DIRITTO PENALE CONTEMPORANEO

# IL DIFENSORE, DI FIDUCIA O D'UFFICIO, NON CASSAZIONISTA PUÒ NOMINARE UN SOSTITUTO ABILITATO AL GIUDIZIO DI LEGITTIMITÀ: L'ATTO DI RICORSO È AMMISSIBILE

*Commento a Cass., SS.UU., sent. 28 aprile 2016 (dep. 29 settembre 2016), n. 40517, Pres. Canzio, Rel. Rotundo, ric. Taysir e a Cass., SS.UU., sent. 28 aprile 2016 (dep. 29 settembre 2016), n. 40518, Pres. Canzio, rel. Rotundo, ric. Ahmed*

di Elisabetta Guido

SOMMARIO: 1. Il quesito e il suo presupposto. – 2. La sostituzione del difensore: a) Profili temporali. – 3. Segue: b) Contenuti. – 4. Segue: c) Limiti. – 5. *Favor impugnationis* e fattispecie concreta.

## 1. Il quesito e il suo presupposto.

I due *dicta* in commento, speculari quanto al principio di diritto espresso, non risultano propriamente aderenti alla domanda posta dalla sezione rimettente. Chiamate, infatti, a stabilire – così dirimendo il contrasto interpretativo esistente sul punto – se «*alla dichiarazione di inammissibilità del ricorso per cassazione consegua, ed eventualmente a carico di chi, la condanna al pagamento delle spese del procedimento*»[1], le Sezioni unite affrontano un'altra questione: se – come presupposto dai giudici *a quibus* – debba considerarsi inammissibile il ricorso presentato dall'avvocato iscritto nell'albo speciale della corte di cassazione, nominato quale sostituto dal difensore dell'imputato, di fiducia o d'ufficio, non cassazionista.

La conclusione cui pervengono – può già anticiparsi, condivisibile – è di segno opposto: l'impugnazione così proposta è ammissibile; diviene, pertanto, irrilevante il quesito relativo alla condanna alle spese che si basava sull'inammissibilità del gravame.

[1] Il contrasto è insorto con riferimento al caso del ricorso per cassazione proposto dal difensore dell'imputato deceduto. Secondo un primo filone giurisprudenziale, l'inammissibilità dell'impugnazione, per difetto di legittimazione, non comporta la condanna alle spese processuali, né della parte né del difensore (cfr., Cass., sez. II, 20 marzo 2015, n. 25738; Cass., sez. VI, 19 marzo 2007, n. 14248, in *Cass. pen.*, 2008, p. 2981; Cass., sez. V, 19 novembre 2003, n. 10310, *ivi*, 2004, p. 3744). Altro filone, minoritario, ammette invece la condanna alle spese del difensore (così, Cass., sez. VI, 3 maggio 2005, n. 21393, in *Riv. pen.*, 2006, p. 984).


(cc) BY-NC-ND 2010-2016 Diritto Penale Contemporaneo

Il tema – come si può facilmente intuire – attiene ai poteri e ai limiti attribuiti al sostituto del difensore *ex* art. 102 c.p.p.[2]; prima, però, di dar conto delle argomentazioni svolte dalla suprema Corte, nel suo più alto consesso, pare utile un accenno al caso affrontato, analogo in entrambe le pronunce in esame: il difensore di due indagati per un reato in materia d'immigrazione clandestina (artt. 110, 81 c.p. e 12 commi 3, lett. *a* e *b*, 3-*bis*, 3-*ter*, lett. *b* d. lgs. 25 luglio 1998, n. 286), non essendo abilitato al patrocinio davanti alle giurisdizioni superiori, si avvaleva di un sostituto, iscritto nell'apposito albo speciale, per presentare ricorso per cassazione contro l'ordinanza applicativa della custodia cautelare in carcere, pronunciata dal Tribunale di Palermo, sezione per il riesame, in sede di appello. Si trattava di difensore, di fiducia per un indagato (a tale ipotesi si riferisce la sentenza n. 40518), d'ufficio per l'altro (fattispecie considerata nella sentenza n. 40517).

