

QUESTIONI APERTE

Difesa e difensore

La decisione

Legittimo impedimento del difensore - Concomitante impegno professionale - Requisiti di obiettività - Priorità dell'esigenza difensiva nel concomitante procedimento - Congelamento dei termini prescrizionali (art., 430-ter, co. 5, C.p.p.; art., 159, co. 3, C.p.).

Le Sezioni unite riconoscono astrattamente il diritto del difensore al legittimo impedimento per concomitante impegno professionale, ma rimettono alla discrezionalità del giudice la valutazione dei requisiti di obiettività e priorità dell'impegno invocato e ciò al fine di non pregiudicare il buon andamento della giurisdizione. Pertanto, spetterà al difensore indicare quali siano le specifiche esigenze difensive in base alle quali ritenere prioritario e preminente il concomitante impegno professionale.

CASSAZIONE PENALE, SEZIONI UNITE, 2 febbraio 2015 (ud. 18 dicembre 2014) - SANTACROCE, *Presidente* - ROMIS, *Relatore* - DESTRO, *P.G.*, (diff.) - T.G., *ricorrente*.

Il legittimo impedimento del difensore per concomitante impegno professionale al vaglio delle Sezioni unite

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Il caso concreto all'attenzione della Suprema Corte. - 3. Gli orientamenti giurisprudenziali sul legittimo impedimento per concomitante impegno professionale tra proibizionismo e diffidenza. La posizione delle Sezioni unite. - 4. Il passo in avanti (e i due passi indietro) della Suprema Corte. Quale futuro per il diritto di difesa?

1. Premessa

Le Sezioni unite, con la pronuncia in commento, hanno risolto il tormentato contrasto interpretativo sulla configurazione del legittimo impedimento a comparire del difensore *ex art. 420-ter, co. 5, c.p.p.* in caso di concomitante impegno professionale, riallacciandosi al più accettabile (ma comunque problematico) filone giurisprudenziale che affonda le proprie radici in una pronuncia a Sezioni unite del 1992¹.

La questione è gravida di effetti pratici. Etichettare, o meno, quale legittimo impedimento il concomitante impegno professionale del difensore ha notevoli ricadute sulla disciplina dei limiti della sospensione del termine prescrizionale.

¹ Ci si riferisce a Cass., Sez. un., 27 marzo 1992, Fogliani, in *Giur. it.*, 1993, II, 103, che la pronuncia delle Sezioni unite prende espressamente a modello e base del proprio ragionamento interpretativo.

La risposta positiva (il concomitante impegno professionale costituisce legittimo impedimento del difensore) comporta non solo il diritto al rinvio dell'udienza, ma pure a un congelamento dei termini prescrizionali per soli sessanta giorni *ex art.* 159, co. 3, c.p., a prescindere dalle disponibilità dell'ufficio giudiziario e dall'effettiva data di rinvio.

In caso di risposta negativa (il concomitante impegno professionale non costituisce legittimo impedimento), il difensore non avrà che un diritto al rinvio dell'udienza con sospensione dei termini prescrizionali per l'intero arco temporale dello stesso rinvio.

Problematica delicatissima anche (e soprattutto) alla luce delle rinnovate frizioni politiche² sulla vigente disciplina prescrizionale e dell'istintiva ostilità coltivata da numerosi operatori nei confronti di questo antichissimo istituto³, sempre più visto come una scappatoia ad uso e consumo di avveduti difensori e non come ineludibile garanzia di civiltà per la ragionevole durata di un processo e per la salvezza dei metodi probatori propri di un rito accusatorio⁴.

Per quanto l'approdo delle Sezioni unite sia, tra le due posizioni giurisprudenziali in contrasto, indubbiamente quello più rispettoso del dettato normativo sotteso all'*art.* 420-ter, co. 5, c.p.p., la Suprema Corte fonda la propria decisione su rischiose contraddizioni concettuali che non possono assolutamente ricondursi a esigenze di bilanciamento tra il buon andamento della giurisdizione e l'esercizio della difesa, diritto inviolabile spettante ad ogni uo-

²Recentissima la presentazione da parte del Governo (23 dicembre 2014) di un DDL avente ad oggetto "*Modifiche al codice penale e al codice di procedura penale per il rafforzamento delle garanzie difensive e la durata ragionevole dei processi e per un maggiore contrasto del fenomeno corruttivo, oltre che all'ordinamento penitenziario per l'effettività rieducativa della pena*" avente ad oggetto, per l'appunto, una riscrittura dell'*art.* 159 c.p. tesa a bloccare lo scorrere dei termini prescrizionali successivamente alla sentenza di condanna di primo grado. Per un commento si v. MATARRESE, ZIRULIA, *Il Governo presenta alla Camera un articolato pacchetto di riforme del codice penale, del codice di procedura penale e dell'ordinamento penitenziario*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it.

