

## MANCATA SOSTITUZIONE DEL DIFENSORE D'UFFICIO CHE ABBA ABBANDONATO LA DIFESA E REGIME DELL'INVALIDITA': EQUIVOCI GIURISPRUDENZIALI DA CHIARIRE

di *Marcello Busetto*

(*Ordinario di diritto processuale penale nell'Università di Trento*)

Sommario: 1. Il problema. – 2. Percorsi giurisprudenziali. – 3. Nullità, finalmente. – 4. Residue incertezze da dissipare: nullità assoluta.

1. C'è un nodo ancora irrisolto, a proposito della disciplina della difesa d'ufficio e delle prescrizioni processuali che servono a garantirne l'effettività. La scelta codicistica di affermare in modo molto netto il principio di immutabilità del difensore designato secondo le regole automatiche dettate dall'art. 97 co. 2 Cpp, prevedendo che il giudice non possa rimuoverlo dall'incarico ricevuto, neppure quando egli abbia mostrato il più totale disinteresse per la difesa, è stata ragionevolmente ridimensionata da dottrina e giurisprudenza, anche sull'onda degli impulsi provenienti dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. Si è così consolidata una particolare interpretazione dell'art. 97 co. 4 Cpp, secondo cui, quando si debba compiere un atto in cui è necessaria la partecipazione del difensore e quello nominato d'ufficio, pur ritualmente avvisato, non sia comparso, occorre distinguere: se si tratta d'una assenza, per così dire, momentanea, gli si deve nominare un semplice sostituto *ad acta*, per l'appunto secondo quanto prevede l'art. 97 co. 4 Cpp; se invece l'assenza è indicativa d'un abbandono definitivo della difesa, il giudice deve provvedere a nominare un nuovo difensore, in base ai co. 1 e 5 dello stesso art. 97 Cpp<sup>1</sup>: e ciò si verifica quando non risulta che il patrono originario abbia in precedenza «esercitato effettivamente il suo ufficio» o «svolto alcuna incombenza difensiva in favore dell'imputato»<sup>2</sup>.

Manca però chiarezza su quali siano le conseguenze che debbano discendere dall'omessa nomina *ex novo*, in quest'ultimo caso. Eppure, si tratta d'un aspetto di forte rilievo, cui pare opportuno dedicare qualche riflessione, anche alla luce di alcune recenti pronunce dell'organo nomofilattico. Non foss'altro per evidenziare come la materia della difesa d'ufficio, per quanto trascurata negli attuali cammini di riforma ad

---

<sup>1</sup> T. Bene, *Il difensore d'ufficio. Profili sistematici e prospettive di riforma*, Napoli 2012, 174; P. Bronzo, sub art. 97 Cpp, in *Codice di procedura penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, a cura di G. Lattanzi, E. Lupo, Milano 2003, 1124; R. Casiraghi, *Sostituto del difensore assente e termini per la difesa*, in *IP* 2007, 364; G. De Roberto, *Sul diritto al termine a difesa per il difensore d'ufficio nominato nel corso dell'udienza*, in *GI* 1998, 2150. In altri termini, il riferimento all'abbandono della difesa, contenuto nell'art. 97 co. 4 Cpp, viene inteso nel senso di abbandono "temporaneo", suscettibile di essere colmato con la sostituzione altrettanto temporanea prevista dalla stessa norma; l'abbandono "definitivo" viene invece assimilato alle ipotesi in cui l'imputato sia rimasto privo del difensore, che dunque va sostituito in via definitiva, secondo la disciplina degli artt. 97 co 1 e 5, e 108 Cpp

<sup>2</sup> Cass. 25.10.2000, Picchi, in *CEDCass*, m. 218658. In senso conforme, con formule identiche o analoghe, v. ad es. Cass. 15.12.2001, Lu Zhong, *ivi*, m. 221520; Cass. 7.6.2005, Vitale, *ivi*, m. 231816; Cass. 28.5.2009, Cedrangolo, *ivi*, m. 243820; Cass. 21.11.2017, Buhai, *ivi*, m. 272052; Cass. 23.2.2018, Esposito, *ivi*, m. 272603.

ampio spettro del sistema penale, sia ancora gravata da zone oscure ed incertezze, a dispetto del suo straordinario rilievo come tassello fondamentale d'una giustizia che aspiri ad essere, non solo efficiente, ma anche effettiva.

2. Nella giurisprudenza di legittimità, la questione è emersa di sbieco. L'orientamento incline alla distinzione poc'anzi richiamata s'è infatti sviluppato soprattutto intorno alla disciplina delle notificazioni al difensore: ci si domandava se fosse regolare quella effettuata al patrono nominato in udienza come sostituto ex art. 97 co. 4 Cpp, al posto del difensore d'ufficio originario che non si fosse presentato. Molte sentenze hanno risposto affermativamente, purché appunto quello primigenio fosse rimasto inerte: in tal caso, s'intende che il secondo fosse stato nominato stabilmente e a lui spettassero le notifiche successive<sup>3</sup>.

