque tentativo di tipizzazione normativa delle cause idonee a integrare il legittimo impedimento partecipativo, un ausilio importante alla individuazione della relativa nozione proviene dalla omologa disciplina dettata per l'imputato, nonché dall'ampia casistica di fattispecie impeditive segnalate dalla prassi. La imponente produzione giurisprudenziale individua quali motivi di impedimento maggiormente ricorrenti l'esistenza di serie ragioni di salute, il concomitante impegno professionale in altro procedimento e l'adesione del difensore alla astensione collettiva dalle udienze proclamata dalle associazioni di categoria.

Grazie ai progressivi affinamenti conseguenti alla stratificazione giurisprudenziale di questi anni, ciascuna delle citate situazioni è venuta progressivamente delineandosi attraverso l'individuazione di una serie di requisiti che, al di là della specificità del caso concreto, devono connotarne la fisionomia.

Diversamente dall'art. 420 *ter*, commi 1 e 2, c.p.p. che a proposito della assoluta impossibilità dell'imputato a presenziare all'udienza, dà rilevanza al caso fortuito, alla forza maggiore e al legittimo impedimento, il successivo comma 5 della disposizione riferendosi al difensore, richiama soltanto il legittimo impedimento. Ne deriva *prima facie* un ambito operativo più ristretto; si tratta tuttavia di limitazione più apparente che reale: infatti, la formula evoca di per sé un concetto generico e flessibile, capace di attrarre nella propria orbita la disparata fenomenologia riconducibile, sul piano astratto, anche alle nozioni di "caso fortuito" e "forza maggiore"⁴⁷, le quali secondo il significato enucleato in sede giurisprudenziale in tema di restituzione del termine, si riferiscono a eventi che per la loro intrinseca caratteristica di imprevedibilità o irresistibilità, risultano inevitabili.

Ciò premesso, dalla ricognizione delle pronunce di legittimità emerge come dato oramai pacifico che l'impossibilità a comparire non deve essere intesa in senso soltanto meccanicistico, quale fattore materiale che impedisce fisicamente al difensore di raggiungere il luogo di svolgimento del processo⁴⁸, potendo viceversa scaturire anche da situazioni di diversa natura, gravi sotto il profilo umano e morale, che impediscono di affiancare l'imputato, nella pienezza delle proprie facoltà fisiche o mentali. In occasione di eventi così caratterizzati, il legale come ogni altro prestatore d'opera, ha il diritto di essere giustificato per l'assenza dal luogo ove la prestazione deve essere eseguita⁴⁹. Quando la ragione dell'impedimento addotto risieda in una indisponibilità fisica determinata da un stato morboso in senso proprio, quest'ultimo deve dare luogo a una situazione tale da impedire al difensore di comparire se non a costo di un grave e non altrimenti evitabile rischio per la propria salute; pertanto, laddove vengano certificate patologie non invalidanti le quali, anche sulla base nozioni di comune esperienza, non espongono il difensore ad un simile rischio, il giudice è libero di respingere la richiesta⁵⁰.

Quando l'impossibilità a comparire è da ascrivere a grave malattia o ad altro evento improvviso ed imprevedibile dovuto a forza maggiore, il difensore deve documentare in via esclusiva l'esistenza del-

⁴⁶ Cass., sez. VI, 31 marzo 2004, n. 19677 in *CED Cass.*, n. 228229; Cass., sez. III, 11 marzo 1994, n. 199179.

⁴⁷ Dello stesso avviso anche la dottrina più autorevole, F. Cordero, *Codice di procedura penale commentato*, Torino, Utet, 1990, p. 555.

⁴⁸ Integra ipotesi di legittimo impedimento autorizzando il conseguente rinvio dell'udienza, la necessità di accompagnare e assistere il coniuge ricoverato presso un centro oncologico, situato a notevole distanza dal luogo di celebrazione del processo e concomitante con il giorno di udienza, così Cass., sez. IV, 10 febbraio 2015, n. 18069, in *Cass. pen.*, 2015, p. 4557; ancora, è stata accolta l'istanza di differimento dell'udienza per consentire al difensore di partecipare al funerale della sorella, celebrato a circa cento chilometri di distanza dal luogo del processo, Cass., sez. VI, 7 giugno 2012, n. 32949, in *CED Cass.*, n. 253220.

⁴⁹ Cass., sez. VI, 7 giugno 2012, n. 32949, cit.

⁵⁰ Cass., sez. V, 19 novembre 2014, n. 3558, in *CED Cass.*, n. 262846; Cass., sez. V, 24 settembre 2013, n. 44845, in *CED Cass.*, n. 257133.

l'impedimento. Lo stato patologico dichiarato va necessariamente supportato da un certificato medico che ne specifichi in modo puntuale il tipo, la gravità e la imprevedibilità al momento di fissazione dell'udienza, indicando altresì i motivi che fondano l'assoluta impossibilità di allontanarsi dal luogo di degenza – abitazione o nosocomio – per il tempo strettamente necessario a presenziare al processo⁵¹. Le ragioni circa l'impossibilità di nominare un sostituto ai sensi dell'art. 102 c.p.p. devono essere, invece, specificate soltanto se la malattia che affligge il difensore è caratterizzata da prevedibilità⁵². Condivisibile la stigmatizzazione del ricorso al labile, sfuggente e assolutamente incerto criterio della prevedibilità della malattia, come spartiacque tra sussistenza o meno dell'obbligo di designazione del sostituto, il quale lascia ampio spazio a valutazioni del tutto discrezionali del giudice. Questi «a seconda della personale convinzione circa la prevedibilità o meno, nel caso di specie, dell'impedimento, potrebbe addossare al difensore il (o sgravarlo dal) rischio della mancata o erronea previsione dell'evento ostativo alla personale comparizione in udienza, qualora non abbia proceduto alla nomina di un sostituto»⁵³.

