

Difesa e difensori

Legittimo impedimento a comparire del difensore e diritto alla difesa tecnica, nel segno del «giusto processo»

Noemy Spagnoli

La decisione

Legittimo impedimento a comparire – Necessità di partecipare al funerale di un prossimo congiunto di un familiare (C.p.p., art. 420 *ter*).

L'assoluta impossibilità del difensore di comparire in udienza, nei casi in cui la sua presenza sia prevista dalla legge, può essere ascrivibile anche a situazioni gravi sotto il profilo umano e morale, in presenza delle quali il difensore, come ogni altro prestatore d'opera, ha il diritto di essere giustificato per l'assenza dal luogo ove la prestazione deve essere eseguita.

CASSAZIONE PENALE, SESTA SEZIONE, 22 agosto 2012 (ud. 7 giugno 2012) – DE ROBERTO, *Presidente* – CARCANO, *Relatore* – STABILE P.G. (diff.).– B.R. ed altro, ricorrenti.

Il commento

1. La risistemazione dell'istituto del legittimo impedimento a comparire del difensore all'interno del codice di rito¹ lascia supporre l'assoluta rilevanza di tale istituto all'interno del procedimento penale, non consentendo che il suo ambito di operatività si arresti alle prime fasi di questo, ma che, al contrario, sia garantito durante tutto il corso del procedimento penale².

Esso può realizzarsi in qualsiasi momento: udienza preliminare, dibattimento, udienza d'appello e giudizio di legittimità³. La giurisprudenza maggioritaria

¹ Attualmente l'art. 420 *ter* c.p.p. è rubricato nel Libro V – *Indagini preliminari e udienza preliminare*, Titolo IX – *Udienza preliminare*. Prima dell'introduzione della Legge Carotti, (L. 16 dicembre 1999, n. 479), la sua collocazione era diversa: art. 486 c.p.p., Libro VII – *Giudizio*, Titolo II – *Dibattimento*. Oggi l'art. 486 c.p.p. risulta abrogato.

² GARUTI, *L'udienza preliminare*, in *Procedura penale*, a cura di Corso, Dean, Dominioni, Gaito, Garuti, Mazza, Spangher, Torino, 2010, 457.

³ Sul punto, peraltro si è pronunciata la stessa Corte costituzionale che ha dichiarato «manifestamente infondata, in riferimento all'art. 24 Cost., la questione di legittimità costituzionale dell'art. 486, co. 5, c.p.p., nella parte in cui non si applica ai procedimenti in camera di consiglio che si svolgono a norma dell'art. 127 stesso codice, in quanto il diritto di difesa, garantito dal contraddittorio, risulta regolato secondo speciali caratteristiche della struttura dei singoli procedimenti, senza che le modalità stesse ne menomino l'esistenza, allorché di esso vengano assicurati lo scopo e la funzione; e la sua disciplina, in relazione alle varie fasi processuali e alle caratteristiche dei singoli procedimenti, è espressione della discrezionalità legislativa» (cfr. Corte Cost., 29 gennaio 1998, n. 7; Id., 31 maggio 1996, n. 175).

esclude categoricamente che la prescrizione in questione possa trovare applicazione nei procedimenti camerali diversi dall'udienza preliminare, anche se si tratta di procedimenti a contraddittorio necessario, sostenendo che quest'ultimo è regolato secondo le speciali caratteristiche della struttura dei singoli procedimenti appositamente predisposta dal legislatore⁴. L'impedimento a comparire del difensore, dettata per l'udienza preliminare, trova applicazione – per il richiamo contenuto nell'art. 441, co. 1, c.p.p. – anche nel giudizio abbreviato di primo grado, mentre non è da considerarsi applicabile al giudizio camerale d'appello previsto dal combinato disposto degli artt. 443, co. 4, e 599 c.p.p., atteso che tali norme sono rimaste immutate pur dopo l'entrata in vigore della l. 16 dicembre 1999, n. 479 (che, tra le altre, ha riformato il giudizio abbreviato), per cui è da ritenere che l'udienza camerale di discussione del suddetto giudizio d'appello continui ad essere soggetta alla regola secondo la quale essa può essere rinviata solo se sussiste un legittimo impedimento dell'imputato che abbia chiesto di essere sentito personalmente⁵.

Nel nuovo panorama normativo la dottrina ribadisce che l'effettiva celebrazione dell'udienza preliminare a fronte di legittimo impedimento difensivo comunicato nei modi e nelle forme normativamente indicati comporta una nullità di ordine generale riconducibile al parametro di cui all'art. 178, lett. c), e di carattere assoluto, essendo la situazione assumibile nell'ambito di applicazione dell'art. 179, co. 1, c.p.p.⁶.

Al pari dell'imputato, anche l'impossibilità di comparire dell'avvocato difensore per caso fortuito, forza maggiore ed altro legittimo impedimento, determina il rinvio dell'udienza⁷. In questi casi il giudice con ordinanza, sospende

⁴ FONTI, *Il procedimento in camera di consiglio*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Spangher, vol. I, tomo II, a cura di Dean, Torino, 2008, 78 e ss., «Inaccettabile si palesa la tesi dell'irrelevanza del legittimo impedimento ove la si applichi a procedimenti a contraddittorio necessario. Non appare soddisfacente la conclusione secondo cui in relazione a tali procedimenti l'assenza derivante da legittimo impedimento dovrebbe essere fronteggiata dal rimedio generalmente previsto: la designazione da parte del giudice di altro difensore a norma dell'art. 97, co. 4, c.p.p. perché in questo modo la garanzia della difesa finisce per assumere un valore meramente simbolico, in quanto non si può seriamente dubitare che ai fini dell'effettività del diritto di difesa, una cosa è garantire che ci sia qualunque difensore e altro è garantire la presenza del difensore di fiducia nel senso che l'effettività della difesa presuppone non solo la competenza tecnica del difensore, quanto soprattutto la "padronanza dei fatti" che generalmente consegue solo ad un rapporto fiduciario tra legale ed assistito».

