

## Osservatorio sulla Corte di cassazione

---

### Legittimo impedimento

#### La decisione

**Difensore – Legittimo impedimento – Assoluta impossibilità a comparire – Rinvio e decorso del termine di prescrizione – Sussistenza** (CEDU, art. 6; Cost., 24, 111; c.p.p., 102, 420-ter, co. 5).

*L'impegno professionale del difensore in altro procedimento costituisce legittimo impedimento che dà luogo ad assoluta impossibilità a comparire ai sensi dell'art. 420-ter, co. 5, c.p.p., a condizione che il difensore prospetti l'impedimento appena conosciuta la contemporaneità dei diversi impegni, indichi specificamente le ragioni che rendono essenziale l'espletamento della sua funzione nel diverso processo e rappresenti l'assenza in detto procedimento di altro co-difensore che possa validamente difendere l'imputato, nonché l'impossibilità di avvalersi di un sostituto ai sensi dell'art. 102 c.p.p. sia nel processo a cui intende partecipare sia in quello di cui chiede il rinvio; con conseguente congelamento del termine fino ad un massimo di sessanta giorni dalla cessazione dell'impedimento stesso.*

CASSAZIONE PENALE, SEZIONI UNITE, 2 febbraio 2014, (ud. 18 dicembre 2014) – SANTACROCE, *Presidente* – ROMIS, *Relatore* – DESTRO, *P.G.* (diff.) – T.G., *ricorrente*.

#### Il commento

#### **Legittimo impedimento per concomitante impegno professionale del difensore: verso l'effettività della difesa**

Non di rado nelle aule giudiziarie il decorso prescrizionale costituisce una dirimente opzione difensiva, avuto anche conto della riduzione dei termini importato, per i non recidivi, dalla novella introdotta dalla legge 5 dicembre 2005, n. 251 (c.d. ex Cirielli)<sup>1</sup>; ma a quali condizioni l'assenza del difensore, spesso determinata da contemporaneo impegno professionale, è dovuta ad assoluta impossibilità di comparire per legittimo impedimento nei termini dell'art. 420-ter, co. 5, c.p.p. con conseguente applicabilità del limite di sessanta giorni per la sospensione della prescrizione, ex art. 159, co. 1, n. 3, c.p.p.?

---

<sup>1</sup> L. 5 dicembre 2005, n. 2141, Modifiche al codice penale e alla l. 26 luglio 1975, n. 354, in materia di attenuanti generiche, di recidiva, di giudizio di comparazione delle circostanze di reato per i recidivi, di usura e di prescrizione, in *G.U.* 7 dicembre 2015, n. 132.

In chiave di sistema giova ricordare che nella vigenza del Codice Rocco, la mancata presenza del difensore non rientrava tra le cause obbligatorie di rinvio o sospensione del dibattimento; il principio seguito in giurisprudenza era che «l'impedimento del difensore, anche se provato, non rende obbligatorio il rinvio poiché l'imputato può provvedere alla nomina di altro difensore o essere assistito da altro difensore d'ufficio»<sup>2</sup>.

Al difensore, inoltre, era radicalmente preclusa qualsiasi possibilità di optare per l'astensione dalla propria attività di assistenza nel processo, quand'anche si trattasse di una scelta per fini rivendicativi o di denuncia di violazione di diritti della difesa.

La giurisprudenza era costante nell'escludere che l'adesione all'astensione di categoria potesse pregiudicare il regolare svolgimento del processo e nell'affermare che «lo sciopero della categoria professionale degli avvocati e dei procuratori esercita la propria influenza limitatamente alla categoria stessa e non determina alcuna sospensione dell'attività giurisdizionale, né tanto meno la nullità del dibattimento, per violazione dell'art. 185 c.p.p., svoltosi in assenza del difensore di fiducia che abbia aderito allo sciopero»<sup>3</sup>.

Anzi, tale condotta risultava riconducibile ad un «abbandono» della difesa, rilevante ai sensi dell'art. 131 Codice Rocco e quindi punibile con sanzione disciplinare interdittiva irrogata dalla sezione istruttoria della Corte di appello nel cui distretto aveva sede l'autorità giudiziaria procedente; tale «assenza qualificata» era anche riconducibile alla fattispecie incriminatrice di cui all'art. 333 Codice Rocco (poi abrogato dalla l. 12 giugno 1990, n. 146)<sup>4</sup>.

