

QUESTIONI APERTE

Soggetti - Difensori

La decisione

Difensore - Diritto di difesa - Sostituzione processuale - Delega orale - Poteri del sostituto (Cost., art. 24; C.p.p. artt. 96, co- 2; 102; L. 247/2012, art. 14).

È ammesso a stare in giudizio, previa delega conferita (anche) verbalmente ed oralmente resa in giudizio, valida a tutti gli effetti di legge, il difensore che, in ossequio al principio dell'immutabilità del diritto di difesa, si trovi a comparire, in sostituzione del dominus causae, dinanzi all'autorità giudicante.

CASSAZIONE PENALE, PRIMA SEZIONE, 26 ottobre 2018 (ud. 2 ottobre 2018) - DI TOMASSI, *Presidente* - CENTOFANTI, *Relatore* - ZACCO, *P.G.* - Stampini, *Ricorrente*.

La riscoperta oralità della delega al difensore-sostituto

La decisione in esame desta nuovamente un dibattito, considerato sopito da diversi mesi, riguardo la sostituzione processuale del difensore in corso di giudizio. La Suprema Corte, dunque, tornando indietro sui suoi passi, ha esaminato nuovamente e congiuntamente gli artt. 14 d.lgs. 247/2012 e 9 d.l. 1578/1933, risolvendo positivamente la questione presentata, in favore della riscoperta oralità della delega al sostituto resa *extra iudicium* dal *dominus causae* e dal primo oralmente riproposta al giudice precedente.

The conviction in question gives rise once again to a debate, considered to have been dormant for several months, regarding the replacement of the legal defence lawyer during the trial. The Supreme Court, therefore, going back on its steps jointly re-examined article 14 of the Legislative Decree 247/2012 and article 9 of the Law Decree 1578/1933, positively resolving the issue in favour of the rediscovered orality of the delegation of powers rendered out of court *by the substitute deriving from the principal lawyer and orally put forward to the presiding judge*.

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. La sostituzione processuale. - 3. La sostituzione del difensore in giudizio nella normativa vigente. - 4. La sostituzione del difensore in giudizio e il diritto difesa. - 5. Delega orale o delega scritta? - 6. I poteri del sostituto. - 7. Considerazioni a margine della decisione.

1. Premessa

La vicenda processuale sommariamente riportata nelle considerazioni in fatto della sentenza in esame, sostanzialmente lontana dal preciso fatto storico contestato, porta con sé un importante aspetto innovativo, e contestualmente rafforzativo, dei diritti del difensore nell'estrinsecazione della sua volontà di farsi sostituire in giudizio, tema che, quasi ormai caduto nel dimenticatoio per via del suo essere entrato *tout court* nella vigente prassi processuale, riprende la scena attraverso una sua rivisitazione, quasi neoclassica, dell'originaria sostanza.

Prima di addentrarsi, però, nel merito della questione, spalancando porte al

contenuto funzionale della delega al “nuovo” difensore, è bene dare notizia di quali siano, in concreto, i profili su cui fonda la sostituzione processuale, argomento di rado toccato dalla dottrina ma prediletto dalla giurisprudenza per via dei grossi dubbi di natura sostanziale nonché processuale che la stessa rileva, in particolar modo nel caso di specie, nel legale *modus operandi* della delega, qualunque sia la forma prediletta dal sostituito, e, solo di riflesso, sull’ampiezza dei poteri che si ritengono attribuibili al sostituito. Dunque, la sentenza in commento riaccende il dibattito circa la natura dell’atto di delega attraverso il quale si legittimerebbe, in maniera totale, il difensore-sostituito ad entrare *in itinere causae*, portando in rilievo quei profili formali¹ intrinseci alla stessa delega.

Dunque, delega orale o delega scritta?² Questo è il dilemma che di recente ha attanagliato i giudici della Suprema Corte, chiamati, nel caso di specie per la seconda volta nel breve periodo di un anno, a definire, fino a giurisprudenza contraria, quale sia la corretta modalità attraverso la quale sia legalmente possibile designare un difensore in sostituzione. Invero, la Prima Sezione della Suprema Corte, dunque, con sentenza n. 48862, depositata il 26 ottobre 2018, si è trovata a dover risolvere un contrasto giurisprudenziale di natura formale e strettamente processuale, poiché la stessa Corte ha rilevato che nell’udienza *ex art. 127 c.p.p.*, celebrata in Corte di Cassazione in data 2 ottobre 2018, «*interveniva assieme al procuratore generale presso [la stessa Corte] un sostituto del difensore fiduciario dell'imputato, delegato oralmente da quest'ultimo, che era ammesso a discutere in sua vece*»². Il contrasto, interessante sotto diversi aspetti, è stato risolto, positivamente, a favore della delega orale del sostituito resa in favore del sostituito, raccordando la disciplina ai *dicta* codicistici formalizzati all’interno degli artt. 102 e 96, comma 2, c.p.p., andando, così, ad inficiare la prassi giudiziaria sino a quel dì in atto. I giudici della Prima Sezione hanno argomentato la decisione richiamando in esame, ed interpretando in maniera quanto più letterale possibile, *primum* le norme

¹ Profili formali che ormai, nell’ottica di deflazionare le corti, sovrastano la vera ed intrinseca natura sostanziali degli atti. Il nuovo quadro giudiziale, *post* L. 23 giugno 2017, n. 103 (anche conosciuta come “*Riforma Orlando*”) poggia quasi interamente su quegli aspetti formali, ritenuti fondamentali, tali da permettere di riconoscere e/o facilmente l’atto proposto (basti pensare, in ambito impugnatorio, a quanto sia divenuta semplice la declaratoria di inammissibilità di un atto stante la mancanza di uno degli elementi formali qualificativi, quale possa essere *e.g.* anche la data di pubblicazione del provvedimento impugnato); avendo pertanto a mente tale novella, sembrerebbe dunque difficile conciliare la decisione in esame che, come si anticipa, legandosi strettamente al dato testuale, prevede una delega solamente di stampo orale, priva di formalità, suscitando perplessità non di poco conto (che si analizzeranno successivamente).

² Così si legge nella sentenza annotata, *Ritenuto in fatto* (par. 4, pag. 3).

del codice di rito su citate *et deinde* l'art. 14, L. 31 dicembre 2012, n. 247³, in tema di mandato professionale.

2. La sostituzione processuale

L'istituto della *sostituzione processuale*, originario della più innovativa dottrina tedesca⁴, nasce quale facoltà⁵ per il soggetto legittimato, qualora impossibilitato, a stare in giudizio grazie alla delega ad un ulteriore soggetto, appositamente nominato.

L'istituto *de qua* nasce all'interno *Bürgerliches Gesetzbuch*⁶, e si spande, attraverso l'elaborazione codicistica e dottrinale⁷ dei primi anni del 1900, in tutta la zona europea di stampo romanistico (l'attuale zona di civil law), giungendo anche in Italia, nella prima età dei codici, in maniera tanto pregnante da far attivare vivacemente la dottrina⁸ per l'innovazione che ha largamente introdotto. Focalizzando l'attenzione su questo retaggio culturale tedesco, tale istituto, di natura prettamente sostanziale, è qualificabile quale «potere, che ha un subietto di agire giudizialmente in nome proprio, per un diritto altrui, di un terzo, e con effetto per questo terzo»⁹. Mantenendo la sua forte identità per più di cento anni, la sostituzione processuale è stata plasmata con l'innovarsi dei diritti delle garanzie processuali, dapprima insite nel sistema processuale civile e successivamente entrate a far parte di quello processuale penale.