Dunque, in questa prospettiva, veniva in considerazione la legittimità, non già la doverosità della sostituzione definitiva del legale, cosicché quest'ultimo problema era potuto rimanere sottotraccia, insieme alle implicazioni ulteriori sul piano del riconoscimento del diritto al termine a difesa ex art. 108 Cpp al nuovo difensore, subentrato a quello non comparso rimasto inattivo<sup>4</sup>.

Poi c'è stato un precedente importante: una decisione di merito è stata impugnata, non già lamentando l'avvenuta sostituzione definitiva del patrono originario, ma la sua *mancata sostituzione*. Il patrono inizialmente officiato non s'era presentato in udienza e, nonostante la sua pregressa inerzia, si era provveduto a nominare un sostituto temporaneo; anzi, più sostituti, dato che l'assenza si era protratta per tutte le udienze in cui s'era sviluppato il dibattimento, evidenziando ulteriormente l'attitudine rinunciataria del difensore titolare. Di qui il ricorso, basato anche su un notissimo arresto della Corte europea dei diritti umani, la quale – anni prima – aveva ravvisato, in una vicenda analoga, una violazione da parte dell'Italia dell'art. 6 § 3 lett. c Cedu, per via della omessa attivazione dell'autorità procedente, finalizzata a garantire la nomina d'un difensore stabilmente incaricato e – con essa – l'effettività della difesa, irrimediabilmente compromessa dalla c.d. "girandola dei sostituti"<sup>5</sup>. E di qui l'annullamento della sentenza di merito, pronunciato però sulla base d'un (discutibile) aggancio diretto alla Convenzione europea ed al *leading case* appena richiamato. L'annullamento, infatti, è stato dichiarato non per violazione dell'art. 97 Cpp (e cioè per l'omessa sostituzione definitiva del patrono, secondo le scadenze e le distinzioni invalse nell'interpretare quest'ultima norma), ma direttamente per violazione del diritto a una difesa effettiva quale garantito dalla Convenzione europea, nelle

<sup>3</sup> Cfr., ad es., Cass. 17.3.2005, Koseni, in *CEDCass*, m. 231581; Cass. 28.5.2009, Kamal, *ivi*, m. 243820; Cass. 7.6.2005, Vitale, *cit.*; Cass. 21.11.2017, Buhai, *cit.*

<sup>4</sup> È noto che una linea giurisprudenziale ormai granitica, avallata dal giudice delle leggi, nega che il sostituto processuale del difensore goda del diritto al termine a difesa, quand'anche nominato d'ufficio secondo l'art. 97 co. 4 Cpp. Cfr., fra molte altre, Cass. 22.4.2010, Sanità, in *CEDCass*, m. 247419; Cass. 6.11.2013, Morelli, *ivi*, m. 258715; Cass. 19.11.2014, Margherita, *ivi*, m. 262847. Sul fronte della giurisprudenza costituzionale, v. C. cost., 16.12.97 n. 450, nonché ord. 4.5.1998 n. 162 e ord. 11.1.2006 n. 17.

<sup>5</sup> C. eur., 27.4.2006, *Sannino c. Italia*.

specificazioni concretamente declinate dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo<sup>6</sup>.

In questo quadro si collocano due pronunce, relativamente recenti. Si trattava, ancora una volta, di vicende analoghe a quella finita sotto i riflettori della Corte europea, a fronte delle quali gli imputati, peraltro giudicati in assenza, forti del precedente interno che aveva recepito in via diretta il *dictum* dei giudici sovranazionali, avevano battuto la strada dell'incidente ex art. 670 Cpp, chiedendo la rimozione del giudicato iniquo. La Corte di legittimità ha rigettato i ricorsi contro il diniego opposto dai giudici dell'esecuzione<sup>7</sup>. Quel che in questa sede preme rilevare è che l'esito è dipeso non già dall'aver escluso qualsiasi violazione del diritto di difesa, ma dall'aver ricondotto tale violazione al campo delle nullità, insuscettibili di essere fatte valere *post rem iudicatam*, quand'anche relative ad un processo celebrato *in absentia*<sup>8</sup>. Più precisamente, leggiamo nelle motivazioni che il «mancato esercizio da parte del giudice di merito del potere di sostituzione definitiva del difensore d'ufficio ex artt. 97 co. 1 e 5 Cpp e 30 NAttCpp, in luogo dell'adozione, in occasione di singoli incombenti, di plurimi provvedimenti di sostituzione con difensori immediatamente reperibili a norma dell'art. 97 co. 4 Cpp» non «configura una ipotesi di iniquità del processo svoltosi nei confronti dell'imputato assente», tale da determinare «la non esecutività della sentenza di condanna», ma va piuttosto inquadrato in termini di «nullità di ordine generale a regime intermedio»<sup>9</sup>.

