

**Cass. Sez. I Pen., 23 marzo 2020, n. 10565**

**(OMISSIS)**

**RITENUTO IN FATTO**

1. Con ordinanza depositata in data 28.6.2019 il Tribunale di sorveglianza di C. ha respinto la istanza presentata da Tizio e avente ad oggetto la concessione di misure alternative alla detenzione.
2. Ha proposto ricorso per cassazione il difensore di Tizio, denunciando la nullità del giudizio di primo grado, in quanto l'udienza si era tenuta nonostante il difensore del condannato avesse chiesto rinvio dell'udienza per impedimento professionale.
3. Il Procuratore generale ha chiesto il rigetto del ricorso, osservando che la norma di cui all'art. 420-ter, comma 5, cod. proc. pen., che riconosce alla parte il diritto al rinvio dell'udienza preliminare in caso di legittimo impedimento a comparire del difensore, non si applica ai procedimenti, diversi dall'udienza preliminare, che si svolgono con rito camerale. Ha aggiunto, con riferimento a diverso orientamento giurisprudenziale, che comunque l'applicabilità della norma menzionata al rito camerale, a partecipazione necessaria, disciplinato dall'art. 666 cod. proc. pen. è limitata al caso dell'impedimento del difensore per motivi di salute, e non anche all'ipotesi dell'impedimento del difensore per impegno professionale.

**CONSIDERATO IN DIRITTO**

Il ricorso è fondato e va pronunciato annullamento dell'ordinanza impugnata, con rinvio al Tribunale di sorveglianza di C. per nuovo esame.

1. L'unico motivo di ricorso denuncia la nullità dell'ordinanza impugnata, pronunciata all'esito di udienza tenuta in assenza del difensore di fiducia, che aveva chiesto rinvio per impedimento professionale, in quanto difensore di imputato in procedimento, per reati di criminalità organizzata, avanti la Corte di appello di C..

Il Tribunale di sorveglianza ha respinto la richiesta di rinvio per impedimento del difensore, " ... trattandosi ai udienza in camera di consiglio che non prevede la necessaria presenza del difensore di fiducia ...".

2. Innanzitutto, si deve rilevare l'erroneità dell'argomento posto dal primo giudice a fondamento della decisione di rigetto della richiesta di rinvio dell'udienza avanzata dalla difesa.

La norma di cui all'art. 678 cod. proc. pen., nel disciplinare il processo di sorveglianza, richiama l'art. 666 cod. proc. pen., che definisce un particolare procedimento in camera di consiglio caratterizzato dalla partecipazione necessaria, e non facoltativa, del difensore e del pubblico ministero, a differenza

da quanto previsto, in via generale, dall'art. 127 cod. proc. pen. per i procedimenti in camera di consiglio.

Peraltro, trattandosi di questione di diritto, va verificata la legittimità della decisione assunta, a prescindere dalla motivazione data dal giudice, e la questione posta con il ricorso, incentrata sulla applicabilità al rito camerale di cui all'art. 666 cod. proc. pen. della norma di cui all'art. 420-ter, comma 5, cod. proc. pen. - che riconosce il diritto al rinvio dell'udienza preliminare in caso di legittimo impedimento del difensore -, è controversa in giurisprudenza.

2.1. L'originaria impostazione del codice processuale dava rilievo ai motivi dell'assenza delle parti private e dei loro difensori solo nel procedimento di cognizione ordinario ( art. 486 cod. proc. pen.), e si era ritenuto che la relativa disciplina non fosse applicabile ai procedimenti in camera di consiglio, anche se a partecipazione necessaria del difensore e quindi nemmeno all'udienza preliminare (Sez. Un., 8/4/1998, Cerroni, Rv. 210796).

Con la novella di cui alla legge 16.12.1999, n. 479 l'istituto del legittimo impedimento a comparire delle parti è stato disciplinato direttamente con riferimento all'udienza preliminare (art. 420-ter cod. proc. pen.), e le norme processuali del giudizio di cognizione ordinario richiamano espressamente detta norma.

Si era ritenuto, comunque, che la disciplina di cui all'art. 420-ter cod. proc. pen. non fosse applicabile ai procedimenti in camera di consiglio, diversi dall'udienza preliminare, e ciò anche nel caso di procedimenti a partecipazione necessaria delle parti.