Per poter traslare, in maniera del tutto consapevole, l'istituto in esame nel

³ Rinvenibile in *Rassegna Forense*, 1/2013, 364.

⁴ «La dottrina tedesca era partita dalla considerazione di quei casi di diritto sostanziale, in cui taluno può disporre del diritto altrui, con effetti per il titolare; altrettanto [...] può avvenire nel campo del processo: taluno può condurre un processo con effetti su una terza persona»; così si legge in ZANZUCCHI, *La "sostituzione processuale" nel nuovo codice di procedura civile*, Milano, 1942, 1. Leggendo queste righe, risultato di una parafrasi delle parole del Chiovenda, è evidente come lo stesso avesse già gettato le basi per il mandato processuale, attualmente configurabile nella delega che si conferisce al sostituto processuale.

⁵ Così come ribadito, quasi un secolo dopo, anche da Cass., Sez. II, 6 giugno 2004, Zazzera, in *Giur. It.*, 2005, 127 ss.

⁶ Codice civile tedesco, entrato in vigore il 1° gennaio 1900, anche conosciuto come *BGB*.

⁷ Tra i primi studi in materia si segnalano CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1906; ed ancora GALGANO, *Sulla dottrina della sostituzione processuale*, Napoli, 1911.

⁸ Si rimanda alla *nota 6*.

⁹ Definizione riconducibile al Chiovenda, rinvenibile in ZANZUCCHI, *La "sostituzione processuale" nel nuovo codice di procedura civile*, cit., 1. Di fatti, contestualmente in CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, cit., 597, si legge che «la sostituzione processuale presuppone dunque due subietti: il sostituto (cioè colui che si sostituisce) il quale si fa ad agire in giudizio il nome proprio; e il sostituto, titolare del diritto, cioè della pretesa, che il sostituto in nome proprio fa valere. Il sostituto processuale in quanto fa valere in nome proprio, in base alla propria potestà di agire, un diritto, sia pure altrui, è parte».

sistema processuale penale, governato dalla regola della personalità della responsabilità penale, è importante porre il *focus* sulla figura del difensore, nonché procuratore della parte che si vede interessata al giudizio, che, nell'estrinsecazione della sua attività professionale, si trova ad agire, a mezzo di procura (generale o *ad acta*), in giudizio in nome proprio per conto del soggetto parte in causa. La figura del difensore quale giurisperito è considerata la più idonea ad "affiancare" dignitosamente la parte in giudizio, attuando ed assicurando il diritto di difesa garantito *ex art. 24 Cost.*.

Invero, pacifica l'importanza della figura del difensore, per l'enorme apporto ai profili qualitativi dell'attività processuale svolta in nome e per conto dell'interessato, una eventuale mancanza dello stesso potrebbe dunque comportare uno stallo del processo, nonché arrecare un danno prettamente di stampo processuale, ma con le dovute ripercussioni pratiche, alla parte interessata precludendone in tal modo l'accesso alle tutele all'uopo designate; considerando anche le garanzie costituzionali, che già nella loro forma originaria erano state premonitrici di quel, successivo, cambio di rotta nell'impostazione processuale (fin allora inquisitorio), la sostituzione processuale¹⁰ viene annoverata anche tra i crescenti diritti riferibili alla figura del difensore, quale centro di diritti, doveri e facoltà in crescente presa di posizione.

Indubbiamente, la sostituzione processuale rappresenta contestualmente un diritto nonché una facoltà di scelta che si risolvono nella stessa sostanza della *possibilità*, prefigurandosi proprio quale strumento di ausilio del difensore, permettendo allo stesso di procedere serenamente nella gestione della sua professione, permettendo al titolare della difesa di «adempiere il proprio obbligo di assistenza e rappresentanza anche non partecipando direttamente all'attività processuale»¹¹.

3. La sostituzione del difensore in giudizio nella normativa vigente

La codificazione in materia di *sostituzione del difensore*, lontano dall'essere

¹⁰ Da sempre ben vista dal legislatore, tanto che nei lavori preparatori al codice di procedura di rito (*Rel. prog. prel. c.p.p.*, in *GU 24 ottobre 1988*, n. 250, 414) si evince una fiducia in via di consolidamento, tutt'altro che negativa, e all'interno della quale il futuro legislatore si sbilancia sostenendo che «l'istituto della sostituzione non solo non ha dato luogo ad inconvenienti, ma si è mostrato spesso assai utile (e anche più si mostrerà tale)».

¹¹ PUGLISI, *Art. 102 c.p.p.*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di Giarda, Spangher, V ed., I, Milano, 2017, 1019. Parallelamente anche la più recente giurisprudenza (qui in commento) sancisce che «la designazione di un sostituto risponde normalmente all'esigenza di sopperire all'impossibilità di presenziare all'udienza (o all'atto da compiere) da parte del difensore titolare» (*Considerato in diritto*, par. 4, pag. 5)

precisa e puntuale, lascia *carta bianca* (e qualche dubbio) nella sua estrinsecazione pratica, permettendo all'interpretazione dottrinale ed alla giurisprudenza di cercare, ove necessario, la *Chiave di Volta* per il chiarimento della perplessità presentata.

Nel corpo della norma, di fatti, si legge genericamente che il difensore di fiducia e il difensore d'ufficio possono nominare un sostituto¹², lasciando aperte le più ampie questioni di natura sostanziale prospettate e prospettabili. Ad avviso di chi scrive, l'ampio raggio d'azione lasciato da una norma che seppur di senso compiuto non chiarisce in profondità cosa e come operare, in qualche modo rende l'istituto soggetto ad un uso spropositato. Non a caso la Suprema Corte, nell'ottica di dare forma a questo istituto, è più volte tornata sui suoi passi, ora in positivo, ora in negativo, restringendo ovvero ampliando la portata di questo controverso istituto, nell'ottica di adeguarlo al contesto storico-sociologico nel quale il diritto vivente¹³ trova ragion d'essere.

Lo scioglimento dei dubbi circa gli incerti confini della norma fonda le radici nella più ampia qualificazione giuridica sostanziale della sostituzione processuale, per come presentata sopra; ed invero partendo da una base così solida non è difficile anteporre tutte le necessità derivanti, contestualmente, sia dai diritti del difensore che dalle garanzie dell'interessato, dando così vita alla qualificazione vivente della portata di un istituto che si rende così affabile agli addetti ai lavori; invero, nelle pratiche giudiziali, la sostituzione in giudizio si concretizza quale traslazione da un procuratore al suo sostituto di una serie di diritti e obblighi, attuabili di fronte al giudice, nell'interesse delle parti; è questo il fondamentale punto di partenza da cui discende, a cascata, tutta la restante disciplina.

L'attività di sostituzione processuale del difensore, che si compone in contemporanea di più aspetti cd. formali, riconosciuti nelle cause di sostituzione, e cd. sostanziali, quali la scelta di soggetti sostanzialmente idonei nonché dei poteri allo stesso conferiti, si formalizza proprio nella delega al sostituto ad

¹² Ed è qui che si inserisce la portata chiarificatrice dell'art. 97, co. 4, c.p.p. nella previsione in cui ammette *sostituzione* anche del difensore, *ex officio* nominato, nei casi di irreperibilità dello stesso dominus. In PUGLISI, *Art. 102 c.p.p.*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. Giarda, G. Spangher, cit., 1019, giustappunto si legge, dunque, che «la portata della norma non va limitata ai rapporti difensivi fiduciari, considerato l'espresso richiamo da parte dell'art. 97 c. 4; tale connessione comporta ricadute importanti sul sistema, coniugando l'esigenza di evitare paralisi processuali per l'assenza di uno dei soggetti necessari con la disciplina elaborata principalmente con riferimento alle deroghe fiduciarie che comportano, perlomeno in linea di principio, una costante osservazione (almeno mediata) dell'attività processuale da parte del titolare della difesa. Ciò non accade, invece, con riferimento al sostituto prontamente reperibile individuato *ex officio*».