La situazione mutò profondamente con l'entrata in vigore del Codice Vassalli ed il passaggio all'attuale sistema processuale, imperniato sui principi di parità delle parti ed effettività del contraddittorio di matrice europea e sovranazionale (art. 6 CEDU), successivamente consacrati anche nell'art. 111 Cost.<sup>5</sup>

<sup>2</sup> Cass., Sez. IV, 4 marzo 1985, Gavioli, in *Mass. Uff.*, n. 169604; Id., Sez. IV, 12 aprile 1984, Biancardi, *ivi*, n. 166136.

<sup>3</sup> Cass., Sez. IV, 21 ottobre 1977, Arzano, in *Mass. Uff.*, n. 137510; Id., Sez. I, 10 maggio 1989, Zeno, *ivi*, 183435.

<sup>4</sup> Per una ricostruzione in chiave diacronica dell'istituto si veda RANALDI, *Nuove prospettive per l'effettività della difesa nell'udienza camerale*, in *Giur. it.*, 1998, 1681; MAGI, *L'astensione degli avvocati penalisti istanze repressive, e rivendicazioni dell'effettività della difesa*, in *Cass. pen.*, 1995, 1716.

<sup>5</sup> A. GATTO, *Legittima l'adesione del difensore a manifestazioni di categoria con astensioni dalle udienze camerali*, in *Giur. it.*, 2014, 412. Nello specifico i principi ispiratori del Codice Vassalli determinarono una disciplina significativamente diversa dell'abbandono (o rifiuto) della difesa. L'art. 105 c.p.p. individua la competenza esclusiva del Consiglio dell'ordine forense per l'irrogazione delle sanzioni disciplinari; sancisce la completa autonomia del procedimento disciplinare rispetto al procedimento penale in cui è avvenuto l'abbandono; prevede che quando l'abbandono è motivato con la violazione dei diritti della difesa ed il Consiglio dell'ordine lo ritenga giustificato, la sanzione non è applicata anche se il giudice escluda che la violazione si sia verificata: laddove, invece, nel sistema precedente era escluso che tale motivazione potesse costituire una causa di giustificazione della condotta del difensore.

Venne così introdotto l'obbligo di sospendere o rinviare il dibattimento in caso di assenza del difensore dovuta ad assoluta impossibilità di comparire per legittimo impedimento, purché prontamente comunicato (art. 486, co. 5, c.p.p., poi abrogato dalla l. 16 dicembre 1999, n. 479, ed in sostanza sostituito dall'art. 420-ter, co. 5, c.p.p., che estese l'applicazione dell'istituto del legittimo impedimento del difensore alla fase dell'udienza preliminare)<sup>6</sup>.

Al riguardo i principi del giusto processo hanno trovato pieno riconoscimento dalle recenti Sezioni unite "Lattanzio", fonte del principio garantista secondo cui l'astensione non è un impedimento in senso tecnico<sup>7</sup> ma esercizio di un diritto fondamentale di rango costituzionale, non costituendo una impossibilità materiale a comparire<sup>8</sup>.

Nella delicata fattispecie in esame, la questione giuridica al vaglio delle Sezioni unite scaturisce dalla diversa interpretazione sistematica in argomento data dalla giurisprudenza di legittimità e può così essere sintetizzato: «Se, ai fini della sospensione del corso della prescrizione del reato, il contemporaneo impegno professionale del difensore in altro procedimento possa integrare un caso di impedimento, con conseguente congelamento del termine fino ad un massimo di sessanta giorni dalla sua cessazione».

Il contrasto può essere ricostruito attraverso l'analisi di due orientamenti della Suprema corte, ciascuno dei quali è organico ad una diversa qualificazione della natura del diritto del difensore al differimento dell'udienza nel caso di concomitante impegno professionale in altro procedimento.

---

<sup>6</sup> Cass., Sez. un., 24 settembre 2014, Lattanzio, in *Mass. Uff.*, n. 345678; la Corte costituzionale, intervenuta con la sentenza n. 171 del 1996, aveva già riconosciuto alla astensione la natura di «diritto di libertà riconducibile alla categoria delle libertà dei singoli e dei gruppi che ispira l'intera prima parte della Costituzione e che appartiene all'ambito del diritto di associazione». Sulla scia di una completa valutazione dell'istituto, merita doveroso richiamo la sentenza delle Sezioni unite Ucciero del 30 maggio 2013 che ha attribuito al codice di autoregolamentazione delle astensioni degli avvocati del 4 aprile 2007 valore di normativa secondaria, con buona pace di chi si è sempre sforzato di ridurne la natura a «un mero atto che vincola i soli associati». Cfr. Id., Sez. un., 30 maggio 2013, Ucciero, in *Mass. Uff.*, n. 255346; Id., Sez. IV, 5 maggio 2014, G.C., con osservazioni a prima lettura di COMI, in [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it).

