

Il sostituto processuale e la costituzione di parte civile: le Sezioni Unite optano per la “terza via”.

di *Matteo Riccardi e Marta Berardi*

CASSAZIONE PENALE, SEZ. UN., 16 MARZO 2018 (UD. 21 DICEMBRE 2017), N. 12213
PRESIDENTE CANZIO, RELATORE ANDREAZZA, P.G. BALDI

Sommario: **1.** Premessa. – **2.** La pretesa risarcitoria del danneggiato, tra *legitimatio ad causam* e rappresentanza processuale. – **3.** La parte civile e i poteri del sostituto processuale: i precedenti giurisprudenziali. – **4.** Le Sezioni Unite e l’auspicabile bilanciamento tra “forma” e “sostanza” processuali. – **5.** Conclusioni.

1. Premessa.

Le Sezioni Unite si pronunciano, all’esito di un annoso dibattito giurisprudenziale e dottrinale, su uno dei profili più controversi in tema di ammissibilità della costituzione di parte civile nel processo penale¹.

Nel dettaglio, la Corte nella sua più autorevole composizione è stata chiamata a giudicare della problematica relativa alla legittimazione all’esercizio dell’azione civile in sede penale da parte del sostituto processuale del difensore del danneggiato, nella specifica ipotesi in cui nella dichiarazione resa dal predetto difensore ai sensi dell’articolo 102 c.p.p. sia conferita apposita procura in tal senso².

Già il provvedimento di rimessione aveva evidenziato come in seno all’elaborazione giurisprudenziale insistesse una netta divaricazione di vedute, la cui ricomposizione per via pretoria – in senso più o meno favorevole all’inserimento delle pretese civilistiche nella regiudicanda penale – è suscettibile di produrre effetti di non poco momento nell’ambito delle dinamiche processuali di contrapposizione tra il danneggiato e le parti portatrici di un interesse con esso confliggente (imputato e responsabile civile).

In questa direzione, l’intervento delle Sezioni Unite si prodiga nel tentativo di portare chiarezza nel *mare magnum* degli orientamenti giurisprudenziali che – facendo talora leva su argomentazioni del tutto originali – sono emersi in materia, optando per una soluzione di compromesso, idonea a garantire al contempo le

¹ [Cass., sez. un., 16 marzo 2018, n. 12213, Zucchi](#), in *questa Rivista*, 17 marzo 2018.

² Per l’ordinanza di rimessione, cfr. [Cass., sez. VI, ord. 27 ottobre 2017, n. 49527](#), in *questa Rivista*, 2 novembre 2017.

esigenze di riparazione del danno senza precludere il diritto a espletare una difesa, anche formale, da parte dell'imputato.

2. La pretesa risarcitoria del danneggiato, tra *legitimatio ad causam* e rappresentanza processuale.

Punto di partenza della disamina operata dalle Sezioni Unite è la ricognizione “pedagogica” della disciplina codicistica relativa alla parte civile e, in particolare, alle modalità di inserimento della pretesa civilistica all'interno della vicenda penale³.

Una sintetica rassegna dei passaggi normativi di maggior rilievo, almeno ai fini che qui interessano, appare senz'altro opportuna.

Com'è ben noto, la parte civile – intesa quale parte eventuale del processo che dà impulso all'azione civile per le restituzioni e il risarcimento del danno “da reato”, patrimoniale e non patrimoniale, tipizzati dall'articolo 185 c.p., nei soggetti del danneggiato ovvero dei suoi successori universali⁴ – può a tal fine decidere di costituirsi nel processo penale, qui esercitando quella stessa azione risarcitoria aquiliana o da fatto illecito che sarebbe autonomamente esperibile nel processo civile⁵, entro i limiti e secondo le scadenze dell'articolo 75 c.p.p.

Di fronte alla scelta del danneggiato di “deviare” l'azione civile dalla sede naturale, canalizzandola verso il processo penale, il Codice di procedura penale si premura di fornire una specifica disciplina degli elementi e degli adempimenti essenziali che simile atto deve rispettare, nell'ottica di superare il vaglio giudiziale di ammissibilità.

In proposito – come ben evidenziato dalle Sezioni Unite – snodo centrale della normativa in tema di costituzione di parte civile è la corretta distinzione tra i profili concernenti, rispettivamente, la titolarità del *diritto sostanziale* di matrice civilistica in capo al danneggiato (*legitimatio ad causam*, espressamente considerata dall'articolo 74 c.p.p.) e la *rappresentanza processuale* dello stesso (con riferimento alla rappresentanza tecnica necessaria, c.d. onere di patrocinio⁶, che trova disciplina comune a tutte le parti eventuali nell'articolo 100 c.p.p.)⁷.

Sotto il primo aspetto, l'azione civile di danno può essere esperita in sede penale – nel rispetto di quanto disposto dall'articolo 76 c.p.p. – secondo una duplice modalità, che lascia al danneggiato facoltà di costituirsi personalmente ovvero a mezzo di procuratore speciale.

³ Per una panoramica sulla disciplina codicistica dedicata alla parte civile e sulle principali problematiche applicative, cfr. Di Tullio D'Elisiis, *Il ruolo della parte civile nel processo penale*, Padova, 2017.

⁴ Sul tema, Di Chiara, voce *Parte civile*, in *Dig. disc. pen.*, vol. IX, Torino, 1995, 236.

⁵ Cass., sez. II, 18 dicembre 2013, n. 3958, in *Dir. & giust.*, 30 gennaio 2018, con nota di Ubaldi, *Condizionale subordinata al risarcimento e alle restituzioni: è necessaria la costituzione di parte civile*. Cfr. anche Comoglio, *L'azione civile nel processo penale e le strategie di tutela del diritto al risarcimento*, in *Nuova giur. comm.*, 2001, II, 169.