¹³ Che si ricorda essere fondato sulla *continua evoluzione* dei valori espressi dalla società.

opera del sostituto; invero lo strumento della delega (su cui si tornerà più avanti) ha natura formale con ricadute sostanziali dovute al fatto che con la stessa si opera la *translationem facultates*, dando vita ad un atto necessario per la legittimazione di tutte le successive azioni del sostituto. In linea generale, e come avviene in questo preciso caso, l'istituto della delega rappresenta uno di quei casi ove la forma è preferita e preferibile (si potrebbe azzardare quasi *necessaria*) alla stessa sostanza, che nel caso di specie, parlando di procuratori, incontra diverse limitazioni su cui si discuterà a breve.

I motivi per cui si è chiamati a sostituire un procuratore in corso di causa, premesse le ricadute in ambito deontologico e premessa la *non-obbligatorietà* della nomina del sostituto processuale (che è in ogni caso nominabile dal giudice ex art. 97, co. 4, c.p.p.¹⁴), sono da ricercare nell'interesse, del difensore, a procedere con logicità nella trattazione della causa da lui patrocinata, designando, pertanto, un sostituto in accordo con alle proprie necessità od impedimenti, di natura oggettiva, che non permettano di espletare (in prima persona) al meglio l'assistenza legale al suo assistito. Nella precedente formulazione dell'art. 102 c.p.p., la sostituzione del difensore, da sempre prevista in ogni stato e grado del procedimento¹⁵, era ancorata «alla mera presenza oggettiva di un impedimento del titolare»¹⁶; situazione questa modificata con la L. 6 marzo 2001, n. 60, che incidendo sul primo comma dell'art. 102 c.p.p., sottrae l'esercizio della sostituzione a vincoli derivanti da impedimento od eventi di natura oggettiva ed ammettendo libertà di disposizione del *diritto* in esame, svincola il difensore “sostituito” dall'offrire motivazioni formali a titolo di giustificazione per la sua scelta¹⁷; gli unici oneri formali spettanti al *dominus de-*

¹⁴ Come sottolinea Cass., Sez. I, 16 aprile 2018, n. 16958, in *Mass. Uff.*, n. 272603, «diversa sarebbe la conclusione - come acutamente osservato da sez. 6, n. 21488 del 2015, citava - ove la nomina fosse formalmente effettuata ex 97 c.p.p., co. 4, ma il difensore così individuato fosse stato di fatto considerato alla stregua non di un sostituto estemporaneo, ma di un vero e proprio patrocinante ai sensi dell'art. 97 c.p.p., co. 1, avendo egli assicurato la continuità della difesa per le successive udienze, senza che gli fosse rinnovata la nomina secondo il criterio della pronta reperibilità. In tale peculiare ipotesi, così come nel caso dell'intervento meramente temporaneo (limitato al singolo momento processuale) del difensore d'ufficio prontamente reperibile, non sarebbe messa in crisi l'effettività della difesa ed andrebbe esclusa ogni nullità» (*par. 6*). Così anche Cass., Sez. V, 14 settembre 2016, n. 38239, in *Mass. Uff.*, n. 267787.

¹⁵ Sempre in ordine al principio dell'immutabilità della difesa, come ribadito anche dalla giurisprudenza: Cass., 18 dicembre 1995, Ben Zaier, in *Cass. pen.*, 1996, 3406 e Id., 12 luglio 1995, Lanzara, in *Giust. pen.*, 1996, III, 369 ss.

¹⁶ RICCI, *Il difensore*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Spangher, vol. I, *Soggetti e Atti*, t. I, *I soggetti*, a cura di Dean, Torino, 2009, 789.

¹⁷ La dottrina, perplessa, guarda con criticità a tale riforma in senso “liberale” della disposizione di tal diritto che porta in prima battuta la volontà del difensore con poco riguardo all'effettività del diritto di difesa dell'interessato e, soprattutto, al grado dell'assistenza difensiva stessa. Sul tema MAGLIOCCA, *Art.*

fensionis sono quelli che riguardano la delega al sostituto, la cui natura è molto dibattuta in giurisprudenza.

4. La sostituzione del difensore in giudizio e il diritto difesa

Il *diritto di difesa*¹⁸ costituisce uno dei principi cardine del nostro sistema processuale accusatorio¹⁹ che, riverberandosi in maniera tendenzialmente diretta sull'individuo, dà vita ad una garanzia costituzionale nonché, contestualmente, ad un diritto costituzionalmente tutelato e garantito, attraverso il quale l'imputato o le parti eventuali possono partecipare al giudizio con lo scopo di resistere alle accuse mosse o semplicemente per far valere in giudizio il proprio diritto, con la consapevolezza di vedersi assistiti da un giurisperito (il difensore-procuratore), dalle conoscenze tecniche valide a rendere effettivo il diritto di difesa in giudizio. Dalla natura triadica del nostro processo, che vede scontrarsi dialetticamente due parti totalmente opposte di fronte ad un giudice terzo ed imparziale²⁰, discende che il diritto di difesa, nelle mani del difensore, si espliciti principalmente quale attività di resistere e fare richieste al giudice procedente in nome ed in favore dell'interessato.

Dunque, la difesa *ex art. 24 Cost.* si concretizza in un duplice affidamento di diritti tanto alla parte quanto al difensore stesso che si trova in una posizione

102, in *Codice di procedura penale ipertestuale commentato*, a cura di Gaito, Torino, 2012, 412 ss.

¹⁸ Condivisibilmente qualificabile sia quale diritto individuale sia quale garanzia di corretto andamento giudiziale. V. GIARDA, *La difesa tecnica dell'imputato: diritto inviolabile e canone oggettivo di regolarità della giurisdizione*, in GREVI (a cura di), *Il problema dell'autodifesa nel processo penale*, Bologna, 1977, 69 ss.. Nella legislazione europea il diritto di difesa riveste un ruolo di fondamentale importanza tanto da essere stato ribadito nella C.e.d.u., all'art. 6, lett. c); in ambito europeo sarebbe più corretto parlare di diritto "alla" difesa poiché la natura tecnica rinvenibile nell'attività del giurisperito è qualificata quale "assistenza tecnica", che non supplisce alla mancanza di volontà di difendersi bensì rafforza la stessa, fortificandone gli effetti.

¹⁹ È importante in questa sede sottolineare che nel previgente sistema inquisitorio la presenza del difensore era strumentale tanto che si riduceva ad «una pura finzione, ad un alibi per coprire l'esclusione dell'imputato dalla scena processuale, e nelle forme più aberranti persino a strumento di cui si serve il giudice per sollecitare la confessione dell'inquisito. [...] Nato dal pervertimento più che dalla negazione delle forme accusatorie, il processo inquisitorio non tanto abolisce la difesa, quanto la deforma, la svia, la disarma»; queste sono le dure parole che ritroviamo in FERRUA, *Difesa (diritto di)*, in *Dig. Pen.*, III, Torino, 1998, 472, nelle quali è racchiuso in senso profondo sia dell'*animus* "perverso" del sistema accusatorio sia dell'importanza, deducendola ovviamente in negativo, della funzione della stessa difesa.