³Non a caso abbondano le proposte di riforme sull'istituto, a testimonianza di un'irrefrenabile insoddisfazione sulla vigente disciplina prescrizionale. A titolo esemplificativo v. TOMASELLO, *Per una riforma della prescrizione: le opzioni sul tappeto*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it e VELANI, *Prospettive di riforma in tema di prescrizione del reato*, in *questa Rivista*, 2013, 1, 1-27.

⁴Sul punto, v. MANTOVANI, *La prescrizione della pena. Spunti comparatistici per la rimeditazione di un istituto negletto*, Torino, 2008, 129. Sull'importanza della prescrizione quale termometro processuale per garantire l'efficace difesa dell'imputato e la protezione di quest'ultimo da una durata *sine die* dei processi, v. AIMONETTO, *La "durata ragionevole" del processo penale*, Torino, 1997; GAETA, *La prescrizione del reato come compensazione del processo irragionevolmente lungo: ovvero del criterio del "pregiudizio importante" nella giurisprudenza di Strasburgo*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it; CORSO, *Verso una disciplina processuale della prescrizione?*, in *Azione civile e prescrizione processuale nella bozza di riforma della commissione Riccio*, Torino, 2010, 66 ss. Il tema, è, ovviamente, stermiato. Senza alcuna completezza, cfr. sul punto anche le opinioni di PULTANÒ, *Il nodo della prescrizione*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it e VIGANÒ, *Riflessioni de lege lata e ferenda su prescrizione e tutela della ragionevole durata del processo*, *ivi*.

mo, e non subordinato ad eccezioni (d'altronde il dettato costituzionale afferma che la difesa "è inviolabile", senza null'altro aggiungere. Discorso diverso per la libertà personale, per l'inviolabilità del domicilio e della corrispondenza, ecc.).

Le Sezioni unite si sforzano di inquadrare il legittimo impedimento quale "diritto" astrattamente spettante al difensore. Lodevole nella teoria, beffardo nella pratica. Quanto sostenuto dalle Sezioni unite è valido unicamente nella dimensione astratta. Nella dura pietra del concreto, la sussistenza del legittimo impedimento è (come accuratamente sottolineato proprio dalle Sezioni unite) condizionata ad un vaglio sostanziale (e non solo formale) dell'organo giudicante costruito su un preciso e inscalfibile teorema: non può non esservi un bilanciamento fra esigenze difensive e buon andamento della giurisdizione. Riecheggia l'antica contrapposizione tra garanzie-efficienza, tra diritti-doveri⁵.

Ciò che veramente rileva nella pronuncia in commento non è (solo) la soluzione fornita dalle Sezioni unite, ma un atteggiamento di fondo che avviluppa il diritto di difesa in un dorato reticolo di esclusioni ed eccezioni. Le maglie della rete sono così strette che parlare di "diritto di difesa" è quantomeno ingenuo. Forse, esiste un diritto inviolabile di difesa nella *law in the book*, ma non certo nella concretezza della prassi. In questo universo non v'è un diritto di difesa che non sia, in qualche modo, filtrato e concesso dall'organo giudicante, prima di poter essere ritenuto tale.

Tutt'al più, è possibile parlare di un interesse legittimo alla difesa.

L'artificio delle Sezioni unite sul legittimo impedimento ricalca questo concetto ed è brillante nel concedere, con una mano, una facoltà difensiva e, contemporaneamente, a subordinarla a una valutazione di merito dell'organo giudicante.

Non si nega il carattere di diritto al legittimo impedimento. Semplicemente lo si rende un diritto *sub iudice*.

Ma questo può confacersi a un interesse legittimo, non certo a un diritto⁶.

⁵ Dicotomia onnipresente e foriera di incomprensione, nonché frutto di un errore marchiano sul processo penale. Il contrasto tra garanzie/difesa sociale è solo apparente, poiché scopo di ogni giusto processo è quello di coniugare garanzie oggettive dell'individuo e della giurisdizione, ossia è interesse dello Stato che le garanzie individuali siano pienamente rispettate all'interno del processo penale. In questo senso, con grande efficacia, MAZZA, in *Procedura penale*, Torino, 2010, 56.