Una simile "operazione sostitutoria", messa in piedi dal difensore originariamente nominato (e designato) per superare l'*impasse* costituita dal difetto di legittimazione a impugnare per mancanza del titolo abilitativo (appunto l'iscrizione nell'apposito albo *ex* art. 613 comma 1 c.p.p.), violerebbe – secondo i giudici rimettenti – le norme di cui agli artt. 97, 102 e 613 c.p.p. Questa, in sintesi, la motivazione: il diritto di farsi sostituire (art. 102 c.p.p.) dev'essere esercitato «*nel rispetto delle disposizioni che regolano i singoli istituti processuali*», nel caso specifico dell'art. 613 c.p.p., ove si prevede che atto di ricorso, memorie e motivi nuovi, nel giudizio di legittimità, debbano essere sottoscritti da avvocato iscritto nell'albo speciale della cassazione (comma 1); tale prescrizione vale tanto per il difensore nominato appositamente per la proposizione del ricorso o successivamente quanto per quello che ha assistito la parte nell'ultimo giudizio (comma 2). Data questa premessa se ne fa discendere, per il professionista carente di idonea abilitazione, l'impossibilità di svolgere la funzione difensiva nel procedimento davanti alla suprema Corte, compresa la facoltà «*di nominare un proprio sostituto processuale per attività che non è abilitato a svolgere in proprio*». Individuato il *vulnus* inferto alla legge, l'ordinanza di rimessione si premura altresì di indicare i possibili – e legittimi – rimedi. Per il difensore d'ufficio, la regola da osservare era quella dell'art. 97 comma 5 c.p.p: trovandosi nell'impossibilità di adempiere il suo incarico, quindi in una situazione di «giustificato motivo», egli avrebbe dovuto avvisare immediatamente l'autorità giudiziaria affinché si

---

[2] Come noto, il difensore, tanto di fiducia (art. 96 c.p.p.) – chiunque sia l'assistito: imputato, persona sottoposta alle indagini, altre parti private (parte civile, responsabile civile e civilmente obbligato per la pena pecuniaria), enti e associazioni rappresentativi degli interessi lesi dal reato, persona offesa – quanto d'ufficio, dell'imputato e della persona sottoposta alle indagini (art. 97 c.p.p.), può nominare un sostituto (art. 102 comma 1 c.p.p.), che eserciterà i diritti e assumerà gli obblighi del difensore originario (art. 102 comma 2 c.p.p.). Per un commento in merito, si rinvia a PROCACCIANTI, *sub* art. 102, in CONSO-ILLUMINATI, *Commentario breve al codice di procedura penale*, Cedam, 2015, p. 321 ss.; SCALFATI, *sub* art. 102, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di Giarda e Spangher, Ipsoa, 2010, p. 1077 ss.; RICCI, *Il difensore*, in Spangher, *Trattato di procedura penale*, vol. I-*Soggetti e atti*, tomo I-*I soggetti*, a cura di Dean, Utet, 2009, p. 788 ss.

provvedesse alla sostituzione (art. 30 comma 3 disp. att. c.p.p.)[3]. Nel caso della nomina fiduciaria, invece, il difensore «*avrebbe potuto e dovuto mantenere contatti con il proprio assistito e suggerirgli di scegliere altro legale in grado di assisterlo adeguatamente nel giudizio di legittimità*».

**2. La sostituzione del difensore: a) Profili temporali.**

Il percorso argomentativo sviluppato nell'ordinanza di rimessione viene decisamente demolito dalle Sezioni unite attraverso la confutazione dei tre *argumenta* adotti a suo fondamento. Il primo a essere criticato è quello concernente la durata della sostituzione.