²⁰ In FERRUA, *Difesa (diritto di)*, cit., 466 si evidenzia dunque che «la forza della difesa, più che da singole garanzie, dipende dal suo opposto nel sistema delle funzioni, dai suoi legami con l'accusatore e con il giudice... [essa] può efficacemente svilupparsi, esprimersi come funzione solo in un processo che rispetti due fondamentali regole: netta separazione tra poteri di giudice e di parte, opposizione paritaria tra accusa e difesa». Sulla netta separazione dei poteri tra parti e giudice si veda anche, per completezza, CARULLI, *La difesa dell'imputato*, Napoli, 1831, 35 ss, dove lo stesso Autore sostiene che l'effettività dialettica della contrapposizione tra le parti si ottenga solamente quando queste agiscano in condizioni di parità lungo tutta la durata del (lungo) *iter* processuale.

borderline, diviso (e combattuto) tra *dovere* di difesa e *dovere* di non trascurare parimenti le altre cause patrocinata in ossequio al principio, già menzionato, dell'*immutabilità* della difesa, il quale implica un'assidua²¹ difesa lungo tutto l'*iter* processuale.

È questo il contesto nel quale si inserisce la sostituzione del difensore in giudizio, qualificabile, consapevolmente, quale diritto²² per il difensore, *dominus* particolare della causa, di scegliere un sostituto "capace"²³ che si assuma, in giudizio, la responsabilità di "giocare"²⁴ in nome e per conto proprio. Invero, partendo dal pacifico presupposto che «la partecipazione generalizzata del difensore agli atti processuali implica la scontata contemporaneità di momenti indifferibili»²⁵, è ben comprensibile come l'ausilio di un difensore, che giunge in soccorso *ex* articolo 102 c.p.p., sia non soltanto *corretto*, nei confronti della parte, dal punto di vista deontologico²⁶ ma altresì sia da ritenersi *necessario* al corretto svolgimento dell'attività processuale, in tutti i tuoi momenti, conferendo al tutto quella *continuità*, tanto conclamata, a garanzia del rispetto di tutti i principi costituzionali inerenti allo giusto svolgimento del processo. Assimilare sostanzialmente la continuità difensiva al corretto svolgimento processuale consente di individuare se tutte le formalità siano state rispettate; ma non solo, un assunto di tal genere, invero, rende altresì effettivo lo stesso diritto di difesa, conferendo concretezza *anche* alle azioni processuali (eventual-

²¹ Sulla *continuità* della difesa, sin dalle prime fasi del processo V. Cass., Sez. VI, 22 maggio 2015, n. 21488 rinvenibile in www.sentenze-cassazione.com; ed ancora Cass., 18 dicembre 1995, Ben Zaier, cit., 3406; Cass., Sez. un., 11 novembre 1995, Nicoletti, in *Cass. pen.*, 1995, 884; Id., 12 luglio 1995, Lanzara, cit., 369 ss. In dottrina, sul tema, si veda FRIGO, *Difensore*, in AMODIO, DOMINIONI, *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, Milano, 1989, 650.

²² Sulla qualificazione quale diritto si veda: in dottrina DI BITONTO, *Il difensore*, in *Procedura penale-Teoria e pratica del processo*, I, Torino, 2015, 430 ss; in giurisprudenza rileva Cass., Sez. VI, 10 luglio 1995, D'Avino, in *Cass. pen.*, 1997, 134 ss.

²³ Nel linguaggio corrente il termine "capace" richiama in pieno al concetto che si vuol esprimere, lanciando quell'idea di aver di fronte un contenitore di *virtù* necessarie al corretto e fruttifero svolgimento dell'attività difensiva per la quale si è chiamati.

²⁴ Il termine rimanda ad una osservazione rinvenibile in CALAMANDREI, *Il processo come giuoco*, in *Studi sul processo civile*, Padova, 1956, 494, nella quale si legge che il processo deve svolgersi secondo l'«osservanza delle regole del gioco, cioè fedeltà a quei canoni non scritti di correttezza professionale, che segnano il confine tra (...) la maestria dello schermidore accorto e i golli tranelli del truffatore».

²⁵ CRISTIANI, *Difensore (diritto processuale penale)*, in *Noviss. dig. it.*, V, 1960, 610. Cfr. TRANCHINA, DI CHIARA, *I soggetti*, in SIRACUSANO, GALATI, TRANCHINA, ZAPPALÀ, *Diritto processuale penale*, Milano, 2018, 174.

²⁶ Proprio in ossequio al principio *ex* all'art. 1 c.d.f., nel quale si legge che «l'avvocato tutela, in ogni sede, il diritto alla libertà, l'inviolabilità e l'effettività della difesa, assicurando, nel processo, la regolarità del giudizio e del contraddittorio». Sul punto V. FRIGO, *Sub art. 102 c.p.p.*, in AMODIO, DOMINIONI, *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, Milano, 1989, I, 648, nei cui scritti i doveri derivanti dall'art. 1 c.d.f possono essere ricondotti nella ridotta (ma piena di significato) formula «lealtà e probità» del difensore.

mente) sostenute dal sostituto, ricondotte (e riconducibili) sostanzialmente a quelle effettuate dal *difensore-dominus* del patrocinio.

5. Delega orale o delega scritta?

Argomento pregnante di questo commento, nonché *animus* delle decisioni della Corte già da quale anno, è la *delega* del sostituto, cioè quell'atto tramite il quale avviene formalmente la *translatio* di poteri dal *dominus* del patrocinio al suo designato sostituto, scelto tra i soggetti di fiducia, (astrattamente) idoneo a portare avanti (degnamente) la trattazione della *causam in itinere*²⁷. Il legislatore, come è stato sottolineato, tace circa le formalità richieste per la validità dello stesso atto, lasciando il tutto alla mercé delle decisioni della Suprema Corte, che già in più occasioni, dall'inizio del corrente anno, è intervenuta a dirimere la questione nascente circa la natura dell'atto di delega²⁸.

All'alba del nuovo codice del 1988, retaggio della nascente e dilagante tutela dei diritti della persona, soprattutto nell'ambito dell'embrionale Unione Europea, la nostra giurisprudenza, del tutto foriera di quel raggiunto diritto di difesa effettivo, poneva alla base delle sue decisioni l'idea che fosse esplicitamente necessaria una dichiarazione di sostituzione processuale inserita nel verbale d'udienza o contenuta in un atto scritto, «in difetto della quale il sostituto assume[va] la posizione di difensore d'ufficio»²⁹.

Pacifico che la delega non abbisogna di particolari formalità, come da giurisprudenza unanime, la decisione della scelta tra delega orale o delega scritta si pone in posizione funzionale rispetto al proseguimento del processo, deflazionando una mera formalità e *bypassando* una dichiarazione che per sua natura potrebbe anche essere dedotta da fatti concludenti. Ma vi è di più, il contrasto giurisprudenziale, se così vogliamo chiamarlo, in linea teorica non avrebbe motivo di esistere se, come gli stessi giudici della Suprema Corte riportano in motivazione, si fa appello all'art. 14 della *Nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense*, il quale *ab origine*, seppur riformato nel 2012, prevedeva già, forse anacronisticamente, l'uso della delega orale³⁰. Non

²⁷ Si ricorda, per motivi di completezza che è sempre il patrocinante a designare un suo sostituto e mai la parte difesa, in accordo ad ovvi motivi di logicità intrinseci alla corretta continuità del lavoro che sta svolgendo.