La sola eccezione alla fluidità della nozione impiegata dall'art. 420 *ter*, comma 5, c.p.p., è contenuta nel successivo comma in vigore dal primo gennaio 2018⁵⁴, il quale ha codificato una presunzione di legittimo impedimento a favore della professionista in stato di gravidanza avanzata e nel successivo periodo di puerperio, dunque dalla ventottesima alla trentaseiesima settimana precedenti la data presunta del parto insieme al periodo di tre mesi successivi ad esso. La previsione, preziosa sul piano astratto quale passo in avanti verso l'affermazione della parità di genere, ha una ricaduta notevole anche in termini concreti dato il numero sempre crescente di donne abilitate all'esercizio della professione legale, le quali non beneficiando del congedo per maternità, viceversa riconosciuto alle lavoratrici dipendenti, subivano una vistosa disparità trattamento. Lo stato di gravidanza, trattato al pari di qualunque altro stato morboso che affliggesse il difensore, costituiva, infatti, per la prevalente giurisprudenza, evenienza idonea a imporre il rinvio dell'udienza solo in presenza di specifiche attestazioni sanitarie indicative del pericolo derivante dall'espletamento delle attività ordinarie o professionali⁵⁵. Il lavoro di sensibilizzazione condotto sia dalle istituzioni forensi che dalle associazioni professionali, si è dapprima tradotto nella sottoscrizione, su base locale, di Protocolli d'intesa con altrettanti Uffici giudiziari, volti a rimuovere ogni comportamento discriminatorio per ragioni di sesso nell'esercizio della professione forense, per poi sfociare in due proposte di legge⁵⁶, preludio dell'attuale disciplina. L'ingresso di tale presunzione assoluta sulla sussistenza dell'impedimento, esclude ogni margine di discrezionalità in capo al giudice, il quale ove l'onere di pronta comunicazione sia stato assolto e l'istanza di rinvio depositata presso la cancelleria, ammissibile, deve aderire alla richiesta proveniente dal difensore. Nel periodo temporale non "coperto" dalla presunzione legislativa, torna a espandersi il regime ordinario, sicché il difensore che voglia invocare il beneficio per problemi fisici connessi allo stato di gravidanza che non sia avanzato, è tenuto a documentarli, come richiesto con riferimento a qualunque altra patologia, tramite attestazioni che certifichino un pericolo per la salute. Il giudice, a sua volta, ne valuterà la fondatezza secondo i criteri ordinari, con facoltà perciò di disattendere la prognosi del sanitario e respingere la relativa istanza⁵⁷.

⁵¹ Cass., sez. IV, 28 gennaio 2014, n. n. 7979, in *CED Cass.*, n. 259287; Cass., sez. V, 19 novembre 2014, n. 3558, in *CED Cass.*, n. 262846; Cass., sez. VI, 12 maggio 2010, n. 20811; Cass., sez. VI, 28 febbraio 2017, n.13850. Si è escluso, pertanto, che l'impedimento addotto dal difensore per sottoporsi a esami diagnostici specialistici anche in regime di ricovero ospedaliero, possa determinare l'assoluta impossibilità a comparire, così Cass., sez. II, 22 maggio 2007, n. 22186, in *CED Cass.*, n. 236686; Cass., sez. I, 18 aprile 1994, n. 6234, in *CED Cass.*, n. 198870.

⁵² Cass., sez. VI, 17 giugno 2014, n. 7997, in *CED Cass.*, n. 262389; Cass., sez. VI, 11 aprile 2014, n. 32699, in *CED Cass.*, 262074; Cass., sez. I, 9 dicembre 2008, n. 47753, in *CED Cass.*, n. 242489; Cass., sez. III, 17 dicembre 2002, n. 3072, in *CED Cass.*, n. 223943.

⁵³G. Daraio, *Il rinvio dell'udienza per malattia del difensore: un diritto processuale dagli incerti confini*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 115; A. De Caro, *Le Sezioni Unite sul legittimo impedimento del difensore per grave malattia: un condivisibile, ma ancora limitato, approdo interpretativo*, in *Proc. pen. giust.*, 2017, n. 2, p. 254.

⁵⁴ L'introduzione del comma aggiuntivo si deve all'art. 1, comma 466, legge di bilancio 27 dicembre 2017, n. 205, con decorrenza primo gennaio 2018.

⁵⁵ Cass., sez. V, 18 aprile 2013, n. 21262, in *Guida dir.*, 2013, n. 25, p. 74; Cass., sez. V, 14 febbraio 2007, n. 8129, in *Cass. pen.*, 2008, p. 1498.

⁵⁶ Si tratta delle proposte di legge Di Lello C. 4000 e Rossomando C. n. 4058.

⁵⁷ Cass., sez. VI, 23 marzo 2018, n. 26614, in *Cass. pen.*, 2019, p. 277.

SEGUE: IL CONCOMITANTE IMPEGNO PROFESSIONALE

La possibilità di inquadrare l'assoluta impossibilità a comparire per concorrente impegno professionale del difensore, nell'ambito operativo del legittimo impedimento, è stata al centro di un cospicuo e articolato dibattito interpretativo, impegnato a lungo sulla natura giuridica attribuibile alle due fattispecie

La ricostruzione del concetto di impegno professionale concomitante registra un primo, importante, contributo chiarificatore da parte della Corte costituzionale. L'assenza di criteri selettivi cui ancorare il sindacato giudiziale sull'oggetto dell'impegno assunto altrove o sull'epoca della sua assunzione da parte del professionista e la reiterabilità, potenzialmente illimitata, di istanze motivate dalla necessità di assicurare la presenza del difensore in altro concomitante procedimento, con effetti paralizzanti sulla giurisdizione, diedero corpo ai dubbi di costituzionalità dell'art. 486, comma 5, c.p.p. sollevati dal giudice *a quo* in riferimento agli artt. 102, comma 1, e 112 Cost. La sentenza nel dichiarare la infondatezza della questione, escludeva anzitutto che la norma denunciata precludesse al giudice un esame comparativo delle situazioni messe a confronto per agevolare l'esercizio della giurisdizione e affermava poi che il giudizio di priorità devoluto al giudice per valutare la legittimità della richiesta avanzata, andava effettuato secondo canoni di ragionevolezza, forniti dalla pratica giurisprudenziale e a titolo esemplificativo indicava il criterio della priorità cronologica della notifica dell'avviso al difensore⁵⁸.