---

<sup>6</sup> Cass. 15.5.2013, Pizzuto, in *CEDCass*, m. 257061. L'annullamento viene esplicitamente collegato ad una «lesione del diritto di difesa, quale garantito [...] dall'art. 6 § 3 CEDU» e ad una «radicale violazione di diritti fondamentali, riconducibili al concetto di equo processo (cfr. C. eur., Sannino c. Italia del 27 aprile 2006)». L'appoggio immediato alla Convenzione ed alla giurisprudenza di Strasburgo non potrebbe essere più esplicito.

<sup>7</sup> Cass. 18.12.2019, Piccolo, in *CEDCass*, m., 277822; Cass. 23.6. 2020, Barsotti, *ivi*, m. 279320.

<sup>8</sup> Il punto è stato chiarito da Cass. S.U. 26.11.2020, Lovric, in *CEDCass*, m. 280931, secondo cui «le nullità assolute ed insanabili derivanti, in giudizio celebrato in assenza, dall'omessa citazione dell'imputato e/o del suo difensore, non sono deducibili mediante incidente di esecuzione, ai sensi dell'art. 670 Cpp, in ragione dell'intervenuto passaggio in giudicato della sentenza, salva restando la possibilità di far valere, attraverso la richiesta di rescissione del giudicato ai sensi dell'art. 629 *bis* Cpp, l'incolpevole mancata conoscenza della celebrazione del processo che si assuma derivata dalle nullità stesse». Pare verosimile che le sentenze che stiamo considerando, intervenute prima delle Sezioni unite, muovessero dall'orientamento rimasto poi minoritario: proprio l'idea che in dati casi le nullità assolute potessero essere fatte valere dall'imputato assente per via dell'art. 670 Cpp spiega l'inquadramento in termini di nullità a regime intermedio, di cui stiamo per riferire nel testo. Va peraltro ricordato che pure la Corte costituzionale, ancor più di recente, ha avuto modo di precisare, che l'impossibilità di «rilevare, in sede esecutiva, *errores in procedendo* e relative nullità verificatesi durante il processo», siano state esse «allegate e discusse dalle parti durante il processo stesso, ovvero rilevate per la prima volta dopo la formazione del giudicato», non è in contrasto con la Costituzione, perché il limite così imposto alla tutela dei diritti fondamentali sottostanti alle varie ipotesi di nullità si incarica di proteggere «l'interesse, di respiro costituzionale, all'efficiente, e ragionevolmente spedito, funzionamento della giustizia penale» (C. cost., 13.1.2022 n. 2, § 5.1.1).

<sup>9</sup> Cass. 18.10.2019, Piccolo, *cit.*, § 5.4.1; Cass. 23.6.2020, Barsotti, *cit.*, § 5.2. Per completezza, va rilevato che la Corte precisa che l'iniquità del giudicato «non si delinea qualora detta sostituzione definitiva non sia stata preventivamente sollecitata e la relativa omissione sia dedotta unicamente dinanzi al giudice dell'esecuzione, gravando sull'imputato, che abbia avuto conoscenza del processo e della nomina del difensore d'ufficio incaricato di assisterlo, l'onere di mettersi in contatto con quest'ultimo». Sotto questo profilo, la conclusione appare contraddittoria: fermo restando il problema dei rimedi, cui s'è accennato nella nota precedente, la giurisprudenza europea fa discendere l'iniquità del giudicato per violazione dell'art. 6 § 3 lett. c Cedu dalla omessa sostituzione del legale che si sia macchiato di una negligenza manifesta «o» sufficientemente segnalata (questa la formula ricorrente, a partire da C. eur., 13.5.1980, *Artico c. Italia*): quando si tratti di negligenza

Se la riconduzione all'ambito delle nullità *ex art. 178 lett. c Cpp* pare corretto, non si può dire altrettanto della conclusione in ordine al regime intermedio. Vediamo separatamente.