²⁸ Cass., Sez. V, 26 aprile 2018, 26606, in *Mass. Uff.*, n. 273304.

²⁹ Cass., 11 dicembre 1989, Iovine, in *Riv. pen.*, 1990, 878 ss.

³⁰ V. TORREGGIANI, *Art. 102 c.p.p.*, in *Codice di procedura penale*, a cura di Canzio, Bricchetti, Milano 2017, 664 ss., dove si legge che «l'art. 14, c.2, legge professionale (l. n. 247/2012), come detto, prevede che «gli avvocati possono farsi sostituire da altro avvocato, con incarico anche verbale». Parte della giurisprudenza di merito [...] ha ritenuto, in ossequio al combinato disposto degli artt. 34 disp. att. e 96, c. 2, c.p.p., di non dover mutare il precedente orientamento, espresso dalla giurisprudenza di legittimità,

a caso è la stessa Corte che, prendendo ad esempio l'assunto di tale articolo, esplicitamente richiamato in motivazione, «si è ispirata ad un principio di favore per l'esplicazione del diritto di difesa, escludendo il bisogno di autenticazione, ovvero riconoscendo valida la nomina stessa, pur se non effettuata con il puntuale rispetto delle formalità indicate dalla menzionata disposizione [art. 96, comma 2, c.p.p.], in presenza di elementi inequivoci dai quali la designazione potesse tacitamente desumersi o, infine, privilegiando il fatto che la nomina fosse eseguita in forme tali da non consentire dubbi o incertezze sull'individuazione della persona incaricata dell'ufficio e sul procedimento per il quale la nomina venisse disposta»³¹. L'unica esplicita previsione di delega scritta era, ed è tuttora, necessaria per il solo tirocinante abilitato a stare in giudizio; qui la forma scritta, qualificabile quale *ad substantiam*, aiuta a porre un freno alle attività concretamente esperibili dal sostituto, non ancora adeguatamente formato e/o preparato.

La Corte, dunque, richiama implicitamente gli aspetti formali necessari ad assicurare, in concreto, l'assistenza difensiva, da considerarsi «indefettibile nel processo dialogico come corollario del principio del contraddittorio ed espressione del più generale diritto costituzionale alla inviolabilità della difesa»³²; formalismi che si estrinsecano in due aspetti, diversi nella sostanza ma univoci nel punto di arrivo, cioè il contenuto della sostituzione; quindi da un lato si ha la presenza degli oneri e gli obblighi che incidono sul giudice e sull'ufficio giudiziario, fondamentali per la determinazione del soggetto titolare del diritto all'intervento nel processo attraverso avvisi e notifiche, mentre dall'altro, si rinviene il patrocinio in sé, con diretto riferimento alla parte che ha diritto ad intervenire e difendersi. Dunque, *in primis* la forma richiesta dal legislatore sarà sicuramente *ad substantiam* poiché non sorgerà mai l'obbligo di notifica o avviso nei confronti del difensore nominato senza il rispetto delle

continuando a ritenere che la designazione verbale del sostituto debba necessariamente essere conferita in udienza dal delegante poiché, in difetto, mancherebbe la prova della sua esistenza». La risposta a questo assunto, nettamente contrario alla norma della legge professionale, arriva, non molto tempo dopo, «dal Consiglio Nazionale Forense con parere n. 113 del 23.10.2013, nel quale è stato evidenziato come il riferimento all'oralità della nomina contenuto nell'art. 14, c. 2, sia esplicito e non sia logico pretendere che il difensore, impossibilitato a partecipare all'udienza, debba comunque presentarsi, per nominare verbalmente davanti al giudice il proprio sostituto. Il CNF [...] ha ritenuto che «la previsione che l'avvocato possa farsi sostituire rilasciando delega orale, senza altro onere probatorio, è coerente con i caratteri della funzione che esercita e con l'affidamento che di per sé genera quanto a coerenza con i valori e diritti che, rispettivamente, incarna e tutela».

³¹ In questi termini la sentenza annotata (*Considerato in diritto*, par. 2, pag. 3).

³² Già AMATO, *Art. 102*, in *Codice di procedura penale - Annotato con la giurisprudenza*, a cura di G. Lattanzi, Milano, 2006, 317. Recentemente, nella stessa direzione APRATI, *Art. 102*, in *Codice di procedura penale - Annotato con la giurisprudenza*, a cura di G. Lattanzi, Milano, 2018, 407 ss.

forme prescritte, mentre nel secondo caso, la forma richiesta sarà *ad probationem tantum*, nel senso che l'atto di nomina e sostituzione può essere dedotto *per facta concludentia*, dando così rilievo al *favor impugnationis* che aiuta ad individuare il soggetto legittimato ad intervenire nel processo³³.

La decisione, a tratti innovativa, trova il suo ostacolo nella stessa prassi che questa si trova a combattere: la forma scritta non rappresenta altro che un re-taggio giudiziale nato da una sorta di *consuetudo praeter legem*, che vede la sua *diuturnitas e la sua opinio juris ac necessitatis* concentrarsi nell'elemento della scrittura, considerato elemento formale di manifestazione della volontà, permettendo non solo di sottolineare espressamente di voler cedere parte del potere al sostituto (tenendo ben presente che il *dominus* della causa, fino a futura rinuncia, sarà solo il sostituito³⁴) ma anche, di riflesso, garantire l'indefettibilità della difesa, che racchiude tanto il richiamo al contraddittorio quanto alla immutabilità della stessa.

Però d'altro canto la posizione della Corte raccoglie quei frutti derivanti dal panorama processualistico europeo, più snello nelle formalità estrinseche, il quale vede nel *mandato*³⁵, unica forma di trasferimento di poteri conosciuta nell'attuale panorama romano-germanico, lo strumento prediletto; nel nostro sistema processualistico ancora troppo ancorato ai formalismi "processuali" (proprio come avveniva nei processi di epoca romana) si fa ancora differenza tra mandato³⁶ e delega/procura³⁷, dove al centro si inserisce la spendita del

³³ Cfr. Cass., 15 maggio 1996, Lo Piano, in *Cass. pen.*, 1998, 1405.

³⁴ Sul tema cfr. Cass., Sez. V, 10 dicembre 1999, Di Prenda, in *Mass. Uff.*, n. 216105. Sulle conseguenze della rinuncia si veda Cass., Sez. I, 16 aprile 2018, n. 16958, in *Mass. Uff.*, n. 272603, nella cui massima si legge che *la rinuncia al mandato difensivo comporta l'obbligo per il giudice, a pena di nullità, di nominare all'imputato - che non abbia provveduto ad una nuova nomina fiduciaria - un difensore d'ufficio, in quanto l'eventuale designazione temporanea di un sostituto, ai sensi dell'art. 97, comma quarto, cod. proc. pen., avendo natura episodica, è consentita nei soli casi di impedimento del difensore di fiducia o di quello d'ufficio.*

³⁵ Stante la differenza tra mandato e procura nel nostro sistema (come può leggersi di seguito), il sistema europeo, nello specifico quello francese utilizzato dalla Corte come metro di paragone ed in qualche verso anche quale giustificazione alla base del suo nuovo orientamento, fonda la sua idea di assistenza e rappresentanza in giudizio sulla base di un patto fiduciario, un accordo bilaterale tra difeso e difensore, tanto è vero che il *Règlement Intérieur National de la profession d'avocat* (noto con la sigla RIN) definisce l'avvocato quale *mandataire naturel de son client* (art. 6.2) in termini di consulenza, redazione di atti e contenzioso giuridico; inoltre, a norma dello stesso articolo il difensore *n'a pas à justifier d'un mandat écrit*, a meno che l'atto da compiere non riguardi una stringente spendita del nome del cliente (negoziare, agire o addirittura firmare). Da quanto emerge se ne deduce che la forma scritta, in un contesto siffatto, risulta necessaria solamente per il mandato speciale, che ha qui la stessa valenza della nostra procura *ad acta*.