⁶ Pienamente condivisibile l'osservazione di PADOVANI, *A.D.R. sul c.d. abuso del processo*, in *Cass. pen.*, 2012, 3607 in cui scrive che «[...] una tutela a discrezione non è una tutela: e un diritto a discrezione non è un diritto: tutt'al più un interesse legittimo». La tematica trattata riguardava l'abuso processuale e la teoria soggiacente, ovvero che i comportamenti abusivi del difensore non fossero meritevoli di tutela, se disattesi *contra legem* dal giudice. La similitudine è evidente, in quanto il vaglio del giudice finalizzato a concedere, o meno, il legittimo impedimento è strumentale all'eliminazione - o meglio: alla sanzione - degli impedimenti "defatiganti" del difensore, così congelando le lancette dell'oblio e

2. Il caso concreto all'attenzione della Suprema Corte

La decisione del Giudice di secondo grado, argomenta il ricorrente, sarebbe gravemente viziata sul piano dell'individuazione dei periodi di sospensione: solo tre rinvii sarebbero stati richiesti dalla difesa dell'imputato. Uno, a seguito di adesione da parte del difensore all'astensione delle udienze proclamate dalle Camere penali. Due, a seguito di impedimenti, ritenuti legittimi, del difensore.

Tutti gli altri differimenti d'udienza sarebbero scaturiti da motivi ultronei alla difesa: cinque rinvii per impedimenti del Giudice, per la pendenza di trattative, per omessa citazione dei testi da parte del Pubblico Ministero e per impedimento del difensore di parte civile. Tutte cause inidonee a sospendere il corso della prescrizione tra un'udienza e l'altra. Il periodo di sospensione andrebbe quindi ricalcolato in soli 147 giorni, e non in sette mesi, con conseguente declaratoria *ex art. 129 c.p.* per estinzione del reato prima della data della sentenza di secondo grado.

Il punto decisivo sono quei tre rinvii "causati" dalla difesa: occorre stabilire se essi costituiscano effettivamente un legittimo impedimento partecipativo del difensore, con conseguente limite alla sospensione dell'oblio prescrizione.

Nulla quaestio per quanto concerne il primo rinvio, dovuto a un'impossibilità del difensore dell'imputato di raggiungere (da Torino) il Tribunale di Asti (corte territoriale di primo grado), a causa di avverse condizioni atmosferiche. La fattispecie analizzata ricade nell'impedimento assoluto a comparire, con applicazione del limite temporale dell'art. 159 c.p., per irresistibile e non superabile "impossibilità fisica".

Idem per il rinvio disposto per adesione del difensore dell'imputato all'astensione delle udienze proclamata dall'associazione di categoria. La giurisprudenza è ormai graniticamente schierata nel ritenere l'astensione delle udienze quale una libera scelta che integra un "diritto al rinvio", ma non riconducibile all'interno dell'istituto del legittimo impedimento⁸.

negando il diritto invocato dal difensore. Ancora una volta il diritto di difesa è legittimo solo se usato in conformità agli scopi processuali e indirizzato ai canoni di verità/oggettività. Eppure la difesa mira all'innocenza dell'imputato, e non alla ricerca della verità o alla collaborazione processuale (così IACOVIELLO, *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, Milano, 2013, 216-217).

⁷ SPAGNOLI, *Legittimo impedimento a comparire del difensore e diritto alla difesa tecnica*, in *questa Rivista*, 2013, 1, 8.

⁸ In questo senso depongono Cass., Sez. V, 14 novembre 2007, Marras, in *Guid. dir.*, 2008, 1, 82; Id., Sez. II, 12 febbraio 2008, Rosano, in *Mass. Uff.*, n. 239280; Id., Sez. V, 8 febbraio 2010, Piacentino, *ivi*, n. 247142; Id., Sez. IV, 29 maggio 2013, M.Q.N., n. 10621, *ivi*, n. 256067 e, soprattutto, Id., Sez. un., 27 marzo 2014, Lattanzio, *ivi*, n. 259928. V., poi, sul punto anche GREVI, *L'adesione allo "sciope-ro" dei difensori non costituisce "legittimo impedimento" (a proposito del regime di sospensione del corso della prescrizione)*, in *Cass. pen.*, 2006, 2058 ss. È bene specificare che, in passato, l'orientamento giurisprudenziale deponesse per la conclusione diametralmente opposta, ovvero che

Molto meno scontato è il secondo rinvio, dovuto proprio a un concomitante impegno professionale del difensore dell'imputato. Costituisce legittimo impedimento? E quindi: comporta, o meno, l'applicazione del limite temporale di sessanta giorni *ex art. 159, co. 3, c.p.*?

Alla luce di questa problematica (e dopo aver risolto nel senso sopra indicato le questioni relative agli altri due rinvii) la Sezione feriale della Cassazione, investita del ricorso, con ordinanza ha rilevato un deciso contrasto interpretativo nella giurisprudenza di legittimità, invitando le Sezioni unite ad esprimersi «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»⁹.