3. Che di nullità si tratti, pare fuori discussione. Per dire meglio, ciò di cui sarebbe lecito dubitare è che l'art. 97 Cpp possa essere interpretato nel senso che il giudice abbia il potere di discernere tra abbandono momentaneo e definitivo della difesa e non debba invece limitarsi a nominare un semplice sostituto processuale in ogni caso: s'è anzi accennato in apertura che, a rigore, il codice parrebbe ispirato a un rigido principio d'immutabilità del difensore d'ufficio, salve restando le eventuali conseguenze disciplinari della diserzione<sup>10</sup>. Se però si compie il passo di ammettere una distinzione del genere, come ha fatto l'unanime giurisprudenza e la gran parte della letteratura, la fattispecie dell'abbandono definitivo non può che refluire nell'ambito dell'ipotesi considerata dal co. 1 dello stesso art. 97, relativa all'imputato «rimasto privo» del difensore, ciò che fa scattare il dovere del giudice di nominargliene uno *ex novo*; dovere pacificamente sanzionato, in caso d'inosservanza, dall'art. 187 lett. c Cpp. Semmai il problema che si pone è un altro, e riguarda la diagnosi del carattere definitivo di tale abbandono. Da questo punto di vista, infatti, restano incertezze, perché esiste un filone giurisprudenziale che ha collegato la rimozione del difensore inerte alla mera mancata pregressa attivazione, a prescindere dal compimento di atti cui egli avrebbe avuto il dovere di partecipare<sup>11</sup>: si tratta d'una conclusione criticabile perché la semplice inerzia non sembra un dato sufficiente, anche sul piano empirico, a far presumere una radicale rottura del rapporto difensivo e può acquistare valore sintomatico solo se collegata a quell'ulteriore elemento (assenza ingiustificata ad un atto in cui la sua presenza sarebbe stata necessaria), ossia mutuando – sotto questo profilo – il campo applicativo dell'art. 97 co. 4 Cpp. Eppure, l'interpretazione largheggiante è piuttosto diffusa, sicché sarebbe forse opportuno un intervento chiarificatore in sede legislativa. Torneremo in seguito su questo punto, perché – per ora – preme ribadire il rilievo iniziale: quale che ne sia la portata, una volta che si

---

manifesta, resta dunque irrilevante la mancata sollecitazione da parte dell'interessato, come affermato chiaramente proprio nella “sentenza Sannino” in cui l'imputato, addirittura presente, non aveva comunque assunto iniziative volte alla nomina d'un nuovo difensore (C. eur., 27.4.2006, *Sannino c. Italia*, cit., § 51). Va da sé che questa implicazione (irrilevanza della mancata sollecitazione) si guadagna con facilità se si inquadra – più correttamente – il fenomeno nell'ambito della nullità per violazione dell'art. 97 co. 1 e 5 Cpp: quando l'imputato risulti privo del difensore, il giudice ha il dovere di provvedere alla nomina a prescindere da qualsiasi iniziativa dell'interessato, se quest'ultimo non nomina un legale di fiducia.

<sup>10</sup> Per questa lettura, sia pure con qualche temperamento, v. ad es. G. Frigo, *Difensore*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, a cura di E. Amodio-O. Dominioni, Milano 1989, 681 ss.; nonché – volendo – M. Busetto, *Controlli giudiziali sulla qualità della difesa tecnica*, Padova 2017, 98 ss. Va da sé che simile impostazione avrebbe dovuto accompagnarsi ad una adeguata valorizzazione del ruolo e dei poteri del sostituto processuale *ex art. 97 co. 4 Cpp*, sia sul piano del diritto al termine a difesa, sia più in generale. La prassi ha invece sminuito al massimo questa figura, intendendo la sua funzione come strettamente limitata al singolo atto che di volta in volta ne ha occasionato la nomina, oltre che negandogli – lo si è detto – il diritto *ex art. 108 Cpp*.

<sup>11</sup> In questa linea, è stato ritenuto legittimo – ad esempio – che l'avviso di conclusione delle indagini sia notificato a un difensore d'ufficio diverso da quello designato in occasione di un anteriore atto garantito, quando quest'ultimo non abbia compiuto alcuna attività (Cass. 8.1.2009, Ren, in *CEDCass*, m. 242668; Cass., 13.1.2006, Rejewski, *ivi*, m. 233576; Cass. 11.5.2004, Fiderio, *ivi*, m. 228974; Cass. 2.12.2004, Bouizgarane, *ivi*, m. 230651).

ricostruisca l'abbandono irreversibile della difesa come fatto giuridico idoneo a determinare il venir meno del rapporto difensivo, la mancata nomina d'un nuovo avvocato pare senz'altro destinata a generare le conseguenze invalidanti prefigurate dall'art. 178 del codice.