⁵ Cfr. Cass., Sez. I, 2 ottobre 2001, Morelli, in *Mass. uff.*, n. 220041.

⁶ MOSCARINI, *Udienza preliminare e presenza dell'imputato: un'anticipazione (quasi) completa degli istituti di garanzia predibattimentale e dibattimentale*, in *Il processo penale dopo le riforme del giudice unico*, a cura di Peroni, Padova, 2000, 330.

⁷ BARAZZETTA, *Art. 420 ter*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di Giarda-Spangher,

o rinvia il dibattimento, fissa la data della nuova udienza e dispone che sia rinnovata la citazione a giudizio. Tuttavia, il rinvio che opera a seguito di impedimento a comparire del difensore è sottoposto a criteri di maggiore rigidità⁸. La prova del legittimo impedimento del difensore a comparire al dibattimento deve essere sempre fornita dall'interessato al fine di consentire al giudice il controllo sulla fondatezza dell'addotto impedimento⁹.

Risultano irrilevanti le ragioni che eventualmente hanno determinato la mancata comparizione delle altre parti processuali¹⁰. Secondo la giurisprudenza costituzionale¹¹, la scelta legislativa di non estendere al difensore della parte civile il diritto al differimento dell'udienza – previsto invece per il difensore dell'imputato – è una scelta ragionevole in considerazione del diverso rilievo di cui l'imputato e la parte civile sono portatori, diversa la natura degli scopi perseguiti ed eterogeneità delle posizioni processuali. Tuttavia una volta accettata la presenza della pretesa civilistica all'interno del processo penale non si può prescindere totalmente da essa¹².

2. A fronte di tali disposizioni legislative, «la giurisprudenza si è cimentata con

Milano, 2010, 5289. All'ipotesi del legittimo impedimento devono accostarsi «per quanto non esplicitamente indicate» quelle del caso fortuito e della forza maggiore. «La prima delle situazioni richiamate può presentare, in relazione al ruolo del difensore, specifiche peculiarità già oggetto d'esame da parte della giurisprudenza nella vigenza del 486, co. 5, abrogato, e da riferire, con le dovute cautele dettate dalla diversità della sede, ad un'udienza preliminare, peraltro irrobustita nei suoi profili istruttori».

⁸ GARUTI, *L'udienza preliminare*, cit., 457; in giurisprudenza cfr. Cass., Sez. VI, 19 giugno 1991, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1992, 270.

⁹ Cass., Sez. III, 31 gennaio 1994, Geraci, in *Cass. pen.*, 1995, 1549.

¹⁰ GARUTI, *L'udienza preliminare*, cit., p. 457; BARAZZETTA, *Art. 420 ter*, cit., p. 5292, la patologia che giustifica il legittimo impedimento a comparire «opera esclusivamente nei confronti del difensore dell'imputato e non si estende alla parte civile». Cfr. Cass., Sez. II, 2 ottobre 2008, Boscolo, in *Mass. uff.*, n. 241865.

¹¹ C. Cost., 14 luglio 2009, n. 217.

¹² BARAZZETTA, *Art. 420 ter*, cit., 5292. SPIGARELLI, *Giudice, difensore e p.m. in aula, strategie e tecniche del processo*, a cura di Randazzo, Milano, 2010, 240, secondo cui la non irragionevolezza della questione è stata affermata anche con riguardo all'esigenza di tutelare l'interesse alla speditezza del processo che sarebbe compromesso dalla previsione del diritto al rinvio anche per il difensore della parte civile. Non si è scorta poi alcuna lesione del diritto di difesa sia perché il difensore della parte civile può nominare un sostituto, sia perché l'esercizio dell'azione civile nel processo penale non rappresenta l'unico strumento di tutela giudiziaria a disposizione della parte civile, stante l'esistenza di percorsi alternativi. Infine, la facoltà, per la parte civile di trasferire in ogni momento l'azione per il risarcimento del danno derivante da reato in sede civile esclude ulteriormente pregiudizi agli interessi di cui è portatrice (Corte Cost., n. 217 del 2009). In pratica ciò si traduce nella comprensione di tali esigenze da parte del giudice, compatibilmente con le «esigenze della giustizia» e nel rispetto del difensore della parte civile da parte dei suoi colleghi impegnati nello stesso procedimento, a meno che le pretese di quest'ultimo non siano ingiustificate, irrituali ovvero arrechino pregiudizio per la parte assistita.

una casistica molto complessa, sovente percorrendo *iter* interpretativi più vicini ad un'attività nomopoietica che giurisprudenziale»¹³. Alcune tra le principali cause giustificatrici della legittima impossibilità di comparire sono costituite o un precedente e concomitante impegno professionale ovvero altra causa che impedisce la fisica presenza del difensore dovuta ad ostacoli di carattere fisico o sanitario.