La decisione delle Sezioni unite è fondamentale non solo per il principio di diritto in sé contenuto, ma per il fatto che una risposta affermativa avrebbe – in effetti – provocato l'estinzione del reato in data precedente alla sentenza di secondo grado, con conseguentemente annullamento senza rinvio per estinzione del reato.

3. Gli orientamenti giurisprudenziali sul legittimo impedimento per concomitante impegno professionale, tra proibizionismo e diffidenza. La posizione delle Sezioni unite

Il legittimo impedimento del difensore per concomitante impegno professionale ha sempre costituito un problema di non secondario rilievo per la giurisprudenza di legittimità: non è la prima volta che le Sezioni unite sono state chiamate ad intervenire per comporre l'incertezza della Suprema Corte sulla rilevanza del concomitante impegno professionale in combinato disposto con la disciplina dell'art. 159 c.p.

Due orientamenti giurisprudenziali si divaricano e contrappongono sul punto, con un importante *trait d'union*: l'onnipresente cautela (se non vera e propria diffidenza) della giurisprudenza sulla concreta applicazione dell'istituto del legittimo impedimento del difensore.

Muta solo la declinazione di questo atteggiamento guardingo, non la sua presenza. In un caso, estremo e inappellabile (e quindi facilmente criticabile), in un altro caso più morbido e accomodante.

l'astensione dalle udienze configurasse un legittimo impedimento partecipativo. Per approfondire la tematica cfr. CATALANO, *L'abuso del processo*, Milano, 2004, 292-297 e GUERINI, *Il diritto del difensore di astensione dalle udienze: la parole delle Sezioni unite*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it.

⁹Cass., Sez. fer., 13 ottobre 2014), Torchio, con nota di MATARRESE, *Alle Sezioni unite la questione della sospensione della prescrizione in caso di richiesta del difensore di rinvio dell'udienza per concomitante impegno professionale*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it

Il primo, più rigido, orientamento¹⁰ ritiene che il concomitante impegno professionale del difensore non costituisca in alcun modo un'ipotesi di legittimo impedimento partecipativo poiché non determinerebbe un'impossibilità assoluta di partecipare all'udienza, ma sarebbe frutto di una libera e spontanea scelta del difensore. Non vi sarebbe alcuna differenza sostanziale con il rinvio scaturente dalla richiesta esplicita delle parti; anzi, il c.d. "legittimo impedimento per concomitante impegno professionale" sarebbe da ricondursi proprio a tale ipotesi, in quanto è proprio il difensore stesso a decidere presso quale procedimento prestare la propria opera. Non è un impedimento irresistibile dovuto ad un evento oggettivo ed extraprocessuale che impedisce al difensore di formulare una scelta tra due alternative.

Il difensore, alla luce di quanto rappresentato, avrebbe indubbiamente il diritto a un rinvio, ma con sterilizzazione totale della prescrizione del reato.

Il concomitante impegno professionale del difensore andrebbe dunque – secondo questo filone – parificato all'astensione delle udienze, esercizio di un diritto costituzionale e non costituente (come si è detto) un impedimento partecipativo all'udienza. In tal caso, infatti, il difensore manifesta la sua volontà di esercitare il diritto di associazione *ex art. 18 Cost.* del tutto liberamente e senza costrizione alcuna: rimane, in altre parole, libero nella sua scelta di presenziare o meno in udienza e questa libertà esclude qualsiasi forma di legittimo impedimento partecipativo assoluto. Poiché anche nel concomitante impegno professionale non si rinverrebbe tale impedimento assoluto (il difensore rimane pur sempre libero di scegliere a quale dei due impegni presenziare) non potranno applicarsi i limiti di durata della sospensione del corso della prescrizione¹¹.

Come si intuisce anche a una prima lettura, l'indirizzo giurisprudenziale in questione si contraddistingue per una visione angusta del legittimo impedimento per concomitante impegno professionale.

La semplificazione processuale è notevole: il Giudice, serenamente scevro dai limiti dell'art. 159 c.p., non dovrà più crucciarsi della data di rinvio e di causare, inavvertitamente, una prescrizione del reato, mentre la lesione al diritto di difesa è insopportabile.

Le argomentazioni di questo orientamento sono assai discutibili. Il concomi-

¹⁰ Si v., per questo orientamento giurisprudenziale, Cass., Sez. I, 14 ottobre 2008, Errante, in *Mass. Uff.*, n. 242042; Id., Sez. I, 11 febbraio 2009, Tortorella, *ivi*, n. 240460; Id., Sez. II, 29 marzo 2011, Ciarlante, *ivi*, n. 250076. Si muove in tal senso anche un non ignorabile *obiter dictum* delle Sezioni unite: v. Cass., Sez. un., 30 Settembre 2010, Corsini, *ivi*, n. 248383.