Nell'economia del ragionamento portato avanti dalla sezione rimettente assume, infatti, un certo peso il fatto che il sostituto agisca in vece del difensore principale, in forma estemporanea ed episodica, rimanendo dunque il sostituito il *dominus* della difesa. Ora, indiscusso il principio per cui resta inalterata la titolarità dell'ufficio di difesa in capo al difensore originario[4], le decisioni che si annotano puntualizzano come l'ancoraggio dell'istituto della sostituzione al caso di "impedimento" del difensore e a tutta la sua durata non sia più attuale. Indicativa, in proposito, la riforma della materia della difesa d'ufficio attuata con la legge 6 marzo 2001, n. 60[5]; provvedimento, quest'ultimo, che ha modificato l'art. 102 c.p.p., estendendo anche al difensore d'ufficio la possibilità di farsi sostituire e sopprimendo il riferimento all'impedimento quale presupposto della surrogazione[6]. Il risultato è che, oggi, la supplenza del sostituto rappresenta un'evenienza indipendente da un ostacolo del difensore titolare, quindi ammessa per l'intera durata del procedimento, che più correttamente s'inquadra in logiche di strategia difensiva, ben potendo il sostituto essere visto come collaboratore del sostituito.

Appropriato, in questa prospettiva, si profila il rilievo che le Sezioni unite fanno rispetto alla fisiologia della sostituzione nella difesa fiduciaria. Basta, in effetti, guardare al contenuto che nella prassi hanno gli atti di nomina per avere contezza di come l'assistito conceda al suo difensore una generalizzata facoltà di avvalersi di sostituti.

---

[3] Al di là dell'espressione «sostituzione», che rimanda a una situazione temporanea, la norma allude in realtà a una nuova investitura: il difensore d'ufficio impedito viene, infatti, dispensato dall'incarico. Va precisato che questa procedura, diretta alla rimozione del difensore d'ufficio originariamente designato, si attiva solo se quest'ultimo non ha nominato un sostituto.

[4] Cfr., per tutti, RICCI, *Il difensore*, cit., p. 793.

[5] Per un'analisi della legge, anche da un punto di vista critico, si rinvia a BENE, *Il difensore d'ufficio. Profili sistematici e prospettive di riforma*, Editoriale scientifica, 2012; v. anche DIPAOLA, *Difesa d'ufficio e patrocinio dei non abbienti nel processo penale*, Giuffrè, 2012.

[6] Sull'impedimento quale presupposto della sostituzione, v. CRISTANI, *sub* art. 102, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, vol. I, coord. da Chiavario, Utet, 1989, p. 467 ss. e FRIGO, *sub* art. 102, in Amodio-Dominioni, *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, vol. I, Giuffrè, 1989, p. 647 ss.

Diverso – si potrebbe replicare – il caso del patrocinio d'ufficio, a ragione dell'obbligatorietà e dell'immutabilità che connotano questo tipo di mandato. Eppure, per scelta legislativa, anche il difensore d'ufficio designato può nominare un sostituto e, nonostante tale facoltà sia normativamente ancorata all'impossibilità di adempiere l'incarico (artt. 97 comma 5 c.p.p. e 30 comma 3 disp. att. c.p.p.), vi è chi scorge in tale previsione spazio per surroghe a tempo indefinito (*id est*, per tutta la durata del procedimento)[7].

In sostanza, benché non si possa negare che la temporaneità sia insita nel concetto stesso di sostituzione, deve tuttavia ammettersi che tale aspetto non costituisca più elemento caratterizzante dell'istituto. Può notarsi, del resto, che in tal senso depone anche il dettato della legge professionale forense, là dove si prevede che l'avvocato possa nominare stabilmente uno o più sostituti, depositando la delega presso l'ordine forense di appartenenza (art. 14 l. 31 dicembre 2012, n. 247).

**3. Segue: b) Contenuti.**

Altro e successivo profilo di analisi è quello concernente la portata della disposizione secondo cui «il sostituto esercita i diritti e assume i doveri del difensore» (art. 102 comma 2 c.p.p.). Espressione, questa, che nella sua apparente semplicità ha condotto i giudici rimettenti a equivocare, ritenendo che nella *translatio* rientrino i limiti afferenti alla capacità a svolgere la professione forense. Ecco che, così ragionando, l'assenza per il difensore originario della qualifica di cassazionista e la conseguente impossibilità di presentare ricorso di legittimità diventano situazioni trasferibili in capo al sostituto, i cui poteri – *per tabulas* – derivano da quelli spettanti al difensore sostituito.