Questo orientamento era fondato sul dato letterale della normativa processuale: la norma di cui all'art. 127 cod. proc. pen., nel disciplinare il rito camerale a partecipazione facoltativa, dà rilievo al solo impedimento della parte privata che avesse chiesto di essere sentito personalmente, mentre l'art. 666 cod. proc. pen., che prevede rito camerale a partecipazione necessaria del difensore, non disciplina il caso dell'impedimento a comparire del difensore.

L'estensione dell'istituto dell'impedimento del difensore alla disciplina dell'udienza preliminare era motivato dalla nuova disciplina di quella fase processuale, che aveva assunto un ruolo maggiormente significativo. Diversamente, si riteneva, rispetto agli altri procedimenti in camera di consiglio, la cui disciplina il legislatore del 1999 non aveva innovato, nemmeno per quelli a partecipazione necessaria del difensore, pur trattandosi di elemento processuale in comune con l'udienza preliminare.

In particolare, con riferimento all'assenza del difensore nei procedimenti a partecipazione necessaria, si riteneva che il diritto di difesa fosse comunque garantito dall'obbligo per il giudice, ai sensi dell'art. 97, comma 4, cod. proc. pen., di nominare un sostituto al difensore assente ( Sez. Un., 27/06/2006, Passamani, Rv. 234146).

Con particolare riguardo ai procedimenti di esecuzione e di sorveglianza, si valorizzava la particolare pregnanza del principio della ragionevole durata del processo a fronte della condizione, di condannato, della parte privata di tali procedimenti (Sez. 1, 16/05/2017, Gualtieri, Rv. 271542; Sez. 1, 29/11/2017, Di Matteo, Rv. 273847).

2.2. Il richiamato orientamento negativo è stato, progressivamente, abbandonato dalla giurisprudenza.

2.2.1. Nello specifico caso dell'adesione del difensore alla astensione dalle udienze proclamata dagli organi di rappresentanza della categoria forense - che pur non concerne un caso di legittimo impedimento a comparire del difensore, ma il libero esercizio di un diritto con fondamento costituzionale, disciplinato dal codice di autoregolamentazione, fonte secondaria di diritto e produttiva di norme speciali rispetto al codice processuale -, consolidato è ora l'orientamento che riconosce il diritto della parte ad ottenere, anche nei procedimenti camerati, il rinvio dell'udienza (Sez. Un. 30/05/2013, Ucciero, Rv. 255346; Sez. Un. 27/03/2014, Lattanzio, Rv. 259926-259927; Sez. Un., 30/10/2014, Tibo, Rv. 263021; Sez. 5, 27/06/2019, Licenziato, Rv. 277315; Sez. 6, 12/11/2015, Marrone, Rv. 265487; Sez. 2, 22/10/2015, Pezzini, Rv. 265041; Sez. 1, 14/07/2015, Isola, Rv. 265257; Sez. 1, 7/5/2019, Zhorzholiani, Rv. 276993). La sentenza a Sezioni Unite Tibo ha esaminato - con un passaggio motivazionale espressamente valorizzato dal Procuratore generale nella sua requisitoria - il rilievo, sostenuto dall'orientamento avverso, secondo il quale vi sarebbe una irrazionale disparità di trattamento nel riconoscere il diritto della parte al rinvio dell'udienza nel caso di adesione del difensore alla astensione dalle udienze mentre, nei procedimenti camerati diversi dall'udienza preliminare, non è riconosciuto il legittimo impedimento a comparire del difensore.

Le Sezioni Unite hanno ritenuto non irragionevole la diversa disciplina a fronte della diversa ratio delle due fattispecie processuali - l'una, il legittimo impedimento a comparire del difensore, funzionale al diritto di difesa e che quindi " ... può essere diversamente modulato in considerazione del rito ...", e l'altra, l'adesione del difensore alla astensione dalle udienze, funzionale all'esercizio di un diritto costituzionale del difensore e disciplinato, nel bilanciamento con altri diritti fondamentali, dal codice di autoregolamentazione ed hanno aggiunto che " ... si potrebbe semmai porre un dubbio di incostituzionalità delle norme di legge che, nell'interpretazione assunta a diritto vivente, escludono rilievo al legittimo impedimento del difensore ..." .

2.2.2. Con specifico riferimento al giudizio di appello con rito camerale è stata affermata la rilevanza del legittimo impedimento a comparire del difensore (Sez. 6, 21/10/2015, Caramia, Rv. 266531).