¹¹ Cass., Sez. un., 18 dicembre 2014, dep. 2 febbraio 2015, Torchio, con nota di MATARRESE, *Le Sezioni unite: il concomitante impegno professionale del difensore può costituire legittimo impedimento che dà luogo ad assoluta impossibilità a comparire*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it.

tante impegno professionale non espone il difensore a una “scelta libera” come potrebbe darsi per la situazione dell’astensione alle udienze¹² – in cui il difensore sceglie anticipatamente all’udienza se presenziare, o meno, senza ledere una diversa posizioni processuale – o, invece, quella di un generico “rinvio” per meglio studiare le carte processuali.

Ove il difensore abbia, nel corso della stessa giornata, l’incarico alla difesa di due posizioni processuali in diverse corti territoriali egli potrà solo indirettamente compiere una scelta: sprovvisto del dono dell’ubiquità dovrà decidere quale imputato privilegiare e quale imputato danneggiare. Si obietterà che questa scelta si pone come inevitabile, e che, comunque, il difensore mantiene un diritto al rinvio presso la sede in cui è assente; ma per quale motivo la difesa è costretta a pagare il prezzo di un allungamento dei tempi processuali avvenuto senza sua colpa, o richiesta e quindi completamente estraneo alla propria volontà? L’estraneità volitiva tra le situazioni sopra descritte non potrebbe essere più ampia ed è proprio ciò a impedire una grossolana assimilazione del legittimo impedimento per concomitante attività professionale con la richiesta di rinvio liberamente esplicitata in assenza di altre udienze¹³ (dove il rinvio è causato dalla volontà del difensore, scevra da condizionamenti).

Queste ragioni sono fatte proprie dall’opposto orientamento giurisprudenziale¹⁴ con cui si riconosce nel concomitante impegno professionale un’ipotesi di legittimo impedimento assoluto del difensore, correttamente e nettamente distinguendolo dall’istanza di rinvio o dall’astensione dalle udienze.

Questo non significa, come si è anticipato nella premessa, che ogni concomitante impegno professionale costituisca automaticamente un legittimo impe-

¹² Ma sul punto sia consentita una breve nota. Se è pur vero che un difensore liberamente sceglie se avvalersi del proprio diritto associativo di astensione o di partecipare all’udienza... per quale motivo l’uso di un diritto (peraltro costituzionale!) dovrebbe comportare un’indebita situazione peggiorativa? La *ratio*, ovviamente, è tacitamente espressa: ogni atto del difensore che potrebbe secondariamente e oggettivamente comportare uno slittamento delle udienze e uno scorrere delle lancette prescrizionali è visto attraverso le lenti della malafede e della diffidenza. Se è impossibile vietare oggettivamente quell’atto, allora è opportuno svuotare ogni “vantaggio” che il difensore potrebbe trarne. Ma questa *ratio* è inaccettabile in un sistema accusatorio fondato sul giusto processo inteso, prima di ogni cosa, come rispetto della legge (e nessuna legge, se non quella “giurisprudenziale” impone che all’astensione delle udienze debba seguire la sospensione *sine die* della prescrizione). In un certo senso, questo concetto rappresenta la summa dei rapporti tra interpretazione giurisprudenziali e diritti della difesa. Sul tema si esprime in temi critici finanche CATALANO, *L’abuso del processo*, cit., pur se astrattamente favorevole alla configurazione del c.d. “abuso del processo”, intravedendo un “retrogusto sanzionatorio” nella disciplina dell’astensione dalle udienze.

¹³ Chiaramente, in questo senso, la stessa Cass., Sez. un., 18 dicembre 2014, cit., 14.

¹⁴ Fanno parte di questo orientamento, Cass., Sez. III, 3 marzo 2009, Girotti, in *Mass. Uff.*, n. 243755; Id., Sez. III, 6 marzo 2007, Medico, n.m.; Id., Sez. IV, 18 dicembre 2013, La China, in *Mass. Uff.*, n. 258618; Id., Sez. III, 7 maggio 2014, Di Mauro, *ivi*, n. 260106 e Id., Sez. fer., 13 agosto 2014, Cipolla, *ivi*, n. 260550.

dimento.

Tutte le pronunce di questo orientamento, a partire dalla capostipite: le Sezioni unite del 1992, sono concordi nel ritenere obbligatorio e necessario che il difensore: a) prospetti l'impedimento chiedendo il rinvio dell'udienza appena conosciuta la contemporaneità; b) esponga le ragioni per cui la sua funzione è necessaria nell'altro procedimento e non in quello per cui si chiede il rinvio; c) esponga le ragioni per cui non è possibile nominare un sostituto processuale per il procedimento di cui si chiede il rinvio¹⁵.