Discutibile e fuorviante sarebbe, invece, ricollegare tali conseguenze direttamente alla violazione dei parametri elaborati dalla giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo a proposito dell'effettività della difesa d'ufficio, come aveva fatto in un primo tempo la Corte di cassazione. Discutibile, perché non pare che la violazione dei principi della Cedu, quali risultano dalle interpretazioni che ne danno i giudici sovranazionali, possa integrare di per sé una causa d'invalidità<sup>12</sup>. Fuorviante, perché questo inquadramento non offrirebbe tutela migliore o più avanzata al diritto di difesa: sembra infatti ormai assodato – anche alla luce dei più recenti orientamenti delle alte Corti – che neppure la violazione dell'art. 6 Cedu rilevata a Strasburgo possa scalfire il giudicato, al di là dei confini del medesimo processo dichiarato iniquo e dei presupposti della “revisione europea”<sup>13</sup>; d'altra parte, se anche ci si volesse spingere ad affermare il contrario, tale effetto non potrebbe che restare circoscritto a casi identici o comunque del tutto simili a quelli oggetto di censura; cosa che confinerebbe l'invalidità di cui stiamo discutendo ad un ambito molto limitato, oltre che dai contorni incerti, coincidente per l'appunto con l'ipotesi di *plurime* nomine provvisorie in sostituzione d'un difensore d'ufficio ormai delegatosi e di “supplenti” a loro volta rimasti inattivi (ammesso e non concesso che nel “caso Sannino” la condanna dell'Italia non fosse dipesa da ulteriori elementi di specificità della vicenda<sup>14</sup>). Questo, a meno di voler ricondurre nell'alveo dell'invalidità ogni ipotesi di contrasto con il principio astrattamente distillato dalla Corte europea dall'art. 6 § 3 lett. c Cedu, con la conseguenza che cadrebbero nel nulla tutti i processi in cui il giudice non abbia sostituito il legale d'ufficio incorso in una «negligenza manifesta o sufficientemente segnalata»<sup>15</sup>: ipotesi iperbolica, anche per via delle potenti minacce che così s'innescerebbero per l'indipendenza dell'avvocatura<sup>16</sup>.

In definitiva, dalla giurisprudenza europea può venire solo un argomento ulteriore a sostegno della riconducibilità, in via interpretativa, della sostituzione provvisoria del legale che abbia disertato in modo definitivo la difesa ad un *error in procedendo*

<sup>12</sup> Per alcune critiche all'idea di ricondurre all'art. 178 lett. c Cpp l'inosservanza dell'art. 6 § 3 Cedu, collocando quest'ultimo fra le «disposizioni concernenti l'intervento, l'assistenza o la rappresentanza dell'imputato», v. R.E. Kostoris, *Manuale di procedura penale*<sup>4</sup>, Milano 2017, 59 ss.; V. Manes, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma 2012, 80.

<sup>13</sup> Lo nega, incidentalmente, C. cost., 13.1.2022, n. 2, cit., con particolare riferimento all'art. 670 Cpp. Dal canto suo, l'ipotesi che la revisione europea sia accessibile anche ai c.d. fratelli minori non ha trovato accoglimento, in rapporto alle sentenze della Corte di Strasburgo che abbiano accertato violazioni dell'equo processo (cfr. Cass. 29.5.2014, Attanasio, in *CEDCass*, m. 261443; Cass. 23.9.2014, Guarino, *ivi*, m. 262639).

<sup>14</sup> In effetti, risulta dalla sentenza europea che al patrono designato d'ufficio era stato inviato l'avviso d'udienza, ma non l'atto di nomina e perciò l'indicazione dell'imputazione e dell'imputato cui esso si riferiva (C. eur., 27.4.2006, *Sannino c. Italia*, cit., § 8): si tratta di un elemento cui la Corte dà peso, nelle consuete valutazioni d'equità complessiva della procedura che caratterizzano il suo approccio.

<sup>15</sup> Cfr., fra molte, C. eur., 13.5.1980, *Artico c. Italia*, cit.; C. eur., 9.4.1984, *Goddi c. Italia*; C. eur., 19.12.1989, *Kamasinski c. Austria*; C. eur., 21.4.1998, *Daud c. Portogallo*; C. eur., 27.4.2006, *Sannino c. Italia*, cit.; C. eur. GC, 18.10.2006, *Hermi c. Italia*; C. eur., 9.4.2015, *Vamvakas c. Grecia*.

<sup>16</sup> Sul punto, rinvieremmo a M. Busetto, *op. cit.*, 170 ss.

rilevante ex artt. 97 co. 1 e 178 Cpp, non una soluzione o un rimedio alternativo a tale patologia. Non è comunque cosa da poco, specie se ne vengono colte con coerenza tutte le implicazioni.

4. Eccoci così al profilo forse più spinoso: nullità assoluta o “a regime intermedio”? La Cassazione – lo si è visto – ha risposto nel secondo senso, ma è lecito dubitare della correttezza di questa conclusione.

Come già evidenziato, il caso che interessa è quello della mancata sostituzione (definitiva) del difensore che abbia abdicato in modo non momentaneo alla funzione, rispetto ad un atto in cui la sua presenza sia necessaria: la nomina d'un sostituto *ad acta* esclude che ricorra l'ipotesi della «assenza» del legale ex art. 179 Cpp?