<sup>7</sup> Cass., Sez. V, (ord.), 20 dicembre 2013, Lattanzio, con osservazioni a prima lettura di LA ROCCA, in [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it).

<sup>8</sup> Cfr., Cass., Sez. un., 24 settembre 2014, Lattanzio, cit.: «Il bilanciamento tra il diritto costituzionale dell'avvocato che aderisce all'astensione dall'attività giudiziaria e i contrapposti diritti e valori costituzionali dello Stato e dei soggetti interessati al servizio giudiziario, è stato realizzato, conformemente alle indicazioni della sentenza costituzionale n. 171 del 1996, in via generale dal legislatore primario con la legge n. 146 del 1990 (come modificata e integrata dalla legge n. 83 del 2000) e dalle suddette fonti secondarie alle quali è stata dalla legge attribuita la competenza in materia, mentre al giudice spetta normalmente il compito di accertare se l'adesione all'astensione sia avvenuta nel rispetto delle regole fissate dalle competenti disposizioni primarie e secondarie, previa loro corretta interpretazione».

Secondo un primo indirizzo esegetico<sup>9</sup> il concomitante impegno professionale del difensore, benché tutelato dall'ordinamento con il riconoscimento del diritto al rinvio dell'udienza, non costituirebbe un'ipotesi di impedimento legittimo e conseguente impossibilità assoluta a partecipare all'attività difensiva: non darebbe luogo, pertanto, ad un caso in cui trovano applicazione i limiti di durata della sospensione del corso della prescrizione previsti dall'art. 159, 1° co., n. 3, c.p., nel testo introdotto dall'art. 6 l. 5 dicembre 2005, n. 251.

In tale ipotesi, pertanto, non sarebbe configurabile un impedimento in senso tecnico del difensore ma una deliberata scelta, ancorché legittima, fatta valere attraverso la richiesta di rinvio; le pronunce<sup>10</sup> che seguono tale orientamento, fondano la loro motivazione sulla giurisprudenza di legittimità formata sulla questione relativa alla natura del rinvio disposto per adesione del difensore all'astensione proclamata dalle associazioni di categoria, laddove è ormai consolidato il principio in base al quale «l'astensione dalle udienze non può essere ricondotta nell'alveo del legittimo impedimento con la conseguenza che la sospensione del corso della prescrizione deve abbracciare l'intero periodo di rinvio non soffrendo la limitazione dei sessanta giorni»<sup>11</sup>.

Da diverse premesse prendono le mosse le Sezioni unite “Fogliani”<sup>12</sup> le quali, evocando un difforme orientamento della giurisprudenza costituzionale<sup>13</sup> e di legittimità<sup>14</sup>, enunciano il principio di diritto secondo cui «l'impegno professionale del difensore in altro procedimento, per poter assurgere a legittimo impedimento rilevante ex art. 486, co. 5, c.p.p. (oggi art. 420-ter, co. 5, c.p.p.) non solo deve essere prontamente comunicato, ma anche adeguatamente motivato e documentato in relazione alla essenzialità e non sostituibilità del difensore nell'altro processo in applicazione dell'art. 102 c.p.p.: e ciò al fine di far esercitare, al giudice cui si chiede il rinvio, il potere-dovere di valutare e comparare le esigenze difensive e quelle pubbliche, affinché non si realizzino né impunità né anticipate liberazioni pericolose per la sicurezza collettiva né pretestuosi ritardi nella definizione dei processi».

In chiave garantista, le Sezioni Unite “Fogliani” avevano dunque sostanzialmente ripreso e portato a completamento la linea già tracciata dai giudici della

<sup>9</sup> Cass., Sez. I, 14 ottobre, 2008, Errante, in *Mass. Uff.*, n. 242042; Id., Sez. II, del 29 marzo 2011, Ciarlante, *ivi*, n. 250076.