³⁶ È un atto di natura contrattuale (ad effetti obbligatori) e consensuale attraverso il quale il mandatario assume l'obbligo, nei confronti del mandante, di compiere atti giuridici nel suo interesse, dunque in nome proprio per conto terzi.

nome che ne costituisce elemento di diversità. Il ragionamento che la Corte ha posto a sostegno del suo cambio di rotta è una diversa interpretazione degli artt. 9 d.l. 1578/1933 e 14 d.lgs. 247/2012, non tanto sul dato testuale e di conseguenza letterale, piuttosto focalizzando la propria attenzione sulla sostanza della stessa norma, interpretando il tutto alla luce del principio *lex posterior derogat priori*, privilegiando così la via dell'abrogazione implicita da parte dell'art. 14 d.lgs. 247/2012 a danno dell'art. 9 d.l. 1578/1933, che esplicitamente prevedeva che *l'incarico fosse dato di volta in volta per iscritto negli atti della causa o con dichiarazione separata*³⁷.

Da ultimo, a rigor di completezza, è utile sottolineare che lo svincolo dalle formalità dichiarate, per quanto riguarda la delega, è valido anche per la stessa dichiarazione di volontà di sostituzione, da rendersi, ora, a verbale direttamente in udienza dal sostituto stesso. Precisazione questa notevole, in quanto sottolinea, nuovamente quel rapporto fiduciario, *in buona fede*, tra sostituto e sostituito³⁸, ferme restando eventualmente le responsabilità del sostituto, condensabili nel grande contenitore della deontologia⁴⁰, che di riflesso posso es-

³⁷ Al contrario, la procura (o delega), è un negozio giuridico unilaterale attraverso il quale il rappresentato conferisce al rappresentato il potere di compiere, in proprio nome e per proprio conto, una serie di atti giuridici i cui effetti si ripercuoteranno esclusivamente sul soggetto rappresentato.

³⁸ Linea, questa, patrocinata dal collegio della V sez. della Suprema Corte, nella decisione Cass., sez. V, 26 aprile 2018, 26606, cit., dove si legge esplicitamente che «tale norma [l'art. 9 d.l. 1578/1933] non è stata abrogata dalla legge 31 dicembre 2012, n. 247, dal momento che l'art. 65 della legge suddetta fa salve le norme anteriori fino all'entrata in vigore dei regolamenti previsti dalla stessa legge (regolamenti che non risultano - allo stato - emanati) e dal momento che non risulta esercitata la delega prevista dall'art. 64 della medesima legge (secondo cui il Governo avrebbe potuto adottare, entro ventiquattro mesi, uno o più decreti legislativi contenenti un testo unico di riordino delle disposizioni vigenti in materia di professione forense). La disposizione contenuta nella L. n. 247 del 2012, art. 14, comma 2, richiamata dal difensore di V., secondo cui «gli avvocati possono farsi sostituire o coadiuvare da altro avvocato, con incarico anche verbale» va interpretata, pertanto, nel senso che la sostituzione può avvenire anche oralmente, ma al di fuori del processo, nel cui ambito vige, invece, la regola specificamente dettata dagli artt. 96 c.p.p., comma 2, e art. 34 D.A. c.p.p.». Invero, l'art. 14 della *Nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense*, d.lgs. 247/2012, prevede tutt'ora, con i dovuti aggiustamenti, che *...gli avvocati possono farsi sostituire da altro avvocato, con incarico anche verbale, o da un praticante abilitato, con delega scritta*, sempre tenuto conto che, con l'accettazione del mandato, *se ne assume la responsabilità personale*.

³⁹ Pacifico, dunque, che «il difensore titolare possa farsi sostituire per l'udienza, o per l'atto processuale da compiere, conferendo incarico anche solo orale al difensore sostituto, senza essere necessariamente ivi presente, e senza altro onere diverso dalla formale dichiarazione (davanti al giudice e raccolta a verbale) del conferitario di averlo ricevuto; ferme le sue responsabilità di ordine penale, civile e deontologico, per il caso di dichiarazione mendace» (Cass., Sez. V, 26 aprile 2018, 26606, cit., par. 4.).

⁴⁰ Sul tema RICCI, *Il difensore*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Spangher, cit., 789, dove si può leggere che «a fronte della totale liberalizzazione del potere di ricorso alla figura del sostituto è costante, e condivisibile, il richiamo da parte della dottrina a una maggiore responsabilizzazione deontologica del difensore - tanto del sostituto quanto del sostituto - al fine di contenere il rischio che il ricorso a quest'ultimo, scelta insindacabile ormai rimessa alla sola volontà del titolare della difesa, intervenga

sere di ordine penale ovvero civile.

6. I poteri del sostituto

*Il sostituto esercita i diritti e assume i doveri del difensore*⁴¹. Con queste parole il co. 2 dell'art. 102 c.p.p. sottolinea quella continuità nella difesa necessaria a che si verifichi in concreto la pienezza della stessa. Dunque, il sostituto, necessariamente abilitato, agirebbe quale «*alter ego* [del *dominus causae*], dotato quindi, dei suoi stessi poteri»⁴² con talune limitazioni⁴³, di natura più che oggettiva, a tutela della parte difesa. Il “nuovo” difensore, pertanto, si inserisce in *itinere causae*, esercitando tale incarico con «pienezza di poteri ed in completa autonomia»⁴⁴ attuando dunque quella immedesimazione funzionale del sostituto con il sostituito, motivo per il quale «non possono configurarsi quelle prerogative presupponenti una mutazione nella titolarità del rapporto difensivo»⁴⁵, come ad esempio la possibilità di prevedere un termine a difesa per il *sub*-difensore⁴⁶. Come è già emerso nell'analisi, il contenuto della designazio-

magari non proprio responsabilmente anche al di fuori delle sue affettive e concrete esigenze organizzative, con il connesso pericolo di una degradazione del livello di assistenza difensiva». Cfr. TRANCHINA, DI CHIARA, *I soggetti*, in SIRACUSANO, GALATI, TRANCHINA, ZAPPALÀ, *Diritto processuale penale*, cit., 174 ss.; V. anche SQUARCIA, *Il contemporaneo impegno professionale del difensore torna all'esame della cassazione*, in *Cass. pen.*, 1996, 1535.

⁴¹ Così, di recente, Cass., Sez. I, 16 aprile 2018, n. 16958, in *Mass. Uff.*, n. 272603, par. 2.