Trattasi di lettura interpretativa che le Sezioni unite respingono e lo fanno discorrendo dell'impugnazione dell'imputato e del suo difensore *ex* art. 571 del codice di rito. L'*iter* logico-argomentativo segue un'interessante e ragionata chiave di analisi. La riflessione, in particolare, s'incentra sulla norma che attribuisce al difensore dell'imputato, tale al momento del deposito del provvedimento o nominato appositamente, il diritto di impugnazione (art. 571 comma 3 c.p.p.). Se ne valorizza la natura di diritto proprio e autonomo. A questo proposito, l'autorevole Collegio richiama precedenti arresti giurisprudenziali che hanno così statuito: l'impugnazione è da ritenersi utilmente proposta anche quando sia il difensore sostituto ad attivarsi in tal senso, poiché essa si aggiunge a quella del difensore titolare[8]; l'impugnazione medesima, inoltre, fuoriesce dalla sfera dei poteri esercitabili dal difensore in virtù

[7] In questi termini, DELLA CASA- VOENA, *I soggetti*, in Conso-Grevi-Bargis, *Compendio di procedura penale*, VIII ed., Cedam, 2016, p. 145.

[8] Il principio – a partire da Cass., sez. un., 11 novembre 1994, Nicoletti, in *Cass. pen.*, 1995, p. 883 ss. – è successivamente ribadito in giurisprudenza: cfr., Cass., sez. V, 24 novembre 2014, n. 5620 e Cass., sez. V., 18 giugno 2010, n. 28530.

dell'art. 99 comma 1 c.p.p., che gli preclude diritti e facoltà riservati personalmente all'imputato, tra i quali appunto il diritto di impugnazione[9].

Il richiamo al panorama giurisprudenziale concernente i contenuti dell'intervento del professionista richiesto di sostituire il collega impedito, con riferimento al potere di impugnazione, consente di approdare alla conclusione seguente: «*la sussistenza in capo al difensore (pur privo della legittimazione a ricorrere in cassazione per il mancato titolo abilitativo) di un autonomo diritto di impugnazione rende ammissibile il ricorso per cassazione proposto da avvocato iscritto nell'albo speciale, nominato quale sostituto dal difensore di fiducia [o d'ufficio] dell'imputato non cassazionista. E ciò proprio in applicazione delle regole stabilite dall'art. 102 cod. proc. pen.*».

Con un *overturning* del pensiero espresso dai giudici rimettenti, le Sezioni unite stabiliscono pertanto che il difensore originario, di fiducia o d'ufficio, trasmette al sostituto il diritto di impugnazione, non anche il limite soggettivo della mancanza d'iscrizione nell'albo speciale dei cassazionisti; detto altrimenti, si cede il diritto ma non la legittimazione a svolgere il ruolo di difensore davanti alle magistrature superiori, data per l'appunto dall'iscrizione nell'albo speciale.

**4. Segue: c) Limiti.**

Tale approdo, del resto, si salda con il principio per cui il sostituto esercita i compiti affidatigli entro i limiti della propria abilitazione[10], con la precisazione che se deve svolgere attività presso la corte di cassazione ciò che conta è che risulti iscritto nell'apposito albo. Nel caso concreto, l'atto di ricorso risultava sottoscritto da un avvocato cassazionista; circostanza di fatto, quest'ultima, che ha portato il supremo Collegio a ritenere rispettata la previsione dell'art. 613 c.p.p. e, per tale via, superato anche l'ultimo tassello dell'interpretazione accolta nell'ordinanza di rimessione, secondo cui doveva essere cassazionista il difensore originariamente nominato o designato.