<sup>10</sup> Cass., Sez. I, 11 febbraio 2009, Tortorella, in *Mass. Uff.*, n. 243374; Id., Sez. III, 31 gennaio 2014, Farina, *ivi*, n. 324678.

<sup>11</sup> Cass., Sez. V, 23 aprile 2008, Inserra, in *Mass. Uff.*, n. 241387; Id., Sez. III, 28 gennaio 2008, Regine, *ivi*, n. 238544; Id., Sez. 5, 14 novembre 2007, Marras, *ibidem*, n. 237914.

<sup>12</sup> Cass., Sez. un., 27 marzo 1992, Fogliani, in *Mass. Uff.*, n. 190828.

<sup>13</sup> *Ex plurimis* cfr Corte cost., n. 114 del 1994, in *G.U.*, 13 aprile 1994, n. 16; Id., n. 171 del 1996, *ivi*, 5 giugno 1996, n. 23.

<sup>14</sup> Cass., Sez. I V, 17 dicembre 1992, Montagnoli, in *Mass. Uff.*, n. 195252.

Consulta<sup>15</sup>, individuando in concreto i presupposti per poter assumere l'impegno professionale del difensore in altro processo come «legittimo impedimento che dà luogo ad assoluta impossibilità a comparire» attraverso un'opera ricognitiva tesa ad enucleare proprio quei parametri di ragionevole bilanciamento fra i diversi impegni professionali, atti a far risaltare la sede processuale da privilegiare rispetto all'altra, sul piano delle concrete esigenze defensionali e, dunque, tale da legittimare gli effetti sospensivi del rinvio.

In questo contesto ermeneutico s'inscrive a pieno titolo la *ratio* della norma dettata dal novellato art. 159, co. 1, n. 3, c.p., che appare inequivocabile alla luce dei lavori parlamentari della legge n. 251 del 2005, ove si osservi che nella relazione svolta alla Camera dei deputati nella seduta del 26 settembre 2005, nell'illustrare la previsione secondo la quale veniva introdotto un «limite di durata della sospensione derivante da impedimento delle parti o dei difensori, stabilendo che l'udienza non possa essere differita oltre il sessantesimo giorno successivo alla prevedibile cessazione dell'impedimento, dovendosi avere riguardo, in caso contrario (di non fissazione, cioè, dell'udienza), al tempo dell'impedimento aumentato di sessanta giorni», si chiariva che l'intendimento perseguito fosse proprio quello di ottenere il superamento di una «prassi degenerativa da lungo tempo instauratasi nei nostri tribunali per la quale, a fronte di un impedimento di un giorno, si rinvia di un anno la prescrizione, arrecando grave danno e lesione ai diritti degli imputati»; soggiungendo come, attraverso quella modifica, si desse «ai magistrati [...] un paletto di riferimento congruo dal punto di vista della possibilità del rinvio, ma certamente non tale da consentire loro scelte arbitrarie o eccessivamente discrezionali».

In argomento, un recente indirizzo della Suprema Corte<sup>16</sup> richiama gli obblighi di diligenza che gravano sul difensore – che gli impongono di dare preferenza alla posizione processuale che risulterebbe maggiormente pregiudicata dalla mancata trattazione del giudizio – nonché le stesse disposizioni in materia di astensione collettiva dalle udienze che escludono la possibilità di astenersi proprio in presenza di alcune particolari tipologie di eventi procedurali di speciale importanza (si richiama sul punto l'art. 4 del codice di autoregolamentazione degli avvocati del 4 aprile 2007); in tal modo, anche l'impegno professionale può acquisire efficacia impeditiva assoluta allorquando si accerti la presenza di circostanze che impongono al difensore di partecipare al diverso procedimento risultando solo in tal modo garantita l'effettività del diritto di difesa.

<sup>15</sup> Corte cost., n. 178 del 1991, in *G.U.*, 8 maggio 1991, n. 18; Id., n. 114 del 1970, *ivi* n. 0.