Sappiamo che le Sezioni unite, dopo lunghe diatribe, hanno definitivamente chiarito un aspetto: la patologia evocata dalla formula dell'art. 179 Cpp non può essere confinata al caso, pressoché “di scuola” in cui l'atto necessariamente garantito venga compiuto senza la presenza di *qualsiasi* difensore; rilevano anche le ipotesi in cui non sia stata assicurata la presenza di *quel* difensore che l'imputato avesse nominato di fiducia o che gli fosse stato assegnato d'ufficio in precedenza (il «suo» difensore, secondo la lettera dell'art. 179 Cpp, opportunamente valorizzata dalle stesse Sezioni unite). Perciò, integra nullità assoluta anche il mancato o irrituale avviso al legale fiduciario (o già nominato d'ufficio), restando irrilevante la nomina d'un sostituto, la cui presenza rimane dunque inidonea a degradare il vizio al più blando regime dell'art. 180 Cpp<sup>17</sup>.

Il nostro caso, tuttavia, presenta un elemento di diversità: stiamo infatti considerando l'ipotesi in cui la nomina del sostituto *ad acta* abbia luogo quando il difensore “titolare”, regolarmente avvisato, non sia intervenuto, per aver abbandonato definitivamente la difesa. Eppure, se si ritiene che in casi del genere l'imputato sia «rimasto privo» del difensore (art. 97 co. 1 Cpp) – come abbiamo dato per presupposto, sull'onda della consolidata giurisprudenza – essi esibiscono analogie con altre eventualità, in cui la giurisprudenza ha concordemente riconosciuto una nullità assoluta: ci si riferisce soprattutto all'ipotesi in cui il giudice abbia provveduto a nominare un sostituto *ad acta* pur a fronte d'un legale di fiducia che abbia rinunciato al mandato<sup>18</sup>; quando ciò accada, pare in effetti incontestabile che si verifichi una radicale assenza della difesa, dato che l'idea stessa d'un sostituto processuale *ad acta* (un “supplente”) risulta logicamente correlata alla “esistenza” d'un titolare.

Proprio qui si colloca il principale argomento individuato dalle due sentenze più sopra richiamate a sostegno del carattere intermedio della nullità, che si collega alla specificità dell'ipotesi in cui si tratti proprio del difensore d'ufficio che abbia abbandonato la funzione. A differenza dalla difesa fiduciaria, quella d'ufficio è irrinunciabile: perciò, finché intervenga un provvedimento del giudice che dispensi il

<sup>17</sup> Cass. S.U. 26.3.2015, Maritan, in *CEDCass*, m. 263598: «l'omesso avviso dell'udienza al difensore di fiducia tempestivamente nominato dall'imputato o dal condannato, integra una nullità assoluta ai sensi degli artt. 178 co. 1 lett. c e 179 co. 1 Cpp, quando di esso è obbligatoria la presenza, a nulla rilevando che la notifica sia stata effettuata al difensore d'ufficio e che in udienza sia stato presente un sostituto nominato ex art. 97 co. 4 Cpp».

<sup>18</sup> Nel senso della nullità assoluta, Cass. 23.2.2018, Esposito, in *CEDCass*, m. 272603; Cass. 17.1.2011, Giaffreda, *ivi*, m. 250164; Cass. 20.10.2006, Rakocevic, *ivi*, m. 235399; Cass. 13.1.2005, Fumagalli, *ivi*, m. 231603.

legale designato dall'incarico, nominandone un altro *ex novo*, esiste pur sempre, almeno sul piano "formale", un difensore titolare dell'incarico, e ciò vale a escludere appunto il carattere assoluto della nullità, nel caso in cui il giudice – anziché nominare un nuovo legale – si limiti a provvedere secondo l'art. 97 co. 4 Cpp.

Benché il rilievo non sia privo di peso, esso pare eccessivamente formalistico e, tutto sommato, superabile.