2.1. Con riferimento al concomitante impegno professionale, la Cassazione ha stabilito che il difensore che intenda ottenere il rinvio del dibattimento deve presentare una richiesta al giudice nel più breve tempo possibile rispetto al momento in cui è insorta la causa dell'impedimento, affinché questi possa tempestivamente valutarla ed adottare gli opportuni procedimenti¹⁴. Ne consegue che, la comunicazione pervenuta il giorno stesso dell'udienza è da ritenersi intempestiva¹⁵. Tuttavia il giudice deve valutare la tardività della comunicazione dell'impedimento, non in relazione alla data rispetto alla quale l'impegno viene fatto valere, ma in relazione al momento in cui è insorta la causa dell'impedimento medesimo e il difensore ne sia venuto a conoscenza¹⁶. In particolare il rinvio deve essere chiesto non appena conosciuta la contemporaneità dei diversi impegni e il difensore deve esporre le ragioni che rendono essenziale l'espletamento della sua funzione per la particolare natura dell'attività a cui deve presenziare, l'assenza in detto procedimento di altro codifensore che possa validamente difendere l'imputato e l'impossibilità di avvalersi di un sostituto, sia nel processo a cui si intende partecipare, sia in quello di cui si chiede il rinvio.

Nondimeno, ancorché la priorità temporale costituisca uno dei parametri di valutazione, un impegno successivo può essere considerato prevalente rispetto ad altro preesistente ai fini dell'obbligo della sospensione e del rinvio del dibattimento. La valutazione della prova di tale impedimento deve essere fatta in concreto dal giudice di merito e si sottrae ad ogni censura di legittimità *solo se* adeguatamente motivata secondo i criteri di completezza e logicità¹⁷. La Cassazione¹⁸ ha stabilito che spetta al giudice effettuare la valutazione compa-

¹³ SPIGARELLI, *Giudice, difensore e p.m. in aula*, cit., 241.

¹⁴ Cass., Sez. IV, 5 novembre 2003, n. 41997.

¹⁵ Cass., Sez. I, 11 maggio 1998, Sileno, in *Cass. pen.*, 1999, 3490.

¹⁶ Cass., Sez. III, 27 settembre 2007, Concas, in *Mass. uff.*, n. 238004. In applicazione di tale principio, la Corte ha ritenuto tardiva la comunicazione trasmessa cinque giorni prima dell'udienza, in quanto l'impedimento risultava noto al difensore da oltre quattro mesi.

¹⁷ Cass., Sez. V, 9 luglio 2007, Alescio, in *Mass. uff.*, n. 237725.

¹⁸ Cass., Sez. V, 11 ottobre 2007, Melosso, in *Mass. uff.*, n. 238499; Id., Sez. IV, 21 febbraio 2007, Zinna, *ivi*, n. 236605; Id., Sez. V, 16 marzo 1999, Natali, in *Giust. pen.*, 2000, III, 117.

rativa dei diversi impegni al fine contemperare le esigenze della difesa e della giurisdizione, accertando se sia effettivamente prevalente quello prospettato dal difensore¹⁹.

Innanzitutto il giudice deve considerare rilevanti solo le assenze dovute ad *assoluta impossibilità* di comparire riconducibili ad impedimenti legittimi prontamente comunicati. Ciò nonostante, il meccanismo non opera qualora l'imputato abbia nominato due difensori e l'impedimento riguarda solo uno di essi; nel caso in cui il difensore impedito abbia nominato un sostituto ovvero l'imputato consente che si proceda anche in assenza del difensore impedito; infine nel caso in cui il difensore non abbia *tempestivamente* comunicato la sussistenza dell'impedimento a comparire. Se viceversa, sussistono tali condizioni, il giudice con ordinanza, anche d'ufficio, rinvia ad una nuova udienza e dispone che sia rinnovato l'avviso dell'imputato a norma dell'art. 419 co. 1.

Si può osservare come nei primi due casi – l'imputato è patrocinato da due avvocati ovvero il difensore ha nominato un sostituto – pregiudicando la possibilità di far valere l'istituto del legittimo impedimento, si lascia aperta la strada alla discrezionalità del giudice. E tra le due ipotesi, quella in cui è il difensore a nominare un sostituto è la meno garantista del diritto costituzionale alla difesa poiché con riferimento a talune attività dibattimentali, il sostituto difensore potrà non essere equivalente, «soprattutto agli occhi dell'imputato, si pensi all'esame incrociato ovvero alla discussione finale»²⁰.

Di regola la nomina del sostituto esclude l'applicazione del legittimo impedimento; per farlo valere, il difensore impedito deve presentare la documentazione e le ragioni per le quali il difensore impedito ritiene impossibile avvalersi di un sostituto processuale. Pertanto, l'art. 420 *ter* c.p.p. deve essere inteso nel senso che non rientra nella discrezionalità del difensore nominare un sostituto ma se questi volesse avvalersene deve indicare le ragioni per cui è impossibilitato a comparire in udienza e dimostrare al giudice che la natura dell'attività cui occorre presenziare ovvero la fase del procedimento gli consentono legittimamente la sostituzione del difensore perché ciò non si riper-

¹⁹ Cass., Sez. V, 11 ottobre 2007, Melosso, cit., la relativa richiesta di rinvio deve, a pena di inammissibilità, contenere le ragioni che rendono essenziale l'espletamento della funzione difensiva in altro procedimento, con particolare riferimento alla natura dell'attività cui il difensore deve presenziare, all'assenza di altro difensore che possa validamente assistere l'imputato, all'impossibilità di avvalersi della designazione di un sostituto nell'uno o nell'altro procedimento, mentre è irrilevante, a tal fine, il mero criterio cronologico della conoscenza prioritaria dell'impegno ritenuto prevalente.