⁴² PUGLISI, *Art. 102 c.p.p.*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. Giarda, G. Spangher, cit., 1022. Sul punto V. anche RANDAZZO, *I diritti del difensore: tra sostituto e sostituito*, in *Cass. pen.*, 1994, 3, 2124, il quale A. cerca di stilare la «corretta distribuzione dei diritti e dei doveri difensivi tra sostituto e sostituito [la quale] deve confrontarsi con i seguenti canoni, strettamente aderenti [...] alla lettera ed allo spirito dell'art. 102 c.p.p.: 1) il titolare della difesa è il legale, di fiducia o di ufficio, nominato originariamente; 2) le eventuali sostituzioni [...] hanno il loro oggetto ed il loro limite nell'espletamento dell'attività processuale per cui si è provveduto alla sostituzione stessa; in caso di designazione generica, esse perdurano finché perduri l'impedimento del difensore sostituito; 3) Conseguentemente, il sostituto può svolgere la propria funzione fino a quando si sia esaurita l'attività processuale in questione, ed in caso di designazione generica finché il sostituto si impedito; 4) ne discende che potrebbe verificarsi il caso in cui il sostituto, che abbia partecipato in tale veste al dibattimento, sia validamente legittimato ad interporre l'impugnazione verso la sentenza: ciò dipende dell'insolito protrarsi della impedimento del sostituito; in tale eccezionale eventualità occorrerà, peraltro, prepararsi a fornire alla prova dell'impedimento stesso; 5) è in ogni caso indubitabile il diritto del difensore sostituito a svolgere, senza limitazione alcuna, ogni attività difensiva, della quale rimane essenzialmente titolare».

⁴³ Condivisibile l'assunto rinvenibile in TRANCHINA, DI CHIARA, *I soggetti*, in *Diritto processuale penale*, cit., 175, nel quale si sottolinea che non sia da «ammettere una designazione *indelimitabile* di un sostituto, che abbia il significato di una surrogazione *in toto* del difensore principale».

⁴⁴ AMATO, *Art. 102*, in *Codice di procedura penale - Annotato con la giurisprudenza*, a cura di Lattanzi, cit., 317.

⁴⁵ Così si legge in PUGLISI, *Art. 102 c.p.p.*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di Giarda, Spangher, cit., 1022

⁴⁶ Cfr. Cass., sez. V, 10 novembre 1999, Di Prenda, in *Guida al Diritto*, 2000, 6, 81. In AMATO, *Art. 102*, in *Codice di procedura penale - Annotato con la giurisprudenza*, cit., 318, si legge che «al sostituto

ne del sostituto può avere carattere generale ovvero *ad acta* ed ha la funzione, in via preventiva, di delimitare l'espansione della pienezza dei poteri conferiti e conferibili: nel primo caso il sostituto esercita *in toto* i poteri del delegante⁴⁷, finché lo stesso non dichiarerà la volontà di tirare le briglie della causa in suo patrocinio; mentre nel secondo caso il potere del sostituto si esaurirà nella mera espletazione del *quantum petitum a domino causae*.

È in questo contesto, così ampio, che la dottrina, uniforme e concorde, ammette l'interferenza dell'*intuitus personae*⁴⁸, riconducendo al sostituto il solo «esercizio dei poteri rientranti nell'ambito del mandato alle liti, e non [...] anche] l'esercizio di quei poteri, di natura sostanziale o processuale, che la parte del processo può attribuire al proprio difensore con procura speciale»⁴⁹, si esclude pertanto che il sostituto possa addurre autonome decisioni direttamente riferibili alla sfera personale del soggetto difeso (*e.g.* la definizione del procedimento con riti speciali, i cui poteri procuratori “speciali” non sono considerabili oggetto di delega⁵⁰). Ovviamente, questo assunto non può confi-

del difensore, nominato ai sensi dell'art. 102 c.p.p., non è riconosciuto un autonomo diritto al termine per preparare la difesa, in quanto si tratta di soggetto che rappresenta il difensore a tutti gli effetti e la legge ne presume la preparazione adeguata».

⁴⁷ È comunque da sottolineare, come è evidente in RICCI, *Il difensore*, in *Trattato di procedura penale*, cit., 792, che «la portata operativa di una designazione generica si amplia, a maggior ragione, nell'ipotesi in cui questa venga rilasciata [...] in via preventiva». Invero, continua lo stesso A., «nella prassi si registrano, infatti, casi di deposito in “atti” - fascicolo del P.M. nel corso delle indagini, o sin dalla prima udienza dibattimentale o, anche, preliminare - di nomina a sostituto che legittima quest'ultimo presenziare al compimento di qualsiasi attività procedimentale». In FRIGO, *Difensore*, in AMODIO, DOMINIONI, *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, cit., 468, si legge, in aggiunta, che, qualora si scelga la via della nomina preventiva, all'assistito è consentito conoscere in anticipo il nome di colui che «sostituirà il titolare investito della difesa».

⁴⁸ Principio pacificamente riconosciuto e condiviso anche dalla giurisprudenza. V. Cass., 19 aprile 2000, Giannieri, in *Mass. Uff.*, n. 217109; Cass., 17 dicembre 1996, Malandra, *ivi*, n. 207117.

⁴⁹ GARAVANI, *Art. 102 c.p.p.*, in *Commentario breve al Codice di Procedura Penale*, a cura di Conso, Illuminati, Padova, 2017, 318.

⁵⁰ Per fini puramente integrativi si richiama l'attenzione su GRISONICH, *Le Sezioni unite sul rapporto tra costituzione di parte civile e sostituto processuale*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 4, 163 ss, commento a margine di Cass., Sez. un., 21 dicembre 2017, n. 12213, *ibi*. Scendendo nello specifico, di recente, «il massimo Consesso si è pronunciato sull'ammissibilità della costituzione di parte civile effettuata dal sostituto processuale del difensore, “al quale soltanto la persona danneggiata abbia rilasciato la procura speciale al fine di esercitare l'azione civile nel processo penale”; fin qui tutto sembra andare per il verso giusto, superando il limite sopra esposto della procura speciale, finché, però, nella motivazione, la stessa Corte torna a ribadire che è comunque «illegittima la costituzione di parte civile del sostituto processuale del difensore, a meno che siffatta facoltà sia stata prevista nella procura speciale oppure che la persona danneggiata sia presente in udienza. [...] I Giudici, dopo aver rimarcato l'importanza di tenere distinta la *legitimatio ad causam* dalla *legitimatio ad processum*, hanno osservato che, nel primo caso, la procura speciale attribuisce il potere di costituirsi in nome e per conto proprio; nella seconda ipotesi, invece, questa “conferisce il solo mandato processuale di rappresentanza in giudizio”. Alla luce di tali considerazioni, la Corte ha quindi affermato che, qualora il danneggiato decida di costituirsi parte civile a mez-

gurarsi quale *assoluto* poiché in caso di impedimento di lunga durata, con relativa sostituzione, sarebbe di gran lunga compressa la difesa dell'interessato con conseguente preclusione di accesso ad alcune soluzioni più snelle o accelerative del processo; nulla esclude – e sul punto la dottrina è favorevolmente orientata – che «il sostituto sia legittimato al deposito di un'istanza scritta e sottoscritta dal difensore sostituito/procuratore speciale nella quale si manifesta la volontà definitiva alternativa»⁵¹ o ancora altra alternativa, più veloce ed efficace, alla luce anche della trasparenza del sostituto nei confronti del difeso, è «la richiesta formulata dal sostituto ma la presenza dell'imputato dovendo in questo caso intendersi la richiesta il consenso direttamente riferibili all'interessato»⁵². Emerge dunque che lo strumento della delega/procura, strumento altamente sostanziale, si presta molto bene a supplire, in questo caso, alla lacuna della carenza di potere del sostituto in giudizio, che altrimenti si trasformerebbe in compressione dell'inviolabile diritto di difesa⁵³.