Una volta esposti diligentemente e approfonditamente i suddetti punti, il Giudice del procedimento di cui si chiede il rinvio sarà chiamato a effettuare un penetrante sindacato di merito sull'opportunità di riconoscere il legittimo impedimento, bilanciando le esigenze di difesa dell'imputato con quelle di «affermazione del diritto e della giustizia»¹⁶ [...] «per accertare che l'impedimento non sia funzionale a manovre dilatorie o non possa nuocere alla giustizia nel caso in esame»¹⁷, cui seguirà (tanto in caso di accoglimento che di rigetto) motivazione¹⁸.

Cosa significa tutto questo? In primo luogo, significa che il legittimo impedimento viene astrattamente riconosciuto quale diritto del difensore impegnato in diversa udienza, a differenza di quanto sostenuto, in modo poco convincente, dal primo orientamento.

Purtroppo, anche questo approdo è più illusorio che reale.

Il legittimo impedimento non diventa una situazione legale immediatamente rilevabile dal giudice sulla base di una sovrapposizione tra situazione fattuale e situazione legale, ma una fattispecie elastica, deformabile e malleabile nelle sapienti mani dell'organo giudicante. Non solo il difensore dovrà adempiere ai propri doveri di diligenza con massimo rigore professionale (comunicandolo immediatamente, documentandolo specificatamente), ma sarà pure chiamato a fornire giustificazioni sostanziali. Come altro definire il requisito dell'essenzialità e non sostituibilità del difensore e - ancora - quello dell'impossibilità di nominare altro sostituto processuale?

A sua volta, il Giudice dovrà valutare la tenuta logica di tali argomentazioni addentrandosi molto avventurosamente in valutazioni di merito e, soprattutto, saggiare dati che nulla hanno a che fare con la situazione di impedimento. Ove ravvisi che il procedimento di cui si chiede il rinvio per legittimo impedimento sia prossimo a una causa estintiva per prescrizione (o ancora: che

¹⁵ Principi e parole di Cass., Sez. un., 27 marzo 1992, Fogliani, cit., e richiamati da Id., Sez. un., 18 dicembre 2014, cit., 10.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ *Ibidem*.

siano in esaurimento i termini di fase della custodia cautelare), ben potrà negare il legittimo impedimento, disponendo un rinvio con congelamento dei termini *sine die*, poiché nel caso concreto «gli interessi della giustizia e del diritto» risulteranno preminenti rispetto al diritto di difesa¹⁹.

In altri termini, l'impedimento dovrà essere: a) legittimo; b) assoluto; c) preminente rispetto agli interessi dell'amministrazione della giustizia.

Se il secondo criterio è già estremamente problematico, poiché apre gli argini di un'indagine del Giudice nel fatto dedotto²⁰, l'ultimo criterio elide il carattere di "diritto" del legittimo impedimento, facendolo divenire nulla più che un criterio guida per un'illuminata concessione dell'organo giudicante al difensore (magari strumentalmente) indaffarato in altri procedimenti di un rinvio senza congelamento dei termini prescrizionali. Sempre, beninteso, che ciò non comporti proprio l'estinzione del procedimento; in quel caso, il legittimo impedimento non può esistere perché contrario agli interessi della giustizia²¹.

L'orientamento giurisprudenziale in questione riconsegna nelle mani della difesa l'arma del legittimo impedimento, ma si riserva di trattenere nelle mani del Giudice le munizioni. Quest'ultimo potrà armare il difensore solo quando ritenga che il processo non potrà subire un sostanziale nocimento dell'attività difensiva.

Le Sezioni unite hanno ritenuto di dover aderire a questo orientamento riconoscendo, così, astrattamente il diritto del difensore al legittimo impedimento per concomitante impegno professionale, ma circondandolo di requisiti così penetranti da eliderlo completamente in ogni situazione concreta ove possa risultare lesivo per il buon andamento della giurisdizione²².

Un giudizio di bilanciamento necessario e doveroso, si argomenterà²³. Ma la difesa dell'imputato può davvero entrare in bilanciamento con l'interesse statale quando il primario interesse costituzionale è, per l'appunto, la piena esplicazione del diritto difensivo senza condizionamenti?

La risposta è negativa. È gravemente errato contrapporre la ragionevole dura-

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ SPIGARELLI, *Giudice, difensore e p.m. in aula, strategie e tecniche del processo*, a cura di Randazzo, Milano, 2010, 244, si esprime con toni assai critici sul punto.

²¹ L'effetto è paradossale. Il legittimo impedimento diventa un diritto condizionato non solo ai fatti contingenti del difensore e del processo, ma anche alla particolare sensibilità dell'organo giudicante, tanto che non pare infondata la maliziosa osservazione di SPIGARELLI, *Giudice, difensore e p.m. in aula*, cit., 245, secondo cui «l'unico antidoto è quello di una sana e ragionevole interlocuzione preventiva con i giudici caricati di una sì ampia dose di discrezionalità».