²⁰ SPIGARELLI, *Giudice, difensore e p.m. in aula*, cit., 242.

cuoterà sulla difesa tecnica a cui l'imputato ha diritto²¹. Competerà successivamente al giudice precedente operare il «bilanciamento degli interessi della difesa con quelli dell'amministrazione della giustizia»²², all'esito del quale le prospettazioni del difensore possono essere rigettate²³. Infine, deve essere preso in considerazione il criterio dell'«esigenza della giurisdizione»²⁴ che affida al giudice un'ampia discrezionalità in materia²⁵.

2.2. Altra causa che legittima l'impedimento di comparizione del difensore in udienza è lo stato di malattia in cui quest'ultimo versa. In questi casi, per trovare le linee guida che regolano la fattispecie in commento ci si deve rifare alla copiosa giurisprudenza circa l'impossibilità di comparire per causa di malattia dell'imputato.

Il giudice nel valutare secondo il proprio libero convincimento l'impedimento a comparire all'udienza dedotto dall'avvocato, mediante produzione di certificazione sanitaria, deve attenersi alla natura dell'infermità dedotta, valutandone il carattere impeditivo²⁶ e certamente può disattendere la prognosi con-

²¹ SPIGARELLI, *Giudice, difensore e p.m. in aula*, cit., 243, «la giurisprudenza, fin dalle prime pronunce in argomento, desume infatti del tutto *ultra litteram*, [...], che nelle ipotesi di legittimo impedimento del difensore questi sarebbe tenuto a nominare un sostituto processuale in relazione al procedimento cui ritiene di non poter partecipare».

²² Cass., Sez. II, 15 ottobre 2003, Spagnoletto e altri, in *Mass. uff.*, n. 226346.

²³ BARAZZETTA, *Art. 420 ter*, cit., 5293, secondo cui quanto alle ragioni che rendono necessario l'espletamento della funzione difensiva, attesa l'impossibilità di avvalersi di un sostituto, l'astratta gravità del reato o la precedenza cronologica delle notificazioni non vengono ritenuti criteri esaurienti, rilevando la necessità dell'assistenza in relazione alla fase procedimentale. Ne consegue che il giudice può sindacare la scelta operata e rigettare la richiesta di rinvio se, nel bilanciamento tra le esigenze di difesa e buona amministrazione della giustizia, queste siano prevalenti in riferimento alla reiterazione delle sospensioni o rinvii o alla prossimità della prescrizione (Cass., Sez. V, 20 agosto 1998, Sanna, in *Mass. uff.*, n. 211478; Id., Sez. V, 9 gennaio 1998, Martinangelo, *ivi*, n. 209941; Id., Sez. I, 24 novembre 1997, Futia, *ivi*, n. 209440) in letteratura SPIGARELLI, *Giudice, difensore e p.m. in aula*, cit., 244, spiega come «un aspetto francamente paradossale di questo requisito di creazione giurisprudenziale è da rintracciare nel potere del giudice, destinatario dell'istanza, di sindacare nel merito la valutazione del difensore e persino di sostituirsi a quest'ultimo nell'individuazione del processo che merita prevalenza».

²⁴ Cass., Sez. Un., 25 giugno 2009, P.G. in proc. De Marino, in *Mass. Uff.*, n. 244108: «spetta al giudice effettuare una valutazione comparativa dei diversi impegni al fine di temperare le diverse esigenze della difesa con quelle della giurisdizione, accertando se sia effettivamente prevalente l'impegno privilegiato dal difensore per le ragioni rappresentate nell'istanza e da riferire alla particolare natura delle attività cui occorre presenziare, alla mancanza o assenza di un collaboratore nonché all'impossibilità di un sostituto a norma dell'art. 102 c.p.p.». In questi casi, «l'unico antidoto è quello di una sana e ragionevole interlocuzione preventiva con i giudici caricati di una sì ampia dose di discrezionalità» così SPIGARELLI, *Giudice, difensore e p.m. in aula*, cit., 245.

²⁵ SPIGARELLI, *Giudice, difensore e p.m. in aula*, cit., 245.

²⁶ Il carattere impeditivo deve essere prospettato come assolutamente ostativo alla comparizione: a tal fine, non possono essere ritenute idonee generiche certificazioni sanitarie che non precisino il profilo

tenuta nel certificato medico, senza ricorrere a nuovi accertamenti e avvalendosi di comuni regole di esperienza o di conoscenze mediche di base, specie se si considera, tra l'altro, che la legge richiede «l'assoluta impossibilità di comparire» e che la prognosi di malattia è pur sempre un giudizio fondato sulla probabilità e non sulla certezza²⁷.

Nell'apprezzamento della prova dell'impedimento a comparire al dibattimento, la valutazione del giudice di merito, seppure discrezionale, deve essere tuttavia sorretta da una motivazione adeguata, logica e corretta, non essendo sufficiente che vi sia una qualsivoglia motivazione che illustri le ragioni del giudizio negativo formulato circa la dedotta assoluta impossibilità di comparire, ma occorrendo, invece, che tale motivazione inerisca puntualmente alla prodotta prova dell'impedimento e sia immune da vizi logico-giuridici. Conseguentemente, nel disattendere la certificazione medica, il giudice non può valutare in maniera arbitraria ed illogica la natura ed il carattere dell'infermità in essa attestata ed il carattere impeditivo del male da cui si afferma l'imputato²⁸.