L'attribuzione alla giurisprudenza del compito di individuare i criteri in grado di orientare il sindacato del giudice in merito alla legittimità della richiesta, portava con sé l'implicito riconoscimento del concomitante impegno professionale quale legittimo motivo di impedimento ai sensi dell'art. 486 c.p.p. L'atteggiamento di apertura espresso nella sentenza e l'equilibrio della impostazione seguita non furono però sufficienti a frenare l'ostracismo di una parte della giurisprudenza di legittimità; il timore, infatti, che la norma potesse prestarsi a strumentalizzazioni e abusi e che il processo potesse, dunque, rimanere "ostaggio" di uno stillicidio di richieste, indusse a escludere in modo radicale la riconducibilità dell'impegno concorrente assunto in altra sede giudiziaria, all'area operativa dell'art. 486 c.p.p.. L'orientamento più rigoroso, per un verso, negava il requisito della assolutezza all'impedimento rappresentato dall'incarico concorrente, data la facoltà del difensore di potersi sempre avvalere di un sostituto⁵⁹; per altro verso, considerava inaccettabile rimettere al medesimo soggetto la decisione – non sindacabile dal giudice in assenza di prefissati criteri di priorità – tra l'impegno da assolvere e quello per cui chiedere il rinvio. Promotrici di una tesi più sensibile all'esigenza di temperamento degli interessi in gioco, quelle sentenze che subordinavano la configurabilità dell'impegno professionale concorrente in termini di legittimo impedimento, alla prova della antecedenza della notificazione dell'avviso relativo a uno degli impegni rispetto agli altri⁶⁰.

L'esigenza di comporre tale mosaico di opzioni interpretative, causa di gravi incertezze sul piano applicativo, chiamava in causa la suprema Corte a sezioni unite. Intervenuta in materia a partire dal 1992, ha delineato una soluzione⁶¹, poi confermata nel tempo⁶², fondata su un ragionevole punto di equilibrio tra diritto di difesa che deve concretizzarsi in una attività di effettiva "partecipazione" nel procedimento ed affermazione della giurisdizione. Al giudice il ruolo di "ago della bilancia" nel momento in cui procedendo alla valutazione e comparazione in concreto tra esigenze difensive ed esigenze pubbliche, scongiura che l'istituto diventi *escamotage* per ottenere impunità, anticipate liberazioni pericolose per la sicurezza collettiva e pretestuosi ritardi nella definizione dei processi.

L'analisi del lavoro di ricostruzione svolto in sede giurisprudenziale permette di stilare un elenco di informazioni oggetto di inderogabile ostensione a cura del professionista, che solo in questo modo può dimostrare che il legittimo impedimento partecipativo che dichiara rispetto al procedimento pregiudicante, costituisce circostanza indipendente della sua volontà. I dati forniti sono funzionali al rigoroso

⁵⁸ C. cost., sent. 29 aprile 1991, n.178, in *Cass. pen.*, 1991, p. 935.

⁵⁹ Cass., sez. V, 12 marzo 1992, n. 5464, in *CED Cass.*, n. 190074; Cass., sez. VI, 25 giugno, 1991, n. 12206, in *CED Cass.*, n. 188999; Cass., sez. II, 15 maggio 1991, in *CED Cass.*, n. 188187.

Cass., sez. VI, 15 novembre 1989, in *Cass. pen.*, 1989, II, p. 1, che prospettava anche l'operatività di criteri sussidiari come l'importanza dell'impegno sopravvenuto ovvero ragioni particolari come la vicinanza del termine di prescrizione.

⁶¹ Cass., sez. un., 27 marzo 1992, n. 4708, in *Cass. pen.*, 1992, p. 1787.

⁶² Cass., sez. un., 25 giugno 2009, n. 29529, in *CED Cass.*, n. 244109.

controllo demandato al giudice, che deve maturare il convincimento per cui l'impossibilità a comparire in uno dei procedimenti concorrenti, non è il frutto di una libera scelta del difensore, ma la conseguenza dell'oggettiva impossibilità fisica di assicurare la presenza nello stesso tempo in due luoghi diversi⁶³. Infatti, rispetto al presupposto alla base della contemporaneità dell'impegno professionale – la fissazione della udienza di due distinti procedimenti per la medesima data – la volontà del difensore è del tutto influente, «dipendendo piuttosto da decisioni assunte dal giudice procedente, tenendo conto della natura del processo innanzi a sé pendente, delle esigenze di urgenza nella trattazione dello stesso e della organizzazione dell'ufficio giudiziario di appartenenza»⁶⁴. A parte l'onere di pronta comunicazione, la cui tempestività, nel caso di specie, va rapportata al momento in cui il difensore apprende la simultaneità dei diversi impegni⁶⁵, egli deve documentare l'esistenza dell'incarico nell'altro processo tramite copia conforme, con attestazione della cancelleria, di uno degli atti del diverso impegno pregiudicante, idoneo a dimostrare la coincidenza della data di celebrazione del processo⁶⁶. Ma rilievo cruciale per la configurabilità dell'impedimento in termini di evento indipendente della volontà del difensore, riveste, come anticipato, l'onere informativo che impone di rappresentare al giudice, in modo esplicito e puntuale, le concrete ragioni della sua insostituibilità. A tal fine, devono essere specificate le ragioni che rendono essenziale con riferimento alla particolare natura dell'attività da svolgere, l'espletamento della funzione nel diverso processo; deve essere attestata l'assenza di altro codifensore in grado di difendere validamente l'imputato; devono essere illustrati i motivi ostativi alla nomina di un sostituto nei due procedimenti pendenti, così da fornire la prova che l'impedimento non dissimula un espediente dilatorio⁶⁷, ma, al contrario, è reale ed oggettivo; deve essere dichiarata l'insussistenza di esigenze che giustifichino una sollecita trattazione del procedimento per il quale si produce istanza di rinvio, irricevibile, pertanto, laddove sia prossimo il termine di prescrizione⁶⁸, oppure l'imputato del procedimento sia detenuto, o, ancora, si tratti di procedimento oggettivamente complesso per il quale il giudice ritenga prevalenti le ragioni di trattazione unitaria.