Infatti, se dovessimo ragionare alla stregua della formale titolarità della funzione, a rigore anche la rinuncia alla difesa fiduciaria, non seguita dalla nomina di un nuovo difensore ma solo dalla designazione di un sostituto, non darebbe luogo a nullità assoluta, dato che la rinuncia «non ha effetto finché la parte non risulti assistita da un nuovo difensore» (art. 108 co. 2 Cpp): eppure, la giurisprudenza che ha concluso diversamente ha considerato questo argomento e l'ha ragionevolmente scartato, optando appunto per la nullità assoluta<sup>19</sup>. Ma non solo: seguendo fino in fondo l'impostazione qui criticata, la nullità assoluta sarebbe esclusa persino nel caso eclatante del difensore d'ufficio che, anziché dileguarsi, abbia esplicitamente rifiutato la difesa, noncurante delle conseguenze disciplinari del suo gesto; anche in questo caso, la titolarità della funzione rimarrebbe intatta, posto che appunto la difesa d'ufficio non è suscettibile né di rinuncia né di rifiuto, per così dire, *ab initio*: perciò l'eventuale illegittima nomina d'un sostituto *ad acta* sarebbe destinata, pure in questo caso, a generare solo le più blande conseguenze *ex art. 180 Cpp. Mutatis mutandis*, tornano alla mente gli scenari scoperti ormai più di quarant'anni or sono dalla Corte europea dei diritti umani, in una vicenda in cui i giudici nostrani (niente meno che la Corte di cassazione) s'erano trincerati dietro al principio di obbligatorietà della difesa d'ufficio per giustificare un pervicace rifiuto di assegnare un nuovo patrono a un imputato non abbiente cui il difensore aveva esplicitamente negato qualsiasi forma d'assistenza: era il "caso Artico", a fronte del quale fu inevitabile, per i processualisti italiani, farsi «rossi di vergogna, anzi paonazzi»<sup>20</sup>.

C'è quanto basta per concludere: una volta che si convenga che l'abbandono definitivo della difesa d'ufficio debba dar luogo alla nomina d'un nuovo difensore (e non già ad una – o più – semplici sostituzioni *ad acta*), occorre ammettere che l'eventuale inosservanza di tale dovere non solo sia causa di nullità, ma anche che si tratti di nullità assoluta. Perciò, la diversa conclusione (nullità a regime intermedio) desumibile dalle due sentenze della Corte di cassazione più sopra richiamate non pare condivisibile e va piuttosto ascritta al verosimile intento di frenare possibili implicazioni in termini di deducibilità (di tale vizio) addirittura *post rem iudicatam*, secondo l'art. 670 Cpp, dato che – prima del più recente intervento delle Sezioni unite – s'era talvolta ritenuto che l'imputato giudicato in assenza potesse far valere *in executivis* determinate ipotesi di nullità, purché di carattere assoluto<sup>21</sup>. Venuta meno

<sup>19</sup> Cass. 13.1.2005, Fumagalli, cit.; Cass. 20.10.2006, Rakocevic, cit.; Cass. 23.2.2018, Esposito, cit. *Contra*, ma isolatamente, Cass. 19.11.2015, Arnoldo, in *CEDCass*, m. 266052.

<sup>20</sup> Questo il memorabile titolo della chiosa di A. Pizzorusso a C. eur., 13.5.1980, *Artico c. Italia*, FI 1980, IV,147.

<sup>21</sup> Quest'ultimo indirizzo, per verità minoritario (v. ad. es. Cass. 27.11.2018, Viti, in *CEDCass*, m. 275380; Cass. 14.11.2019, Fabiani, *ivi*, m. 278441), è stato sconfessato da Cass. S.U. 26.11.2020, Lovric, cit., nei termini riportati *supra*, nota 8.

questa prospettiva, s'è per così dire squarciato il velo, mettendo a nudo la pochezza degli argomenti a sostegno di tale inquadramento (regime c.d. intermedio, appunto).

C'è dunque da sperare che venga messo da parte, facendo largo alla soluzione più coerente con la trama normativa e sistematica (nullità assoluta, appunto). Non si tratterebbe comunque d'un approdo di poco conto. Infatti, è vero che la mancata nomina d'un difensore stabilmente incaricato e il conseguente vuoto difensivo rimarrebbero, anche per questa via, coperti dal giudicato, sicché le relative doglianze, a quel punto, potrebbero semmai essere avanzate solo per le vie d'un apposito ricorso alla Corte europea<sup>22</sup>, persino nel caso di giudizio in assenza<sup>23</sup>; eppure il regime della nullità assoluta assicura comunque tutele significative: oltre alla rilevabilità anche *ex officio* in ogni stato e grado del procedimento, va rimarcata l'inapplicabilità dell'art. 182 co. 2 Cpp, che consente di schivare la sconcertante implicazione di fare ricadere sull'imputato, in ipotesi privo d'assistenza legale effettiva, la mancata attivazione del sostituto processuale volta ad eccepire il vizio, quale causa di sanatoria del vizio medesimo<sup>24</sup>.