Il certificato medico prodotto in udienza – con cui si attesta lo stato di malattia – è atto idoneo a comprovare l'impossibilità a comparire dell'imputato se non è contraddetto da una diversa valutazione tecnica, alla quale è dato pervenire attraverso un accertamento medico fiscale e che non può essere sostituita dal generico apprezzamento del giudice²⁹.

2.3. Tra le cause che impediscono la presenza fisica del difensore in udienza possiamo citare due fattispecie su tutte al fine di comprendere l'orientamento della Cassazione. Uno sciopero a carattere nazionale dei mezzi pubblici non tempestivamente preannunciato è stato considerato ragionevole causa di impedimento in considerazione dell'impossibilità di raggiungere, in mancanza di soluzioni alternative, talune località geografiche (isole), così da rappresentare causa di forza maggiore. Diversamente, laddove sia possibile fronteggiarla, con opportuna e fattiva opera prudenziale ricorsi a mezzi di trasporti alterna-

concreto della malattia, né l'incidenza della medesima sulla capacità di partecipare all'udienza. Cfr., Cass., IV, 25 ottobre 2005, Cannizzo, in *Guida dir.*, 2006, 14, 97. Pertanto non può ritenersi idonea a documentare l'effettiva sussistenza di un impedimento assoluto dell'imputato a comparire, una certificazione sanitaria che attesti la mera illustrazione dello stato di fatto della degenza in un reparto specialistico di un nosocomio, senza indicazione della specifica patologia in atto e senza attestazione dell'assoluta impossibilità per il paziente di lasciare l'ospedale (Cass., Sez. I, 7 luglio 2004, Adelizzi ed altri, in *Mass. uff.*, n. 229736).

²⁷ Cass., Sez. V, 4 maggio 2006, Colombo, in *Guida dir.*, 2006, 32, 100.

²⁸ Cass., Sez. V, 15 marzo 1999, Damasco, in *Mass. uff.*, n. 213174.

²⁹ Cass., Sez. I, 26 gennaio 2004, D'Avanzo, in *Mass. uff.*, n. 227499.

tivi quando lo sciopero non è in atto, tale situazione non costituisce causa di forza maggiore idonea a giustificare l'impedimento a comparire in giudizio³⁰. Secondo la giurisprudenza prevalente è del tutto esclusa dall'ipotesi del legittimo impedimento la fattispecie dell'impossibilità per il difensore di presenziare l'udienza a causa dell'adesione ad una astensione collettiva dalle associazioni professionali di categoria. La ragione risiede nel fatto che l'assoluta impossibilità di comparire attiene a situazioni soggettive non dipendenti dalla volontà del soggetto impedito, mentre l'astensione dallo svolgimento delle attività difensive costituisce una libera scelta. Il difensore deve tempestivamente comunicare il suo impedimento a comparire derivante dall'adesione all'agitazione di categoria professionale³¹.

3. La precedente e consolidata giurisprudenza di legittimità considerava l'impossibilità a comparire del difensore in senso *esclusivamente* "materiale" quale impossibilità fisica a presenziare l'udienza per caso fortuito, forza maggiore o altro legittimo impedimento. La rilevanza della sentenza in commento è data dall'evoluzione per via giurisprudenziale dell'istituto del legittimo impedimento a comparire del difensore in senso maggiormente garantista del diritto alla difesa. Recentemente la Cassazione ha ulteriormente ampliato lo spettro delle situazioni che giustificano l'impedimento legittimo di comparire in udienza, includendovi anche circostanze ascrivibili a situazioni gravi sotto il profilo umano e morale che possono, da un punto di vista emotivo, essere ritenute di ostacolo alla partecipazione attiva all'incarico di difesa tecnica affidata all'avvocato. Pertanto, alla luce della nuova interpretazione giurisprudenziale dell'istituto del legittimo impedimento, l'assoluta impossibilità di comparire del difensore non va più intesa esclusivamente in senso "meccanicistico" ossia un mero impedimento materiale a partecipare all'udienza, contribuendo a cementare la garanzia costituzionale del diritto di difesa.

Nella sentenza in commento, la Corte d'appello di Perugia aveva rigettato la richiesta di rinvio avanzata dal difensore dell'imputato poiché l'impedimento non era stato considerato assoluto, basandosi su un criterio meramente "materiale" inteso come presenza fisica del difensore all'udienza. Secondo la Corte, la richiesta era stata formulata in termini estremamente vaghi per la mancanza dell'ora del funerale rispetto a quello dell'udienza e non erano state

³⁰ Cass., Sez. VI, 26 novembre 2003, Trinca, in *Mass. uff.*, n. 228373.

³¹ Cass., Sez. VI, 25 gennaio 1994, Carbone, in *Mass. uff.*, n. 198260; Id., Sez. III, 29 settembre 1997, Fagiano, *ivi*, n. 209483.

indicate in modo puntuale le ragioni per le quali il difensore voleva avvalersi dell'istituto del legittimo impedimento, potendo quest'ultimo partecipare a entrambi gli impegni.

4. L'istituto giuridico del legittimo impedimento a comparire del difensore rappresenta la logica conseguenza del diritto alla difesa costituzionalmente 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 diritti fondamentali di cui è titolare. Pertanto merita di essere tutelato in quanto «consente di tutelare beni di rango primario»³², quali per esempio il diritto alla libertà.