Da questo "catalogo" di informazioni da compilare a pena di inammissibilità della richiesta di rinvio – in quanto strumentali al controllo sulla assolutezza dell'impedimento – risulta l'affermarsi quale prioritario criterio selettivo dell'analisi comparativa che spetta al giudice, quello della valutazione in concreto dell'attività che il difensore deve svolgere nell'altro procedimento. Rispetto ad esso retrocede sia la considerazione della gravità e del numero dei reati per cui si procede, sia la precedenza cronologica delle notificazioni degli avvisi di fissazione delle udienze, entrambi realisticamente poco significativi nella identificazione del procedimento da privilegiare. In particolare, riguardo al criterio cronologico fondato sulla precedenza delle notifiche degli atti introduttivi dei giudizi, si ritiene che l'impedimento fatto valere deve essere sopravvenuto e mai preesistente al conferimento dell'incarico, data la impossibilità di considerare legittimo e validamente opponibile un impedimento già conosciuto al momento della accettazione della nomina e che si configuri sin dall'inizio come incompatibile con l'espletamento del nuovo mandato⁶⁹.

Quando la richiesta è ammissibile e l'impedimento legittimo, con conseguente rinvio dell'udienza, scatta il congelamento del termine prescrizione per un periodo massimo di sessanta giorni oltre la prevedibile cessazione dell'impedimento stesso e a prescindere dalla sua durata⁷⁰. Questa la conclusio-

⁶³ Cass., sez. III, 7 maggio 2014, n. 37171, in *CED Cass.*, n. 260106.

⁶⁴ G. Daraio, *Il rinvio dell'udienza per malattia del difensore: un diritto processuale dagli incerti confini*, cit., p. 110.

⁶⁵ Si è ritenuto non prontamente comunicato l'impedimento reso noto dal difensore non nel momento in cui apprendeva la contestualità degli impegni, ma con soli due giorni di anticipo rispetto all'udienza cui l'impedimento di riferiva, cfr. Cass., sez. II, 9 febbraio 2011, n. 16603, in *DG on line*, 14 maggio 2011; Cass., sez. II, 12 maggio 2010, n. 20693, in *CED Cass.*, n. 247548; Cass., sez. II, 2 dicembre 2008, n. 2776, in *CED Cass.*, n. 242711.

⁶⁶ Cass., sez. III, 17 ottobre 2017, n. 8537, in *CED Cass.*, n. 272297.

⁶⁷ Cass., sez. un., 18 dicembre 2014, n. 4909, in *Cass. pen.*, 2015, p. 1788; Cass., sez. I, 11 febbraio 2004, n. 13351, in *Cass. pen.*, 2005, p. 1978; Cass., sez. IV, 15 ottobre 2003, n. 41997, in *Cass. pen.*, 2005, p. 96; Cass., sez. VI, 1° luglio 2003, in *Cass. pen.*, 2005, p. 97.

⁶⁸ Cass., 21 febbraio 2007, Zinna, in *CED Cass.*, n. 236605.

⁶⁹ Cass., sez. V, 23 maggio 2014, n. 41000, in *CED Cass.*, n. 261252; Cass., sez. III, 8 aprile 2014, n. 19458, in *CED Cass.*, n. 259757.

⁷⁰ Può accadere che il difensore richieda il rinvio anche a prescindere dall'esistenza di un impedimento legittimo, per ragioni private o professionali. In un simile caso, il giudice, secondo il suo prudente apprezzamento, può accordare il rinvio così da garantire all'imputato l'assistenza del difensore di fiducia, tenendo conto delle esigenze organizzative dell'ufficio giudiziario, dei diritti e delle facoltà delle altre parti del processo, dei principi di ragionevole durata ed efficienza della giurisdizione. In questa

ne rassegnata da ultimo dalla Cassazione a sezioni unite⁷¹, che ha composto un contrasto interpretativo riguardante il dubbio se in caso di rinvio del processo per concomitante impegno professionale del difensore, si applicasse o meno, ai fini della sospensione del corso della prescrizione, il limite temporale previsto dall'art. 159, comma 1, n. 3, c.p. Si tratta di questione dai risvolti delicati, dal momento che, in questo caso particolare, nella operazione di bilanciamento tra diritti configgenti – scenario che fa da sfondo a tutta la materia – entra una implicazione particolare: da un lato, la piena esplicazione del diritto di difesa anche sotto il profilo della garanzia di immutabilità del difensore; dall'altro, la speditezza del processo, suscettibile d'essere aggirata attraverso artificiosi impedimenti posti in essere per ostacolarne la celebrazione allo scopo di lucrare la scadenza dei termini di prescrizione⁷².