Piuttosto, resta un rilievo, già in parte anticipato: la presa d'atto che si tratti d'una sanzione processuale così robusta (pur se destinata a rimanere confinata alla fase di cognizione) dovrebbe sollecitare chiarimenti a proposito del concetto di abbandono definitivo della difesa, cui è ancorato l'obbligo d'intervento giudiziale foriero di tali conseguenze, in caso di inosservanza; s'è visto quali incertezze gravino sulle elaborazioni giurisprudenziali, talvolta inclini a discutibili dilatazioni, con problematiche ricadute in termini di controlli giudiziali sulla funzione difensiva dai contorni eccessivamente ampi. Si tratta di indirizzi forse alimentati proprio dall'idea che la mancata sostituzione definitiva (con quanto ne segue sul piano del diritto al termine a difesa) non generasse conseguenze particolari o rimanesse confinata al campo delle nullità sanabili. Ad ogni modo – dato che così non è – sarebbe auspicabile un intervento legislativo, che riprendesse il fecondo dibattito intercorso a tal riguardo nei lavori preparatori del d.lgs. 30.1.2015 n. 6, attuativo della delega volta al riordino

<sup>22</sup> Per quanto l'assenza d'un apposito rimedio interno capace di travolgere il giudicato per il caso d'una condanna subita da un imputato sostanzialmente non difeso possa destare perplessità, vanno richiamati (anche qui) i rilievi che la Corte costituzionale ha comprensibilmente opposto all'idea di superare il principio secondo cui il tradizionale sbarramento valga anche per le nullità assolute (C. cost. 13.1.2022 n. 2, cit.): oltre a sottolineare l'esigenza di certezza e definitività delle decisioni (v. *retro* nota 8), la Consulta ha osservato che «ad arginare tale rischio non varrebbe, d'altra parte, il tentativo [...] di confinare l'eventuale rilevabilità di *errores in procedendo* in sede esecutiva a quelle sole violazioni di regole procedurali che ridondino in altrettante lesioni dei diritti fondamentali dell'imputato [...], giacché della gran parte delle nullità previste dal codice di procedura penale potrebbe parimenti predicarsi l'incidenza sul diritto alla difesa di cui all'art. 24 Cost., o comunque sui principi (e diritti fondamentali) inerenti al giusto processo di cui all'art. 111 Cost.».

<sup>23</sup> Salvo che ricorrano i presupposti della rescissione del giudicato *ex art.* 629 *bis* Cpp, come accade quando la nullità derivante dalla violazione delle garanzie difensive abbia determinato la mancata conoscenza incolpevole del processo (Cass., S.U. 26.11.2020, Lovric, cit.). Resta poi ferma la residua rilevanza dell'art. 670 Cpp laddove l'invalidità abbia inciso sulla esecutorietà del titolo, risolvendosi ad esempio in un vizio attinente alla notifica dell'avviso di ritardato deposito della sentenza secondo l'art. 548 co. 2 Cpp (cfr., ancora, Cass. S.U. 26.11.2020, Lovric, cit., § 8.4)

<sup>24</sup> Pare ovvio che questa strada (nullità assoluta appunto) renda irrilevante anche la mancata attivazione dello stesso imputato, in caso di sua presenza al processo, coerentemente con l'approccio, al riguardo, della Corte europea dei diritti dell'uomo (v. *retro*, nota 9).

della disciplina della difesa d'ufficio<sup>25</sup>, da cui erano provenute indicazioni degne di nota: oltre a codificare in modo esplicito l'assimilazione tra abbandono definitivo della difesa d'ufficio e nomina d'un nuovo legale, alcune proposte si preoccupavano anche di specificare il concetto, facendolo coincidere con la mancata comparizione senza giustificato motivo o legittimo impedimento ad un atto in cui sia necessaria la presenza del difensore<sup>26</sup>. Al netto di ogni possibile obiezione, restava lodevole l'intento di ancorare la nomina *ex novo* ad un parametro esatto e facilmente riconoscibile. Ci si deve dunque rammaricare che opzioni del genere siano state bruscamente scartate all'atto del varo del testo definitivo d'una riforma (della difesa d'ufficio) da molti giudicata troppo timida se non addirittura deludente<sup>27</sup>.

# ILP

---

<sup>25</sup> L. 31.12.2012 n. 247.

<sup>26</sup> In tal senso, v. ad es. il testo proposto dall'Unione delle Camere Penali, in cui si prevedeva l'introduzione del co. 4 *bis* dell'art. 97 Cpp, in cui si leggeva – fra l'altro – che il giudice «in caso di mancata comparizione del difensore di ufficio, senza giustificato motivo o legittimo impedimento» provvedesse alla «segnalazione dell'assenza» ed alla «nomina un altro difensore a norma dei commi 2 e 3» dello stesso art. 97 (*Relazione difesa d'ufficio per proposta di riforma*, in [www.camerepenali.it](http://www.camerepenali.it)). Per più ampi ragguagli su questa ed altre proposte analoghe, presentate nel corso dei lavori preparatori al decreto legislativo del 2015, v. M. Busetto, *op. cit.*, 125 ss.

<sup>27</sup> Così, T. Bene, *Una luce debolissima sulla rivalutazione culturale*, in *DPP* 2015, 238 ss.