In particolare, questa pronuncia ha dato atto del consolidato orientamento contrario, validato anche da ripetuti interventi a Sezioni Unite, e concernente ogni procedimento con rito camerale, sia quelli con partecipazione solo

facoltativa (come il giudizio ai sensi dell'art. 599 cod. proc. pen.) del difensore sia quelli a partecipazione necessaria (come nei procedimenti di esecuzione e di sorveglianza).

Pur tuttavia, si è ritenuto che la possibilità per il legislatore di diversamente articolare le forme di esercizio del diritto di difesa in relazione alle caratteristiche di ciascun modello procedimentale non possa, comunque, giustificare modalità che si risolvano in una sostanziale compressione del diritto di difesa, cui, per giurisprudenza costituzionale e convenzionale, deve essere assicurata la possibilità di un compiuto svolgimento.

La sentenza citata ha quindi valorizzato il dubbio di costituzionalità, riferito alla norma che, secondo l'interpretazione dominante in giurisprudenza, esclude la rilevanza del legittimo impedimento a comparire del difensore nei procedimenti in camera di consiglio, espresso dalla sentenza a Sezioni Unite Tibo, condividendolo, ma ritenendo di poterlo superare essendo possibile ( e quindi dovuta) una interpretazione delle norme processuali adeguatrice rispetto ai principi costituzionali sul diritto di difesa e sul diritto al contraddittorio nel processo.

Si è quindi osservato che l'espresso riconoscimento del diritto del difensore di partecipare all'udienza e di rappresentare le ragioni a sostegno della difesa, attuato con norma a carattere generale per il rito in camera di consiglio dall'art. 127, comma 3, cod. proc. pen., presuppone il riconoscimento della rilevanza di tutte quelle situazioni che oggettivamente impediscono al difensore l'esercizio del menzionato diritto. Da qui la conseguente affermazione del principio della rilevanza dell'impedimento del difensore a comparire nel giudizio di appello con rito camerale.

La fondatezza di tali osservazioni è stata espressamente riconosciuta anche dalle Sezioni Unite (sentenza 21/07/2016, Nifo Sarrapochiello, Rv. 267747), che, in un caso che riguardava l'impedimento del difensore per motivi di salute, ha affermato l'applicabilità dell'art. 420-ter cod. proc. pen. anche al giudizio di appello nei procedimenti celebrati con rito abbreviato.

In particolare, viene ribadito che la mera facoltatività della presenza del difensore nel giudizio di appello con rito camerale significa solo che il difensore può scegliere se partecipare, o meno, all'udienza, ma tale facoltà non determina la irrilevanza dell'impedimento a comparire del difensore che abbia scelto di partecipare all'udienza.

2.2.3. Si è poi affermato l'orientamento secondo il quale, non solo nel rito camerale di appello ma anche, nel rito camerale a partecipazione necessaria, e dunque anche nei procedimenti disciplinati dall'art. 666 cod. proc. pen., si applica l'art. 420-ter cod. proc. pen., con conseguente rilevanza dell'impedimento a comparire per motivi di salute del difensore (Sez. 1, 3.5.2017, Recupero, Rv. 270343; Sez. 1, 17.7.2017, n. 14785/2018; Sez. 1, 7.2.2019, Ferretti, Rv. 275329; Sez. 1, 4.7.2019, Longo, Rv.277310). 3. Questo

collegio, cui è posta la questione concernente la rilevanza dell'impedimento a comparire all'udienza del difensore dovuto a concomitante impegno professionale, ritiene che, anche nella fattispecie in esame, debba essere superato l'orientamento negativo.

3.1. La sentenza a Sezioni Unite Passamani (27.6.2006, Rv. 234146) aveva espressamente considerato il caso dell'impedimento del difensore dovuto a concomitante impegno professionale, ed aveva confermato il più generale orientamento nel senso della non rilevanza dell'impedimento a comparire del difensore, per qualsiasi ragione, nei procedimenti camerali diversi dall'udienza preliminare.

In particolare, veniva evidenziato che, nella considerazione dei principi sulla ragionevole durata del processo e sul contraddittorio processuale, il legislatore poteva prevedere diversi modelli processuali sia nel processo di cognizione sia nei procedimenti incidentali e in quelli di esecuzione, sorveglianza e prevenzione, e quindi anche diversamente modulare l'esercizio del diritto di difesa.

Veniva anche valorizzato l'obbligo per il giudice, nei procedimenti a partecipazione necessaria del difensore, di provvedere, nei casi di assenza del difensore, alla nomina di altro difensore come sostituto di udienza: " ... proprio la figura del sostituto, il quale esercita i diritti e assume i doveri del difensore, assicura la pienezza della difesa ...".