È noto che la norma penale novellata nel 2005⁷³, ha differenziato il regime di sospensione del corso della prescrizione derivante da sospensione del processo o del procedimento penale, a seconda che quest'ultima sia prevista da una particolare disposizione di legge; sia dovuta a specifiche ragioni di impedimento delle parti o del difensore, oppure sia disposta su richiesta dell'imputato o del suo difensore. Poiché la durata massima del periodo di sospensione dei termini di prescrizione per impedimento delle parti e dei difensori non deve superare il termine dell'impedimento aumentato di sessanta giorni e, secondo la regola generale *ex art. 159 comma 3 c.p.*, i termini di prescrizione riprendono a decorrere dal giorno in cui è cessata la causa della sospensione, cioè dal giorno corrispondente alla scadenza del periodo di sospensione del processo disposta dal giudice, è decisivo stabilire per individuare la disciplina applicabile, se la sospensione del processo per concorrente impegno professionale possa essere ricondotta alle ipotesi di "impedimento" del difensore dell'imputato. L'andamento pendolare degli orientamenti espressi in sede di legittimità, ha oscillato dalla negazione dell'impegno concorrente come impedimento in senso tecnico, in quanto ricollegabile a una scelta, ancorché legittima, del difensore e non espressione di una impossibilità assoluta e oggettivamente insuperabile a comparire; alla sua riconducibilità nell'alveo dell'art. 420 *ter*, comma 5, c.p.p., in quanto l'esigenza del rinvio nasce dalla impossibilità fisica per il difensore di assicurare la propria presenza nello stesso tempo in due luoghi diversi. Nel primo caso, il differimento disposto dal giudice seguirebbe a una mera richiesta difensiva e, pertanto, il decorso del termine dovrebbe rimanere sospeso da udienza a udienza per tutta la durata del rinvio; nel secondo, al contrario, il differimento dell'udienza è imposto dall'impegno concorrente nel quale va individuata un'ipotesi di impedimento assoluto tutte le volte in cui ricorrono i rigorosi presupposti individuati dalla giurisprudenza. Scatterebbe, in tal caso, la disciplina dell'art. 159, comma 1, n. 3 c.p. con la sospensione del corso della prescrizione non oltre il sessantesimo giorno successivo alla prevedibile cessazione dell'impedimento stesso.

ASTENSIONE COLLETTIVA DALLE ATTIVITÀ GIUDIZIARIE E DIRITTO AL RINVIO DELL'UDIENZA

Solo dopo lungo e articolato *iter* interpretativo, il fondamento costituzionale, la natura giuridica, la disciplina applicabile e gli effetti nel processo, della astensione del difensore dalle attività giudiziarie, risultano inquadrabili entro una cornice dai contorni sufficientemente nitidi. Il contributo fornito dalla Corte costituzionale e da quella di legittimità, insieme alla regolamentazione della materia intervenuta nel 2000, è stato decisivo per abdicare in via definitiva alla tesi che "declassava" a legittimo impedimento il diritto al rinvio dell'udienza legato all'esercizio del diritto di libertà associativa del difensore.

Secondo acquisizione ormai consolidata, l'astensione degli avvocati dalle udienze ha conquistato

ipotesi, si ha soltanto una sospensione della attività processuale e pertanto l'interruzione del decorso della prescrizione fino alla udienza successiva, cfr. Cass., sez. un., 18 dicembre 2014, n. 4909, in *Cass. pen.*, 2015, p. 1778.

⁷¹ Cass., sez. un., 18 dicembre 2014, n. 4909, cit.; T. Bene, *A proposito del regime di sospensione del corso della prescrizione: il concomitante impegno professionale e l'effettività della difesa tecnica*, in *Proc. pen. giust.*, 2015, n. 4, p. 46; F. Costantini, *Impedimento del difensore per concorrenti impegni professionali e sospensione del corso della prescrizione: l'intervento delle Sezioni unite*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 1790.

⁷² «Il difensore attraverso la sua richiesta di rinvio ad uno piuttosto che all'altro dei due organi giudiziari che tengono udienza lo stesso giorno, può scegliere quale procedimento deve essere trattato e quale, invece, rinviato, optando per la situazione processuale maggiormente avvantaggiata, sotto il profilo della prescrizione, dalla mancata trattazione del processo», G. Da-raio, *Il rinvio dell'udienza per malattia del difensore: un diritto processuale dagli incerti confini*, cit.,

⁷³ Art. 6, comma 3, legge 5 dicembre 2005, n. 251, cosiddetta legge *ex Cirielli*.

piena legittimazione all'interno dell'ordinamento giuridico quale espressione del fondamentale diritto di associarsi liberamente, tutelato dall'art. 18 Cost.. Le modalità del suo esercizio sono stabilite dalla legge di settore⁷⁴ e dal Codice di autoregolamentazione⁷⁵ che la integra in funzione di fonte secondaria con forza precettiva *erga omnes*⁷⁶; al suo interno il legislatore, sollecitato dalla Consulta, ha posto una serie di limiti e regole⁷⁷ nel tentativo di contemperare l'astensione e il diritto al rinvio che ne costituisce naturale corollario, con la tutela della funzione giudiziaria ed il principio costituzionale di buon andamento della amministrazione della giustizia. Benché non riconducibile alla tutela del diritto di sciopero riconosciuta dall'art. 40 Cost.⁷⁸, l'astensione dalla attività defensionale rappresenta una forma di manifestazione della dinamica associativa volta alla tutela di una forma di lavoro autonomo, da inquadrare come tale nell'ambito del diritto di associazione e oggetto di tutela nei confronti di ogni forma sociale, pur nella tutela concorrente di altri valori di pari rango costituzionale⁷⁹.

Poste queste premesse si è ritenuto «riduttivo equiparare questa forma di “protesta di categoria” ad una qualsiasi ipotesi di impedimento a comparire, nel senso che con la dichiarazione di astensione dalle udienze il difensore esercita un diritto, che il giudice deve riconoscere»⁸⁰. Pertanto, se l'adesione alla forma di agitazione di categoria, avviene nel rispetto dell'articolato prescrittivo fissato dalle competenti disposizioni primarie e secondarie, esito del contemperamento tra interessi di pari rilevanza costituzionale, il giudice è vincolato a disporre il rinvio.