²² SPIGARELLI, *Giudice, difensore e p.m. in aula*, cit., 244.

²³ Ed è appunto sostanzialmente questo che dice Corte cost., n. 178 del 1991, citata da Cass., Sez. un., 18 dicembre 2014, cit., 15-16. Del medesimo avviso MATARRESE, *Le Sezioni unite: il concomitante impegno professionale del difensore può costituire legittimo impedimento che dà luogo ad assoluta impossibilità a comparire*, cit., che giudica "corretta" ed "appropriata" la risposta delle Sezioni unite.

ta del processo ai diritti della difesa, «giacché il diritto di difesa e il principio di ragionevole durata non possono mai entrare in comparazione, ai fini del bilanciamento, indipendentemente dalla completezza del sistema della garanzie [...]»²⁴. La tecnica del bilanciamento, talora, è frutto di una visione scontata che trascura la natura inviolabile del diritto di difesa e sminuisce un fatto che dovrebbe darsi per assodato: la giurisdizione è tale solo quando assicura la piena efficacia del diritto di difesa, senza limitazioni arbitrali. Limitare l'uso del legittimo impedimento poiché potrebbe configurare fattispecie prescizionali è interpretazione quantomeno dubbia sul piano costituzionale e che non assicura adeguatamente i diritti individuali, atteso il loro sacrificio con la bilancia degli interessi statali.

Si potrebbe plaudire al fatto che, con simile lettura, gli abusi processuali delle parti sono stati neutralizzati con salvezza della giustizia (o che, comunque, abusi o non abusi, il processo penale non verrà estinto per prescrizione). Ma qual è il vero interesse della giustizia? Salvare ad ogni costo i processi, od applicare il dettato normativo senza forzature²⁵? Quel dettato normativo che prevede l'invio della difesa ed è ben conscio che il processo penale è un potere terribile esplicito su un singolo individuo che, per quanto economicamente dotato, mai potrà pareggiare contro la forza della macchina della giustizia. È logico - ancor prima che costituzionale - sancire che il diritto di difesa sia utilizzabile fin tanto che non danneggi l'andamento della giustizia? È logico che le disfunzioni della giustizia (nulla vieta di fissare la successiva udienza entro i sessanta giorni di sospensione) debbano venir sostenute dall'imputato?

A queste domande (se non indirettamente alla prima, citando la Corte costituzionale) le Sezioni unite non rispondono. Ma il loro silenzio non è sufficiente ad eliminarle. Si preoccupano, semmai, di sottolineare, in maniera assai *tranchant*, che l'astensione dalle udienze è esercizio di un diritto che non costituisce un impedimento in senso tecnico²⁶ (ed è quindi inquadrabile nella seconda ipotesi prevista dall'art. 159, co. 1, n. 3), c.p.), di ricordare come già nel lontano 1991 la Corte costituzionale ritenesse il concomitante impegno

²⁴ In questi termini, Corte cost., n. 317 del 2009, in *Giur. cost.*, 4762 ss.

²⁵ Urge, infatti, una precisazione. La novella legislativa del 2005 che operò un profondo *restyling* dell'art. 159 c.p. sulla base degli insegnamenti giurisprudenziali avvedutamente ritenne di inserire un termine massimo di differimento dell'udienza a seguito di legittimo impedimento dell'imputato o del difensore per evitare abusi indiscriminati dell'autorità giudiziaria (che, teoricamente, avrebbe potuto rinviare il processo per anni congelando i termini prescizionali, in presenza di un'istanza di legittimo impedimento e non di una libera richiesta proveniente dalle parti). È la stessa sentenza commentata a ricordarlo. Cfr. *ivi*, 17.

²⁶ *Ivi*, 14.

professionale quale ipotesi per il differimento dell'udienza²⁷, soffermandosi sull'esigenza di garantire effettivamente l'esplicazione del mandato difensivo²⁸, per finire con l'evidenziare l'evidente: l'avvocato difensore non ha certo colpa o influenza nel fatto che un diverso giudice di un diverso Tribunale abbia fissato nella medesima giornata una diversa udienza²⁹. Ma si sottolinea anche - e la citazione testuale dalla sentenza è necessaria - che «la concomitanza di altri impegni professionali non integra di per sé un legittimo impedimento [...] Il Giudice [...] dovrà accertare se sia effettivamente prevalente il diverso impegno rappresentato, proprio in quanto esso, per assumere l'efficacia impeditiva della norma, deve presentare anche la caratteristica dell'obiettività, nel senso che la priorità dell'esigenza difensiva nel procedimento “pregiudicante” deve trovare il suo fondamento non nella soggettiva opinione del difensore, ma deve risultare ancorata a specifiche esigenze. [...]»³⁰. Diritto, nell'astratto. Interesse legittimo, nel concreto.