Le Sezioni Unite, quindi, osservato che non vi erano dubbi sulla costituzionalità della differenziazione di modelli processuali e quindi di una diversa modalità della partecipazione difensiva al procedimento, e che dalla giurisprudenza convenzionale non erano ricavabili indicazioni vincolanti nella disciplina processuale del diritto di difesa, avevano quindi concluso nel senso che l'interprete doveva prendere atto della scelta operata dal legislatore, nella disciplina dei procedimenti camerali, di non dare rilievo all'impedimento del difensore.

3.2. Il collegio, innanzitutto, rileva che il sostituto del difensore non comparso in udienza, nominato ai sensi dell'art. 97, comma 4, cod. proc. pen., non ha diritto ad un termine per preparare la difesa, e quindi l'obbligo di provvedere alla nomina di un sostituto al difensore assente assicura alla parte processuale assistenza tecnica nell'udienza, ma non garantisce alla parte il pieno esercizio del diritto di difesa, assicurato solo da un difensore che abbia potuto adeguatamente preparare il proprio intervento.

Preso atto della non equiparabilità, quanto alla tutela del diritto di difesa, tra il difensore della parte e il sostituto nominato ai sensi dell'art. 97, comma 4, cod. proc. pen., consegue che le finalità che il legislatore ha voluto conseguire nel prevedere la partecipazione del difensore nell'udienza non sono assicurate dalla obbligatorietà di nomina, da parte del giudice, di un sostituto presente in udienza.

E la giurisprudenza, come visto, già è giunta ad affermare il diritto del difensore, impedito a comparire per motivi di salute, ad ottenere il rinvio dell'udienza anche nei procedimenti camerati.

Si deve poi rilevare che la citata sentenza della Sezione Sesta, Caramia aveva esaminato il caso di un impedimento a raggiungere la sede del Tribunale per l'imprevedibile sospensione dei collegamenti aerei. Ritiene quindi il collegio che non abbia fondamento una diversa disciplina dell'impedimento determinato da concomitante impegno professionale, che sia qualificabile, alla stregua dei criteri da tempo affermati dalla giurisprudenza (Sez. Un., 27/03/1992, Fogliani, Rv. 190828; Sez. Un., 25/06/2009, De Marino, Rv. 244109; Sez. Un., 18/12/2014, Torchio, Rv. 262912) " legittimo impedimento "a comparire.

La giurisprudenza, infatti, ha fissato i criteri idonei ad assicurare, da una parte, che il concomitante impegno professionale determini un impedimento oggettivo alla comparizione e, dall'altra, che la richiesta non sia pretestuosa o dilatoria. Il collegio quindi ritiene che in tutti i casi in cui l'ordinamento prevede, anche solo come facoltativa, la presenza in udienza del difensore, questi, se legittimamente impedito a comparire abbia diritto a ottenere il differimento dell'udienza.

Le diverse ragioni di impedimento, se tali da farlo qualificare come legittimo, non giustificano una diversa disciplina processuale, in quanto comune è il dato della obiettiva impossibilità a che il diritto di difesa possa essere esercitato con la modalità, scelta dal legislatore, della personale presenza del difensore all'udienza ove si attua il contraddittorio processuale.

Il Collegio quindi ritiene che debba essere affermato il principio di diritto secondo il quale " La norma di cui all'art. 420-ter, comma 5, cod. proc. pen. si applica anche nel procedimento di cui all'art. 666 cod. proc. pen., e quindi anche nel procedimento di sorveglianza, e anche nel caso di impedimento del difensore per concomitante impegno professionale".

4. Va dunque pronunciato annullamento dell'ordinanza impugnata, in quanto pronunciata all'esito di udienza tenuta nonostante il documentato impedimento del difensore di fiducia, impegnato nella difesa di un imputato in procedimento di criminalità organizzata, in grado di appello, con n. 44 imputati, alcuni dei quali in stato di custodia cautelare.

Va disposto rinvio al Tribunale di sorveglianza di C. perché provveda a rinnovare l'udienza, in contraddittorio con le parti, per l'esame della istanza presentata da Tizio.

P.Q.M.

Annulla la ordinanza impugnata con rinvio al Tribunale di sorveglianza di C.per nuovo esame.

Così deciso il 16 gennaio 2020.