L'impossibilità di assimilare il diritto alla astensione del difensore all'istituto contemplato dall'art. 420-ter, comma 5, c.p.p., si ripercuote anche sul piano del regime applicabile; di ciò si trova puntuale conferma nella giurisprudenza di legittimità con riferimento sia alla durata del termine di sospensione della prescrizione, sia alla operatività di tale diritto anche nei procedimenti incidentali a contraddittorio eventuale.

In merito alla prima questione, quando la sospensione è dovuta ad astensione del legale, il termine resta sospeso per l'intero periodo di differimento e non opera il limite massimo di sessanta giorni stabilito dall'art. 159, comma 1, n. 3 c.p. per il rinvio determinato da impedimento del difensore. L'ipotesi, infatti, pur connessa all'esercizio di un diritto costituzionale di libertà, è insuscettibile di beneficiare del più favorevole regime sospensivo della prescrizione previsto quando, ricorrendo l'assoluta impossibilità del difensore di partecipare all'udienza, la richiesta di rinvio discende da legittimo impedimento⁸¹.

Ma l'eterogeneità tra diritto del difensore alla astensione dalla attività giudiziaria e legittimo impedimento a comparire, è stata coerentemente sviluppata in sede di legittimità anche in relazione alla seconda delle questioni accennate. Una significativa pronuncia del 2013⁸², definita «vera e propria “svolta”» della materia⁸³, ribadendo l'autonomia concettuale tra astensione forense e legittimo impedimento, ha riconosciuto nell'ambito del giudizio abbreviato in appello e negli altri procedimenti incidentali a contraddittorio eventuale dalle caratteristiche analoghe (ad esempio, l'udienza tenuta ai sensi degli artt. 409 e 410 c.p.p.), la rilevanza del diritto al rinvio a favore del difensore aderente alla protesta di categoria.

Prima di questo intervento, l'esame delle sentenze sul tema palesava una discrasia interpretativa dovuto all'oscillante inquadramento riservato alla astensione: conforme alle fonti regolatrici relativa-

⁷⁴ L. 11 aprile 2000, n. 83, recante *Modifiche e integrazioni della legge 12 giugno 1990, n. 146, in materia di esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali e di salvaguardia dei diritti della persona costituzionalmente tutelati*, in *Gazz. uff.*, 11 aprile 2000, n. 85.

⁷⁵ V. *retro*, nota 30.

⁷⁶ Cass., sez. un., 27 marzo 2014, n. 40187, cit.; Cass., sez. VI, 24 ottobre 2013, n. 1826, in *Cass. pen.*, 2014, p. 2075.

⁷⁷ Si pensi al previsto obbligo di un congruo preavviso, oppure alla necessità di un ragionevole limite temporale dell'astensione.

⁷⁸ E. Gianfrancesco, *“Sciopero” degli avvocati e Costituzione*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 23 ss.

⁷⁹ C. cost., sent. 27 maggio 1996, n. 171, in *Cass. pen.*, 1996, p. 2872.

⁸⁰ Cass., sez. un., 27 marzo 2014, n. 40187, cit., p. 4383; Cass., sez. un., 24 ottobre 2013, n. 1826, cit., p. 2076.

⁸¹ Cass., sez. VI, 29 gennaio 2013, n. 10621, in *CED Cass.*, n. 256067; Cass., sez. V, 8 febbraio 2010, n. 18071, in *CED Cass.*, n. 247182; Cass., sez. I, 17 giugno 2008, n. 25714, in *CED Cass.*, n. 240460; Cass., sez. II, 12 febbraio 2008, n. 20274, in *Cass., pen.*, 2008, p. 4085; in dottrina, V. Grevi, *L'adesione allo “sciopero” dei difensori non costituisce “legittimo impedimento” (a proposito del regime di sospensione della prescrizione)*, in *Cass., pen.*, 2008, p. 2058; L. Iafisco, *Nuovo orientamento della suprema Corte in tema di adesione del difensore alla astensione dalle udienze e regime della prescrizione: inapplicabili i limiti di durata della sospensione previsti per il legittimo impedimento*, in *Cass., pen.*, 2008, p. 4088.

⁸² Cass., sez. VI, 24 ottobre 2013, n. 1826, in *Cass. pen.*, 2014, p. 2075.

⁸³ T. Rafaraci, *Una presa d'atto molto attesa: l'adesione del difensore alla astensione collettiva dalle udienze impone il rinvio anche nei riti camerali a partecipazione facoltativa*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 2086.

mente al tema della prescrizione⁸⁴; viceversa, inspiegabilmente riportato nell'alveo dell'impedimento in senso tecnico, pur dopo il sopraggiunto statuto autonomo della materia, a proposito della possibilità di rinvio per astensione nei procedimenti svolti con le modalità dell'art. 127 c.p.p.⁸⁵. I giudici di legittimità individuata nel Codice di autoregolamentazione la sede primaria ove rintracciare forme, modalità, limitazioni ed esclusioni all'esercizio del diritto all'astensione, non rinvennero al suo interno alcuna norma che ne precluda al difensore l'esercizio rispetto alle attività che prevedono la sua partecipazione in via facoltativa. Infatti, l'art. 3 del suddetto Codice stabilisce il diritto al differimento delle udienze agli atti di indagine preliminare o a qualsiasi altro atto o adempimento per il quale «sia prevista la sua presenza ancorché non obbligatoria». «Il diritto di astenersi rimane integro dunque in tutti i casi di partecipazione facoltativa, ivi incluso, ma alla pari degli altri, quello – pur, di fatto, segnatamente importante – della udienza del giudizio abbreviato in appello»⁸⁶. L'importante traguardo è consacrato per mano del Collegio esteso, che promuove l'uniformità di disciplina tra udienze partecipate e a contraddittorio eventuale ai fini del diritto a ottenere il rinvio della trattazione nei riguardi del difensore “in sciopero”⁸⁷.