Analizzando l'insieme delle questioni relative all'impedimento del difensore di comparire in udienza ad essa sottoposte, possiamo notare che la Cassazione ha avuto particolare premura di dare concreta attuazione del diritto alla difesa – quale diritto inviolabile della persona – considerando prioritarie e prevalenti le esigenze del titolare del diritto di difesa in senso sostanziale rispetto a quelle della difesa tecnica; contribuendo con ciò anche a chiarire la natura del diritto di difesa³³.

Tralasciando di considerare le cause che impediscono al difensore di comparire in udienza dovute ad eventi fortuiti ovvero cause di forza maggiore, concentriamo la nostra riflessione esclusivamente sui presupposti giustificativi del legittimo impedimento – oggetto del nostro commento – i quali presentano maggiori spazi per l'intervento della discrezionalità del giudice.

Innanzitutto, l'impedimento *ex art. 420 ter, co. 5*, è il solo ad essere qualificato come “legittimo”: cioè conforme alla legge o da questa costituito. Sebbene ciò, il legislatore non ha compiutamente completato la fattispecie codicistica astratta tipizzando le cause che, *ex lege*, sono idonee ad integrare il legittimo impedimento. Ciò ha determinato, *a fortiori*, l'intervento suppletivo della giurisprudenza di legittimità. A fronte dell'esigenza di riempire di contenuto il dettato normativo, la Suprema Corte ha necessariamente dovuto ricercare i parametri costituzionali guida a cui ispirarsi per dirimere le controversie a questa sottoposte.

³² PASTA, *Tra individuo e stato: il diritto di difesa*, in *Processo penale e Costituzione*, a cura di Dinacci, Milano, 2010, 158.

³³ Cfr. Cass., Sez. un., 28 febbraio 2006, Grassia, in *Guida dir.*, 2006, 14, 97; Id., Sez. VI, 2 aprile 2003, Sannino, in *Mass. uff.*, n. 226516; Id., Sez. V, 4 giugno 2003, Daccò Galasso, *ivi*, n. 228325.

Analizzando la giurisprudenza in materia si può notare che la Cassazione ha stimato come assolutamente necessario garantire all'imputato il diritto alla difesa e il diritto al contraddittorio. Nondimeno ha dovuto prendere atto che tali esigenze deve essere necessariamente temperate con le circostanze che, impedendo al difensore di essere presente in udienza, minano quelle stesse garanzie costituzionali che questa ha voluto assicurare. Valutato ciò, la Cassazione ha ricercato, tra i principi costituzionali, i diritti *assolutamente* fondamentali per la persona umana idonei a sostenere la causa di legittimo impedimento che osta al difensore di partecipare attivamente al procedimento. Solo circoscrivendo tali diritti si può raggiungere una tipizzazione delle cause che giustificano e legittimano l'impedimento a comparire per via giurisprudenziale, idonea a garantire il diritto alla difesa dell'imputato - compreso il suo corollario: il diritto al contraddittorio - fine ultimo dell'istituto del legittimo impedimento.

Per quanto riguarda l'impedimento a comparire per concomitante impegno professionale del difensore, la necessità di garantire pienamente il diritto alla difesa (*ex art. 24, co. 2, Cost.*) e il diritto al contraddittorio (*ex art. 111, co. 2, Cost.*) riteniamo siano già ragioni più che sufficienti per motivare il legittimo impedimento a comparire dell'avvocato. In considerazione anche del fatto che per l'imputato potrebbe non essere indifferente che ci sia un difensore piuttosto che un altro a perorare la sua causa dato che, molto spesso, il rapporto di fiducia che si instaura tra legale e assistito può assicurare quest'ultimo sulla migliore difesa possibile nel procedimento penale e pertanto indirettamente garantire - *ad personam* - il suo diritto alla difesa modici idonea.

Gli impedimenti a comparire per cause di malattia, possono essere giustificate dal diritto costituzionale alla salute (art. 32 Cost). La necessità che il difensore possa debitamente curarsi è condizione idonea a giustificare la sua assenza dalle udienze³⁴. Ovviamente tale garanzia viene sottoposta, secondo l'interpretazione prevalente di legittimità, a rigorosi criteri di controllo - presentazione del certificato medico e controlli di carattere fiscale - affinché la garanzia a tutela del diritto alla salute del difensore non venga da lui strumentalizzata per finalità tattico-dilatorie nel procedimento penale.

Quelli fin qui esaminati sono solo alcuni esempi di impedimenti legittimi che

³⁴ FIORIO, *Diritto alla salute e libertà della persona*, in *Processo penale e costituzione*, cit., 603, «la salute è stata annoverata tra i beni primari dell'uomo, in quanto condizione indispensabile ed imprescindibile affinché ogni individuo possa esprimere compiutamente e liberamente la propria personalità». Cfr. anche LUCIANI, *Salute. I) Diritto alla salute (dir. cost.)*, in *Enc. giur.*, vol. XXVII, Roma, 1991, 4.

ostacolano *materialmente* la presenza fisica del difensore in udienza in ossequio alla consolidata giurisprudenza di legittimità che voleva nel criterio “meccanicistico” della presenza del difensore in aula, il parametro giustificativo del legittimo impedimento. Ciò fino all’innovativa sentenza della Cassazione che è oggetto del nostro commento. La Suprema Corte ha individuato nelle “*situazioni gravi sotto il profilo umano e morale*” un ulteriore criterio idoneo a legittimare l’impedimento che va oltre il mero criterio materiale dell’impossibilità fisica di comparire del difensore. A questo punto ci domandiamo a quale diritto di rango costituzionale – assolutamente necessario al pieno sviluppo della persona umana *ex art. 3, co. 2*, – la Corte si è appellata per individuare il nuovo criterio giustificativo del legittimo impedimento.