L'affermazione, d'altronde, si allinea alla giurisprudenza formatasi in argomento, compatta nel dichiarare inammissibile il ricorso per cassazione presentato dal difensore non iscritto nell'albo speciale[11]. Difatti, ciò che la legge richiede è la sottoscrizione dell'atto di ricorso da parte di professionista abilitato a farlo, poiché è così che si assicura all'imputato, e alle altre parti, il diritto a una difesa adeguata al livello di complessità delle questioni trattate in sede di legittimità. Pertanto non può ravvisarsi violazione dell'art. 613 comma 1 c.p.p. ogniqualvolta sia accertata la

---

[9] L'affermazione va ricondotta a Cass., sez. un., 11 luglio 2006, Lepido, in *Cass. pen.*, 2006, p. 4420, con nota di DIPAOLA, *Inammissibilità del ricorso per cassazione proposto dal difensore del latitante non «cassazionista»*.

[10] Cfr., QUATTROCOLO, *sub* art. 571, in CONSO-ILLUMINATI, *Commentario breve al codice di procedura penale*, cit., p. 2539.

[11] Sempre che non sia sottoscritto anche dall'imputato, poiché in questo caso è ammissibile; per una disamina della giurisprudenza, si rimanda a PIATTOLI, *sub* art. 613, in CONSO-ILLUMINATI, *Commentario breve al codice di procedura penale*, cit., p. 2738.

sussistenza in capo al difensore ricorrente del titolo abilitativo, a nulla rilevando, se sostituto, la qualifica professionale di colui che lo ha investito dell'incarico.

**5. *Favor impugnationis* e fattispecie concreta.**

Il valore della soluzione prospettata nelle decisioni in esame si coglie su diversi piani: anzitutto su quello della coerenza sistematica. L'interpretazione offerta dell'art. 102 c.p.p., tale da consentire al difensore impedito a proporre ricorso per cassazione per difetto di abilitazione *ad hoc*, la nomina di un sostituto "titolato", è senz'altro ispirata – nonostante manchi nelle motivazioni ogni riferimento in merito – al *favor impugnationis*, principio generale che governa tutti i mezzi di impugnazione.

In secondo luogo, l'importanza dell'esegesi in analisi affiora sul piano della sua funzionalità. Influente nella sua formulazione, il caso di specie: si trattava di presentare ricorso per cassazione contro un'ordinanza cautelare emessa a seguito di appello *ex* art. 310 c.p.p., quindi entro dieci giorni dalla notifica dell'avviso di deposito del provvedimento (art. 311 comma 1 c.p.p.). È evidente, considerata la brevità del termine per impugnare, come appaia efficiente il meccanismo della nomina di un sostituto e del tutto macchinoso, invece, il congegno stabilito dall'art. 30 comma 3 disp. att. c.p.p.: l'avvio di una procedura finalizzata a rimuovere il difensore d'ufficio carente dei requisiti per la sottoscrizione del ricorso per cassazione e a designarne un altro. Significativo, in proposito, rilevare che questo *iter*, ipotizzato come plausibile dalla sezione rimettente, sia dallo stesso legislatore previsto come sussidiario alla nomina di un difensore sostituto.

Infine, non sembra secondario sottolineare l'aspetto garantistico del principio proclamato nelle decisioni in commento. Il "farsi sostituire" si traduce, infatti, in un vantaggio per l'imputato: vale il rilievo per cui tra difensore principale, sia di fiducia sia d'ufficio, e sostituto nominato esiste un legame[12], per cui il sostituto sarà portato a svolgere il compito affidatogli con massima diligenza e il sostituito potrà esercitare un controllo sull'opera del primo, con conseguenti riflessi positivi in termini di effettività della difesa tecnica.

Inoltre, la sostituzione evita all'imputato (o indagato) di procedere a una nuova nomina in momenti "delicati" del processo. Anche qui, lasciando da parte l'idea caldeggiata dai rimettenti (per i quali il difensore di fiducia non abilitato avrebbe dovuto sollecitare il proprio assistito alla nomina di un cassazionista), le Sezioni unite giungono a una conclusione condivisibile, poiché parametrata sul caso concreto: gli indagati, espulsi dal territorio nazionale, erano divenuti irreperibili.

[12] Sul rapporto che lega il sostituto al difensore di fiducia, v. già KOSTORIS, *Il «sostituto» del difensore di fiducia: limiti alla nomina*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1979, p. 308 s.