LEGITTIMO IMPEDIMENTO E RITI CAMERALI

L'ulteriore, rilevante tassello che, da ultimo, arricchisce la caratura della garanzia di immutabilità del difensore, si registra sul piano della sua progressiva estensione anche alle udienze camerali – diverse da quella preliminare – a prescindere dalla previsione della presenza necessaria o facoltativa del legale.

L'indirizzo ermeneutico favorevole alla esclusione del legittimo impedimento nei procedimenti disciplinati dall'art. 127 c.p.p., si è imposto per lungo tempo sulla base della considerazione per cui il contraddittorio – diversamente modulato dal legislatore a seconda delle precipue caratteristiche del contesto in cui opera – risulta garantito, nell'ambito delle udienze camerali, attraverso l'avviso di fissazione dell'udienza al difensore, con rilevanza della mancata comparizione solo se dovuta a omessa o irrituale notifica dell'avviso stesso. Nei casi in cui per ragioni di speditezza e concentrazione che il legislatore ha ritenuto di tutelare in via prioritaria, accusa e difesa vengono estromesse, è solo l'impedimento dell'imputato che abbia fatto esplicita richiesta di comparire per essere sentito, a determinare il doveroso rinvio della udienza. Unica eccezione in questo quadro si identifica con l'eventuale rinnovazione della istruttoria dibattimentale, nella quale titolare dell'azione e difensore sono di nuovo e imprescindibilmente chiamati in causa ai fini della formazione della prova⁸⁸.

Il primo “cedimento” registrato nei confronti di questo consolidato e maggioritario indirizzo, risale ad una pronuncia del 2015⁸⁹, affermativa della applicabilità del legittimo impedimento nel procedimento instaurato a seguito di appello avverso il provvedimento conclusivo del giudizio abbreviato, da tenersi con le forme tipiche del modello camerale, perciò con la partecipazione solo eventuale del difensore (artt. 443,

⁸⁴ Come visto, il caso della astensione soggiace al regime previsto per la seconda ipotesi di cui all'art. 159, comma 1, n. 3, c.p. con conseguente sospensione del termine di prescrizione per l'intero periodo di differimento, cioè “da udienza a udienza”.

⁸⁵ Cass., sez. un., 8 aprile 1998, n. 7551, in *CED Cass.*, n. 210795; nel solco di questa pronuncia successivamente, Cass., sez. IV, 17 marzo 2005, n. 20576, in *Cass. pen.*, 2006, p. 1861; Cass., sez. 24 maggio 2006, n. 23778, in *CED Cass.*, n. 234726; Cass., sez. IV, 14 luglio 2008, n. 33392, in *Cass. pen.*, 2009, p. 4778; Cass., sez. V, 16 luglio 2010, n. 36623, in *Cass. pen.*, 2011, p. 2671.

⁸⁶ T. Rafaraci, *Una presa d'atto molto attesa: l'adesione del difensore alla astensione collettiva dalle udienze impone il rinvio anche nei riti camerali a partecipazione facoltativa*, cit., p. 2085.

⁸⁷ Cass., sez. un., 14 aprile 2015, n. 1532, in *Proc. pen. giust.*, 2015, fasc. 6, p. 109, annotata da E. Mariucci, *L'astensione degli avvocati tra punti fermi e qualche impasse*, p. 123.

⁸⁸ Cass., sez. un., 8 aprile 1998, n. 7551, in *Cass. pen.*, p. 1998, p. 3219; sulla stessa scia, Cass., sez. V, 12 maggio 2015, n. 25501, in *CED Cass.*, n. 264066; Cass., sez. IV, 18 dicembre 2014, n. 25143, in *CED Cass.*, n. 263852; Cass., sez. V, 15 ottobre 2014, n. 9249, in *CED Cass.*, n. 263029; Cass., sez. I, 24 novembre 2011, n. 6907, in *Cass. pen.*, 2013, p. 2737; Cass., sez. V, 16 luglio 2010, n. 36623, in *Cass. pen.*, 2011, p. 2671; Cass., sez. IV, 14 luglio 2008, n. 33392, in *Cass. pen.*, 2009, p. 4778; Cass., sez. VI, 24 maggio 2006, n. 23778, in *CED Cass.*, n. 234726; Cass., sez. IV, 17 marzo 2005, n. 20576, in *Cass. pen.*, 2006, p. 1861. Nell'ottica specifica dei riti alternativi, i giudici della suprema Corte hanno ancora sostenuto che il contraddittorio svolto in forma cartolare, in grado di appello, non vanifica né l'esercizio del diritto di difesa, né lede il principio di uguaglianza, dal momento che tale possibilità discende dall'opzione, liberamente privilegiata dallo stesso imputato, di consentire l'accelerazione del procedimento in cambio di consistenti benefici sostanziali, cfr. Cass., sez. V, 15 ottobre 2014, n. 9249, cit.; Cass., sez. V, 6 aprile 2006, n. 16555, in *CED Cass.*, n. 234451. In senso contrario, in totale minoranza, Cass., sez. II, 11 ottobre 2000, n. 13033, in *Cass. pen.*, 2001, p. 3445, con nota di P.P. Dell'Anno.

⁸⁹ Cass., sez. VI, 21 ottobre 2015, n. 10157, in *CED Cass.*, n. 266531.

comma 4, e 599, comma 1, c.p.p.). La natura decisoria della fase, ove si discute sia del merito che della fondatezza dell'addebito di fronte ad un giudice cui è attribuita cognizione piena, esige per identità di *ratio* con gli altri spazi in cui il previsto rimedio all'"ostacolo" partecipativo è funzionale alla effettività della difesa e del contraddittorio, l'operatività della medesima tutela. Il carattere solo eventuale dell'intervento difensivo – «i difensori sono sentiti se compaiono» stabilisce l'art. 127, comma 3, c.p.p. – non scalfisce la correttezza della ricostruzione, poiché il difensore che scelga di comparire per operare senza soluzione di continuità in una sede "minore" solo per opinione tralattizia, risulterebbe ingiustificatamente penalizzato a causa di eventi di forza maggiore indipendenti dalla sua volontà.