Nella fattispecie di cui alla sentenza annotata, l’esigenza della partecipazione del difensore – unico fratello della defunta – alle esequie è stata considerata dalla Cassazione una ragione idonea sotto il profilo umano e morale a giustificare l’assenza dell’avvocato dalle udienze. Per di più la Cassazione – ribaltando la precedente sentenza della Corte d’Appello che aveva rigettato la richiesta del difensore di avvalersi del legittimo impedimento perché avrebbe potuto presenziare ad entrambi gli eventi – non ha legato l’assenza del legale al momento temporale dell’impossibilità materiale a comparire, ma per tutta la giornata in cui si è celebrato il funerale della sorella l’avvocato è stato considerato assente legittimamente giustificato.

5. Nella ricerca finalizzata ad individuare nella fattispecie concreta un parametro costituzionale idoneo a sostenere il legittimo impedimento, non riteniamo di rinvenire nella matrice religiosa la ragione giustificatrice della legittimità dell’impedimento. Sicuramente l’impossibilità di partecipazione all’udienza che sia fondata su una motivazione religiosa è una ragione idonea a giustificare l’assenza del difensore dall’udienza, e per sua natura si colloca sul terreno del legittimo impedimento a causa dello spiccato rilievo costituzionale della materia che discende direttamente dagli artt. 7, 8, 19 e 20 Cost. Infatti si è ritenuto che la disponibilità alla osservanza dei precetti religiosi è un attributo interiore della persona e, per questa ragione, va garantito. Cionondimeno, è stato anche deciso che se un imputato non comunica con anticipo che non presenzierà all’udienza a causa della concomitante festività religiosa senza chiedere alcun rinvio dell’udienza stessa, legittimamente verrà considerato assente volontario *ex 420 ter*, co. 1, c.p.³⁵. Pertanto, l’assenza del difensore

³⁵ Cass., Sez. V, 9 settembre 2005, Jozsa, in *Cass. pen.*, 2006, 2859, con nota di CIAMPI, *Massime festivi-*

dalle udienze per motivi religiosi è legittima, ma non ha valore assoluto; piuttosto è sottoposta a condizioni, quale la sollecita comunicazione dell'impedimento per concomitante festività religiosa.

Nondimeno, un grave lutto familiare colpisce indistintamente credenti ed atei, ed a prescindere dal rito - religioso o meno - col quale verrà onorato il defunto, esso resta una grave situazione che dal punto di vista umano e morale impedisce al difensore di svolgere la sua funzione al meglio delle sue capacità. Inoltre la genericità della formulazione della motivazione della Corte - «grave situazione sotto il profilo umano e morale» - da una parte consente di considerare tutta una serie di altre situazioni che giustificano l'assenza del difensore e ampliano in senso garantista il diritto alla difesa e dall'altra esclude che vengano ritenute idonei ad integrare il legittimo impedimento eventi lieti quali potrebbero essere il matrimonio di un prossimo congiunto, che da circostanza piacevole per il difensore non può pregiudicare il diritto di difesa per un soggetto coinvolto in un procedimento penale il quale va privilegiato rispetto alle pretese del difensore che potrà comunque avvalersi di soluzioni alternative, come nominare un sostituto³⁶.

Le ragioni giustificatrici del legittimo impedimento a comparire del difensore devono essere circoscritte a cause assolutamente necessarie che discendono da diritti inviolabili della persona - e l'avvocato, al pari di qualsiasi altro, ha diritto a goderne. Un'eccessiva dilatazione delle cause di legittimità dell'impedimento, ampliando eccessivamente il ventaglio delle garanzie, finiscono per generare incertezze nell'applicazione dell'istituto ed eccessivi rinvii delle udienze finendo per sminuire il diritto alla ragionevole durata del processo - valore riconosciuto sia a livello nazionale che sovranazionale (artt. 111, co. 2, Cost.; 6, § 1, C.e.d.u.) - che, in una valutazione comparativa tra le esigenze dei protagonisti del procedimento, è senz'altro da preferire perché il processo penale è già di per sé una pena per l'imputato e pertanto è necessario concluderlo quanto prima affinché questi possa tornare a godere degli altri diritti costituzionalmente garantiti.

Sappiamo che il legittimo impedimento può realizzarsi in qualsiasi momento:

tà religiose ed impedimento a comparire in udienza ai sensi dell'art. 420 co. 1 c.p.p..

³⁶ Cass., Sez. V, 20 settembre 2006, Gallo e altri, in *Mass. ull.*, n. 235224, prevede che in tema di impedimento del difensore, l'onore di fornire specifica ragione dell'impossibilità di nominare un sostituto, ex art. 102 c.p.p. - che ricade sul difensore qualora questi deduca impedimento per la concomitanza di altro impegno professionale - non sussiste quando l'impedimento dedotto sia costituito da un sopravvenuto e grave lutto familiare (nella specie decesso del coniuge), comunicato al giudice e debitamente documentato.

udienza preliminare, dibattimento, udienza d'appello e giudizio di legittimità. Tuttavia riteniamo che debba valere anche per uno stadio precedente a quello dell'udienza preliminare: quella delle indagini. Per un riscontro in tale senso riflettiamo su una fase – seppur eventuale – assolutamente cruciale per le indagini: quella degli accertamenti tecnici non ripetibili che si realizzano nel contraddittorio tra le (eventuali) parti. Ogni qualvolta si volesse procedere con tali forme, sia che la richiesta provenga dal pubblico ministero ovvero dal difensore (dell'indagato o della persona offesa) si deve *ex lege* procedere all'instaurazione del contraddittorio: avvisando gli altri soggetti «del giorno, dell'ora e del luogo fissati per il conferimento dell'incarico e della facoltà di nominare consulenti tecnici»³⁷.