<sup>16</sup> Cass., Sez. Fer., 13 agosto 2014, Cipolla, in *Mass. Uff.*, n. 260550,

Ed è condivisibile l'assunto che in una prospettiva di piena attuazione dei principi del giusto processo europeo, la regola valida per il difensore in sostituzione *ex art. 102 c.p.p.*, *a fortiori* deve valere per il difensore d'ufficio nominato con l'art. 97, co. 4, c.p.p.<sup>17</sup>; proprio una recente sentenza della Cassazione<sup>18</sup> in tema di equiparazione dei poteri del difensore d'ufficio rispetto a quello fiduciario conferma *ex adverso* il principio espresso dalla Sezioni unite annotate, evidenziando che «in attuazione della direttiva n. 105 della legge-delega<sup>19</sup>, la sostanziale equiparazione della difesa di 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, il diritto di impugnazione riservato in via autonoma al difensore, ai sensi dell'art. 571, co. 3, c.p.p., compete al difensore di ufficio a suo tempo designato dal giudice o dal pubblico ministero, che va considerato titolare dell'ufficio di difesa anche al momento del deposito del provvedimento impugnabile, pur se, in costanza di una delle situazioni previste dal quarto comma dell'art. 97 c.p.p., egli sia stato momentaneamente sostituito. Tuttavia, per l'esigenza di non costringere la sostituzione del difensore di ufficio in limiti temporali aprioristicamente determinati o di correlarla a cadenze o a momenti processuali prestabiliti e per l'impossibilità di pretendere dal difensore sostituito comunicazioni circa le cause ed i tempi di durata dell'impedimento, può ritenersi utilmente proposta l'impugnazione da parte del difensore sostituito che, nei tempi e con le forme prescritte dalla legge, abbia preso l'iniziativa di presentare gravame a fronte del silenzio del difensore sostituito; tale intervento, che di per sé costituisce un'innegabile forma di garanzia per l'imputato e di salvaguardia dei suoi interessi, non produce tuttavia effetti vincolanti per il difensore titolare dell'ufficio, al quale va coerentemente riconosciuto il diritto, se ancora nei termini, di proporre l'impugnazione, così superando quanto fatto in sua vece».

In tema si segnala la recente novella della difesa d'ufficio<sup>20</sup> che ha modificato in chiave di garanzia l'art. 97 c.p.p., sostituendo il 2° comma con il seguente dispositivo: «Il difensore d'ufficio nominato ai sensi del comma 1 è individuato nell'ambito degli iscritti all'elenco nazionale di cui all'articolo 29 delle disposizioni di attuazione. I Consigli dell'ordine circondariali di ciascun distretto di Corte d'appello predispongono, mediante un apposito ufficio centralizzato, l'elenco dei professionisti iscritti all'albo e facenti parte dell'elenco na-

<sup>17</sup> Cfr. d.lgs. n. 6 del 2015 «Riordino della difesa d'ufficio, ai sensi dell'art. 16 l. 31 dicembre 2012, n. 247», in *G.U.* n. 29 del 5 febbraio 2015.

<sup>18</sup> Cass., Sez. V, 5 febbraio 2015, n. 5620, *inedita*.

<sup>19</sup> L. 16 febbraio 1987, n. 81, Delega legislativa al Governo della Repubblica per l'emanazione del nuovo codice di procedura penale.

<sup>20</sup> Cfr. nota 17.

zionale ai fini della nomina su richiesta dell'autorità giudiziaria e della polizia giudiziaria. Il Consiglio nazionale forense fissa, con cadenza annuale, i criteri generali per la nomina dei difensori d'ufficio sulla base della prossimità alla sede del procedimento e della reperibilità».

L'ordinamento processuale si fonda infatti sulla necessaria assistenza di un difensore nel corso del procedimento e privilegia la difesa tecnica rispetto all'auto-difesa la quale non è mai consentita in via esclusiva, ma solo in forme che si affiancano all'imprescindibile apporto del professionista legale.

In una prospettiva di significativa apertura delle Sezioni unite al principio garantista di effettività della difesa merita un doveroso richiamo la recente decisione con cui il Supremo Collegio ha statuito il seguente principio di diritto<sup>21</sup>: «La nullità conseguente al mancato avvertimento al conducente di un veicolo, da sottoporre all'esame alcoolimetrico, della facoltà di farsi assistere da un difensore di fiducia, in violazione dell'art. 114 disp. att. c.p.p., può essere tempestivamente dedotta, a norma del combinato disposto degli artt. 180 e 182, co. 2, secondo periodo, c.p.p., fino al momento della deliberazione della sentenza di primo grado».

**MARIO ANTINUCCI**

---

<sup>21</sup> Cass., Sez. un., 5 febbraio 2015, Bianchi, in *www.archiviopenale.it*.