Si adeguano a stretto giro le Sezioni unite che aderendo all'*iter* logico-argomentativo, sanciscono l'inversione di rotta, auspicabilmente definitiva, sulla non negoziabilità della effettività della difesa tecnica sotto il profilo della rilevanza dell'impedimento, realizzata grazie all'innesto dell'art. 420-ter, comma 5, c.p.p. nel prototipo di modello camerale delineato dall'art. 127 c.p.p.⁹⁰.

Con una sentenza di poco successiva, la prima sezione penale della suprema Corte⁹¹ in linea di continuità con l'impostazione dell'intervento regolatore da cui prende le mosse, ne espande i confini oltre il *thema decidendum* sino a includere i procedimenti di esecuzione e sorveglianza. Il pregio della decisione risiede nella «inedita chiave interpretativa dell'archetipo camerale», per cui «l'area del diritto al rinvio, finora garantito con esclusivo riguardo alla sede dell'udienza preliminare e del dibattimento, si allarga a comprendere l'intera area dei procedimenti camerale, a prescindere – si badi – dalla natura necessaria o solo eventuale della partecipazione del difensore, per diventare così un pilastro indefettibile della difesa tecnica»⁹².

La presenza del difensore relegata sullo sfondo della procedura descritta dall'art. 127 c.p.p., ritrova la dignità del suo ruolo grazie ad un non più ritrattabile allineamento col nucleo di garanzie che la qualifica al di fuori dai riti camerale. Come detto, nel momento in cui la norma richiamata riconosce il diritto alla difesa tecnica, deve necessariamente tutelarne l'esercizio effettivo; che, in concreto, poi, il difensore possa liberamente decidere di comparire o meno, è circostanza ininfluenza rispetto alla validità della esegesi di cui la pronuncia è promotrice. Infatti, nei confronti del difensore che sceglie di partecipare, devono essere garantite le condizioni che gli consentano di esprimere una difesa tecnicamente adeguata, che certamente non potrebbe essere tale se, in ipotesi di assoluta impossibilità a comparire, venisse affidata al 'primo' collega disponibile. L'inviolabilità del diritto di difesa, la formazione della prova in contraddittorio e le condizioni di parità dei partecipanti al confronto dialettico, non ammettono ripensamenti futuri sulla inderogabile tutela da accordare alla infungibilità del difensore incaricato in via fiduciaria.

CONSIDERAZIONI FINALI

La ricognizione della disciplina sul legittimo impedimento partecipativo del difensore, consegna allo studioso un assetto raggiunto nello sforzo continuo, non sempre riuscito, di comporre le tensioni tra valori tutti di rilievo primario – inviolabilità della difesa, speditezza del processo e affermazione della giurisdizione – direttamente coinvolti nella attuazione della sua tutela.

Fermo l'indiscusso valore della tutela accordata al legittimo impedimento del difensore a comparire in udienza, l'istituto presenta tuttavia risvolti molto delicati, acuti peraltro dalla sua considerevole incidenza pratica, collocandosi, appunto, tra tensioni contrapposte: l'effettività della difesa tecnica da lato e la speditezza del processo, dall'altro.

Il disposto prescrittivo generico e l'assenza di un pregresso applicativo di riferimento dato il carattere inedito dell'istituto, sconosciuto al codice Rocco, hanno lasciato ampio "spazio di manovra" al Giu-

⁹⁰ Cass. sez. un., 21 luglio 2016, n. 41432, in *Cass. pen.*, 2017, p. 541, commentata da E. A.A. Dei-Cas, *Ancora sul legittimo impedimento del difensore a comparire in udienza: in particolare, sull'onere di nominare un sostituto processuale in caso di malattia*.

⁹¹ Cass., sez. I, 3 aprile 2018, n. 14785, in *Proc. pen. giust.*, 2018, n. 5, p. 869. Il ricorso riguardava la correttezza dell'operato del giudice di merito che ricevuta la richiesta di rinvio dell'udienza avanzata dal difensore di fiducia per un impedimento dovuto a ragioni di salute, comunicato con prontezza e adeguatamente documentato, proseguiva comunque il procedimento di sorveglianza, previa nomina del difensore d'ufficio. Il ricorso era ritenuto meritevole di accoglimento e l'ordinanza del Tribunale di sorveglianza di rigetto della richiesta di rinvio, annullata.

⁹² A. Sanna, *La tutela della difesa tecnica nei riti camerale e di sorveglianza: la svolta garantista della Cassazione*, in *Proc. pen. giust.*, 2018, p. 869.

dice di legittimità nel lavoro di definizione contenutistica della garanzia. Si è visto, così, come a tale elaborazione debba ascriversi sia l'individuazione dei motivi di impedimento in grado di autorizzare il rinvio dell'udienza, sia l'auspicata espansione del loro perimetro operativo; non è sfuggito, però, come la Corte, per lo meno con riferimento alla mancata nomina di un sostituto in caso di impegno concorrente, pretenda attualmente dal professionista l'indicazione delle relative ragioni, "appesantendo" così il catalogo degli oneri a suo carico.

Tale ricostruzione forzando il dato normativo che, invece, rimette alla discrezionalità del difensore la designazione del sostituto, si è affermata dunque in spregio alla riserva di legge che regola la materia processuale penale ai sensi dell'art. 101, comma 2, Cost.; di qui la sua censurabilità al pari di tutti gli altri interventi di creazione giurisprudenziale cui si assiste in maniera crescente negli ultimi anni, anche quando, come nel caso di specie, possano leggersi sullo sfondo comprensibili istanze di politica giudiziaria.