Talvolta istaurare il contraddittorio tra le parti potrebbe non essere astrattamente possibile perché una delle parti – poniamo il difensore – potrebbe essere impedita a causa di una situazione che fisicamente o per altre ragioni di carattere umano e morale, impedisce la sua presenza alla rilevazione, minando il diritto al contraddittorio³⁸.

6. Trovare la soluzione ideale che realizza il perfetto temperamento tra l'esigenza della giurisdizione con la considerazione delle cause che *realmente* impediscono la presenza del difensore in udienza, è pressoché impossibile. Tuttavia la giurisprudenza di legittimità, investita di tale compito a causa del silenzio del legislatore, è riuscita nel tempo – nonostante un inizio confuso ed

³⁷ GIUNCHEDI, *Gli accertamenti tecnici irripetibili (tra prassi devianti e recupero della legalità)*, Torino, 2009, 107, spiega che «l'avviso si prefigge di rendere edotti i soggetti interessati dell'atto che sta per essere compiuto e dalla possibilità di partecipare al contraddittorio tecnico mediante la presenza al conferimento dell'incarico, e in quella sede, conoscere l'oggetto della consulenza, che verrà effettuata e conseguentemente godere della possibilità di poter interloquire con il consulente mediante la nomina di esperti che possono partecipare – unitamente ai difensori – agli accertamenti».

³⁸ L'impostazione codicistica dell'accusa configura la «personalizzazione» dell'ufficio del pubblico ministero. Pertanto, quest'ultimo non potrà mai avvalersi *ex lege* dell'istituto del legittimo impedimento a comparire in udienza. Tuttavia, possiamo rinvenire nel codice almeno un'*apertura* verso la «personalizzazione» dell'accusa. È l'ipotesi *ex art. 570, co. 3, c.p.p.*, ossia nel caso in cui il p.m. che ha presentato le conclusioni e ne ha fatto richiesta può partecipare al successivo grado di giudizio quale sostituto del procuratore generale presso la Corte di appello. La *ratio* giustificatrice è che «la migliore conoscenza da parte del p.m. presso il giudice *a quo* può accelerare il dibattimento anche in fase di impugnazione» (così GAITO, *Le impugnazioni in generale*, in *Procedura Penale*, cit., 747). L'ipotesi in commento è una «breccia» nella «personalizzazione» dell'accusa, la quale potrebbe servire ad avallare un ipotetico orientamento giurisprudenziale che – forzando l'impianto codicistico sulla base della *ratio ex art. 570, co. 3* – giungesse ad ammettere nell'ipotesi in commento che il p.m. qualora fosse impossibilitato a comparire in udienza, gli venga riconosciuta una causa di legittimo impedimento a comparire *ex art. 420 ter*, sulla cui base rinviare l'udienza.

incerto - a riempire di contenuto il dettato normativo *ex art. 420 ter c.p.p.* assestandosi su posizioni che garantiscono il diritto alla difesa dell'imputato.

La sentenza annotata rappresenta una "pietra miliare" lungo il percorso della garanzia del diritto alla difesa. Il "cammino" è stato lungo e non è ancora concluso, ma tutto sommato possiamo considerarci a buon punto. Il diritto alla difesa diviene effettivo nel momento in cui viene garantita all'imputato la difesa in «ogni stato e grado del procedimento», non lasciando che cause di forza maggiore, eventi fortuiti o altre circostanze che impedendo la partecipazione del difensore al procedimento - inclusi gravi situazioni sotto il profilo umano e morale - precludano a quest'ultimo il diritto alla difesa tecnica; e in ultima analisi al suo diritto inviolabile di difesa in giudizio e il suo diritto al contraddittorio. Cionondimeno è necessario scongiurare che si strumentalizzi l'istituto del legittimo impedimento per fini dilatori concretizzando un diniego di giustizia³⁹. La giurisprudenza di legittimità sta lentamente riuscendo a trovare il giusto contemperamento tra queste due opposte esigenze.

Nel caso in cui il legislatore volesse sollevare la Suprema Corte da questa responsabilità, riteniamo che una soluzione potrebbe essere quella di "tipizzare" i principi guida - ispirati ai diritti inviolabili dell'uomo - idonei a giustificare le cause che legittimano l'impedimento a comparire del difensore. Se al contrario ad essere tipizzate dovessero essere le fattispecie, a causa della molteplicità delle circostanze che nella realtà materiale potrebbero impedire al difensore di essere presente, si rischierebbe di comprimere a priori ed in modo sistematico il diritto alla difesa dell'indagato prima e dell'imputato poi.

³⁹ È «intimamente connesso con lo stesso principio di democrazia l'assicurare a tutti e sempre, per qualsiasi controversia, un giudice ed un giudizio» (Corte Cost., 2 febbraio 1982, n. 18).