4. Il passo in avanti (e i due passi indietro) della Suprema Corte. Quale futuro per il diritto di difesa?

Si possono trarre delle riflessioni conclusive.

Sembra che le Sezioni unite abbiano compiuto un passo in avanti (riconoscere il legittimo impedimento, quale diritto, per il difensore con concomitante impegno professionale) e due passi indietro (subordinare tale diritto a un doppio vaglio del Giudice su elementi del mandato difensivo e su esigenze processuali), attraverso un bilanciamento che non pare rispettoso dell'inviolabilità del diritto di difesa e del giusto processo³¹. La questione è tutt'altro che secondaria. L'istituto del legittimo impedimento rappresenta la logica conseguenza del diritto alla difesa costituzionale garantito. Quest'ultimo ha natura composita: consta del diritto di difesa in senso sostanziale - di cui è titolare l'imputato (o l'indagato) - e del diritto di difesa in senso tecnico - di cui è titolare il difensore. Acquisisce la qualifica di “diritto inviolabile” in modo riflesso, per derivazione, essendo il mezzo mediante il quale l'individuo conserva i propri diritti fondamentali³².

Le Sezioni unite astrattamente ammettono questi concetti, ma circondano l'istituto di un reticolo di prescrizioni tali da renderlo inservibile e di sotto-

²⁷ *Ivi*, 16.

²⁸ *Ivi*, 17.

²⁹ *Ivi*, 15.

³⁰ *Ivi*, 18-19.

³¹ Cfr. la già citata Corte cost., n. 317 del 2009.

³² SPAGNOLI, *Legittimo impedimento a comparire del difensore e diritto alla difesa tecnica, nel segno del “giusto processo”*, cit., 9.

metterlo ai supremi interessi della giustizia, sottomissione, come si è già detto, che solleva numerosi dubbi sulla sua compatibilità con diritto alla difesa. Se è concepibile e finanche corretto che il difensore debba porre diligentemente in essere il proprio diritto al legittimo impedimento (comunicandolo prontamente e documentando accuratamente la richiesta di rinvio), non si può certo sostenere che al difensore spetti un ulteriore onere probatorio a dimostrazione della lesività della sua assenza dal diverso procedimento³³. Oneri probatori irragionevoli, prima che impossibili. L'obbligo di giustificare l'impossibilità di disporre di un sostituto processuale non è solo valutazione di merito sottoposta al vaglio del Giudice, che potrà benissimo sostituirsi alle valutazioni del difensore, ma è anche in sé irragionevole: il mandato difensivo è fondato sull'*intuitu personae* e ogni indebita rottura di questo vincolo è antitetica con lo spirito e il significato della difesa tecnica. Dover dimostrare l'impossibilità di poter utilizzare un sostituto processuale in caso di concomitante impegno professionale è errato non solo perché costituisce *probatio diabolica* che spalanca all'organo giudicante le porte del foro interno difensivo (e quindi permette a quest'ultimo di poter sindacare le scelte del difensore), ma anche perché costituisce in sé un atto contrario al vincolo fiduciario tra difensore e assistito. Dovrebbe sussistere una presunzione di fondatezza sull'indisponibilità di un sostituto processuale, e non viceversa!

Come se non bastasse, la possibilità per il Giudice di prendere a riferimento indici estranei alla vicenda processuale in senso stretto (e cioè: termini prescrittivi, termini di fase per la custodia cautelare, ecc.) è la pietra tombale del diritto al legittimo impedimento, più opportuno definire "interesse legittimo" sottoposto a irresistibili indici oggettivi della ragion di Stato.

Va infine rilevato come la pronuncia in commento dimostri la nuova dimensione assunta dal diritto di difesa tecnica, quantomeno nella giurisprudenza di legittimità. Non più inviolabile diritto costituzionale da esercitare a protezione dell'imputato in ottemperanza a un modello legale, ma semplice interesse legittimo che deve essere rispondente, in una certa misura, a canoni di verità e oggettività, da bilanciarsi con i prevalenti interessi della giustizia.

MICHELE DUBINI

³³ Ciò, peraltro, ricorda un altro filone di pensiero antilegitarario che sta sempre più prendendo piede presso la Suprema Corte e (più in generale) presso i Giudici di merito: la tendenza a riconoscere una nullità solo ove essa provochi una lesione concreta alla difesa. Sul punto (pur se in termini positivi), v. IACOVIELLO, *La Cassazione Penale. Fatto, diritto e motivazione*, cit., 137-153.