7. Considerazioni a margine della decisione

Alla luce di quanto emerso dall'analisi dei profili più rilevanti, qui esaminati, non risulta complicato individuare la base strutturale d'appoggio del nuovo, mutato, orientamento giurisprudenziale riguardo la natura e la funzione della sostituzione del difensore in giudizio. Antagonista di questa vicenda è ancora una volta la lentezza e l'inflazione del nostro sistema giudiziario, soggiogato dai molteplici formalismi, insiti anche nel più semplice dei meccanismi processuali “di passaggio”, capaci di ostacolare il naturale evolversi delle fasi pro-

zo di procuratore speciale, sono necessarie due diverse procure, una per la rappresentanza sostanziale, l'altra per quella processuale; queste ben potrebbero essere conferite al medesimo soggetto, e, in particolare, al difensore, che in tal modo cumulerebbe entrambe le rappresentanze». Quindi «Se, da un lato, è apprezzabile che la Corte abbia tenuto in considerazione la manifestazione di volontà del danneggiato [...], dall'altro, suscita perplessità l'assunto del massimo Collegio, secondo cui, ai fini del perfezionamento della costituzione di parte civile - salvi comunque i due correttivi - debba essere il difensore, nominato procuratore speciale ex artt. 76 e 122 c.p.p., a depositare la dichiarazione». Delucidazioni sul punto rinvenibili in Consiglio Nazionale Forense, *parere 22 gennaio 2014, n 1*, in www.consiglionazionaleforense.it.

⁵¹ RICCI, *Il difensore*, in *Trattato di procedura penale*, cit., 794.

⁵² RICCI, *Il difensore*, in *Trattato di procedura penale*, cit., 794. In questo senso anche la giurisprudenza, invero, secondo Cass., 14 febbraio 2007, Cormidi, in *Cass. pen.*, 2008, 1513, in caso di richiesta di patteggiamento, al procuratore speciale non è consentito delegare altra persona, a meno che tale facoltà non sia stata conferita espressamente dall'imputato con le forme previste per la procura speciale dall'art. 446, comma 3, c.p.p.. V. anche Cass., 25 maggio 2011, Giangrande, in *Mass. Uff.*, n. 251207; Id., 20 maggio 1997, Di Martino, in *Giust. pen.*, 1998, III, 422; Id., 12 aprile 1995, Cilla, in *Cass. pen.*, 1996, 1911.

⁵³ Fermo restando che, la parte, qualora informata della preventiva o lunga durata della sostituzione del *dominus causae*, abbia comunque la possibilità di revocare il mandato al *dominus* in favore del conferimento dello stesso al nuovo difensore (ex sostituto).

cessuali. Indubbiamente, da un punto di vista formale, la riscoperta⁵⁴ dell'oralità, seppur limitata alla delega per il difensore, è circondata da un'aura deflazionistica non indifferente: effettivamente, operando per induzione e contestuale deduzione, se si conferisce al sostituto l'onere di rendere a verbale l'avvenuta delega da parte del patrocinante e la (non necessaria) comunicazione di avvenuta sostituzione, senza la previa e necessaria presenza del sostituto, come avveniva in passato, la questione preliminare di identificazione delle parti è presto risolta senza particolarità formalistiche, ottenendo anche un risultato ottimale per la concatenazione processuale.

D'altro canto, data la labilità dell'istituto *de qua*, inevitabile *fil rouge* tra diritto di difesa e difensore effettivo, le perplessità della classe forense sono del tutto fondate nella misura in cui tale accelerazione, a discapito di una formale delega scritta⁵⁵, generi il timore, tanto nei sostituti quanto nei sostituiti, di sentirsi meno tutelati in giudizio, sia nella verifica che la sfera della divisione dei poteri conferibili sia stata realmente attesa, sia, contestualmente, nella concretezza del loro *status* professionale, poiché, definiti «qual[i] custod[i] dei valori della professione»⁵⁶, si trovano a dover porre una maggiore attenzione sulla loro posizione, ormai, cardine della scena processualistica⁵⁷.

La decisione in commento, spinta, indubbiamente, da una forte volontà di speditezza processuale (ormai pacifico *animus* non solo di riforma) si pone nell'ottica di quell'armonizzazione del nostro diritto interno⁵⁸ al più recente contesto europeo, in costante evoluzione non solo grazie diritto *vivente* dell'Unione Europea in sé, ma anche grazie alla giurisprudenza della Corte EDU, considerata apporto fondamentale per una sempre maggiore tutela dei diritti dell'uomo e del cittadino. Iniziata ormai da qualche decennio con l'introduzione, nel nostro sistema delle regole del "giusto processo" (improntato su quei principi di *pubblicità, oralità e immediatezza*), l'armonizzazione

⁵⁴ Il termine potrebbe destare dubbi e perplessità ma, alla luce di quanto appurato sopra, è pacifico che la caratteristica dell'oralità è da sempre sia presente nel panorama processualistico, sia accostata all'istituto della delega: è per tali ragioni, di ordine puramente concettuale, che si preferisce utilizzare tal dicitura, premettendo di considerare l'*oralità* come una di quelle verità da tutti conosciuta ma altresì da tutti taciuta.

⁵⁵ Indissolubilmente legata alla locuzione latina *verba volant, scripta manent*, sostanzialmente opposta al concetto di *bona fide*, sul quale dovrebbe, ora più che mai, trovare le proprie fondamenta il concetto di delega in esame.

⁵⁶ Così la sentenza in commento (*Considerato in diritto*, par. 4, pag. 5).

⁵⁷ Ed infatti, riportando un breve passo della sentenza in commento (*par. 4*) è evidente come tale scelta nasca «nel quadro del più generale indirizzo, volto ad esaltare l'affidamento dell'ordinamento nell'avvocato quale custode dei valori della professione e ad assicurarne l'esercizio responsabile».

⁵⁸ Riconosciuta dalla Corte quale "esigenza", come si legge tra le righe della sentenza in esame (*Considerato in diritto*, par. 4, pag. 5)

con il diritto sovranazionale inizia ora a richiamare anche gli istituti di facile assimilazione strutturale, con il precipuo scopo di innovare – e contestualmente svecchiare – l’attuale sistema giuridico, portando all’effettiva esistenza l’astratto concetto di *diritto vivente*.

Muovendo verso la conclusione, ad un’attenta valutazione formale, sostanziale e processuale dell’istituto in esame, è tangibile, per sua natura e funzione, la contestuale presenza degli elementi di pubblicità, oralità e immediatezza, (summenzionati), costituendo rilievo questo fondamentale sia se si vuol condividere l’attuale impostazione giurisprudenziale della Corte, di stampo esplicitamente europeista, sia se, anche non condividendo l’assunto, si abbia qualche dubbio sull’effettività della difesa garantita.

Certo non è possibile prevedere sin da ora quale sia il seguito e la futura sorte⁵⁹ di una decisione che nell’immediato segna lo stallo giurisprudenziale in tema ma che è volta fermamente a confermare l’oralità della delega da rendere in giudizio, beninteso che l’attuale concezione di oralità debba racchiudere (al minimo) i tre principi del giusto processo cui si affianca l’innegabile diritto di difesa.

ALESSANDRO GERARDI

⁵⁹ Ad avviso di chi scrive, alla luce dell’analisi e guardando in prospettiva futura, per quanto possa essere auspicabile il contrario, ci sono numerosi dubbi (*e.g.* ripartizione dei diritti tra sostituto e sostituito⁵⁹) a causa dei quali, qualora non si raggiunga un punto di stallo soddisfacente, la questione potrebbe essere nuovamente ricondotta dinanzi alla Corte, con lo scopo, magari esplicito, di chiarezza strutturale in ordine a quei punti per i quali l’art. 102 c.p.p., anche a distanza di anni, ancora tace.