⁶ Cordero, *Procedura penale*, Milano, 2012, 303.

⁷ Cass., sez. VI, 8 marzo 1994, Spallanzani, in *Cass. pen.*, 1995, 12, 3398 ss.

In tale ultima ipotesi (costituzione a mezzo di procuratore speciale), la “prima” procura che il danneggiato intenda conferire – con cui è attribuita al procuratore (lo stesso difensore o un terzo) la capacità di essere soggetto del rapporto processuale, promuovendo l’azione risarcitoria in nome e per conto del danneggiato⁸ – trova una disciplina generale nel modello dell’articolo 122 c.p.p., il quale richiede che l’atto negoziale di rappresentanza volontaria debba essere rilasciato, alternativamente, per atto pubblico o per scrittura privata autenticata (in tal caso, ove la procura sia rilasciata al difensore, la sottoscrizione della procura può essere autenticata dal medesimo), indicando l’oggetto per cui essa è conferita e i fatti cui si riferisce.

Quale che sia l’opzione adottata, atto imprescindibile per rendere il danneggiato giuridicamente “presente” avanti al giudice penale – cioè legittimato a supportare la propria pretesa risarcitoria nei confronti dell’imputato e dell’eventuale responsabile civile – è la dichiarazione di costituzione di parte civile di cui all’articolo 78 c.p.p., contenente l’indicazione degli elementi che circoscrivono la pretesa del danneggiato, sotto il profilo soggettivo e oggettivo (cioè, la *causa petendi*, intesa quale «esposizione delle ragioni che giustificano la domanda»).

È altrettanto noto che il Codice di procedura penale preveda due distinte modalità di costituzione, potendo questa avvenire direttamente in udienza – sia essa l’udienza preliminare o dibattimentale, entro i termini decadenziali (anche probatori, pur “aggirabili” secondo consolidato *escamotage* giurisprudenziale⁹) dell’articolo 79 c.p.p. – mediante presentazione della dichiarazione ovvero anche fuori udienza, mediante deposito nella cancelleria del giudice e successiva notifica alle altre parti, adempimento formale cui è condizionata l’efficacia della costituzione medesima.

Quanto al profilo concernente la rappresentanza tecnica della parte civile, sia essa o meno anche persona offesa (che, dunque, potrebbe aver già nominato un difensore fin dalla indagini preliminari e, addirittura, nella fase di impulso pre-procedimentale), l’articolo 100 c.p.p. impone il conferimento di una “seconda” procura, nel caso di specie a favore del difensore, secondo modalità analoghe a quelle previste dalla “disciplina quadro” dell’articolo 122 c.p.p., la quale può essere apposta anche in calce o a margine della dichiarazione di costituzione.

⁸ Svariati, *Procuratore speciale, difensore e sostituto del difensore della parte civile*, in *Cass. pen.*, 1996, 5, 1534.

⁹ La giurisprudenza ammette ormai pacificamente che la persona offesa/danneggiata dal reato che intenda costituirsi parte civile in sede di udienza dibattimentale (ad esempio, in caso di citazione diretta a giudizio), al fine di rispettare la preclusione temporale relativa al deposito delle liste predibattimentali (articolo 468, comma 1 c.p.p., in riferimento alla decadenza dell’articolo 78, comma 3 c.p.p.), possa validamente assolvere l’onere di presentazione della lista testimoniale mediante il deposito, prima del termine di sette giorni antecedenti l’udienza, di una memoria ai sensi dell’articolo 90 c.p.p. e, una volta divenuta parte processuale a mezzo dell’atto di costituzione di parte civile, possa avvalersi del mezzo di prova già proposto (così, tra le altre, *Cass.*, sez. IV, 14 gennaio 2011, n. 4372, in *Guida dir.*, 2011, 25, 74; *Cass.*, sez. VI, 25 novembre 2010, n. 43211, in *Cass. pen.*, 2011, 11, 3932; *Cass.*, sez. V, 8 giugno 2005, n. 28748, Neroni, in *Cass. pen.*, 2006, 11, 3736; nella giurisprudenza di merito, *Trib. Biella*, 8 novembre 2012, in *Giur. mer.*, 2013, 2, 414).

L'atto in esame ha natura costitutiva dei poteri defensionali, come confermato dall'articolo 100, comma 4 c.p.p. per cui, in virtù di essa – replicando la disciplina della *procura ad litem* civilistica di cui agli articoli 83 e 84 c.p.c.¹⁰ – «il difensore può compiere e ricevere, nell'interesse della parte rappresentata, tutti gli atti del procedimento», a esclusione degli atti c.d. personalissimi e senza possibilità di disporre della *res litigiosa* a meno di specifico incarico in tal senso (eventualmente contenuto nella procura stessa).

Il sistema della “doppia procura”¹¹ in cui si condensa il binomio legittimazione ad agire/rappresentanza tecnica processuale è così strutturato – citando le stesse Sezioni Unite – da un lato, su di una «manifestazione di volontà della parte mediante la quale in capo al procuratore, cui viene conferito il mandato a costituirsi *in nome e per conto* proprio, si *devolve* la capacità di disporre delle *posizioni giuridico-soggettive del rappresentato*» e, dall'altro, su di un «mandato processuale di rappresentanza in giudizio», idoneo a conferire lo *jus postulandi*, ossia il potere di compiere e di ricevere tutti gli atti funzionali e necessari al dispiegamento dell'azione civile¹².

Il quadro codicistico appena descritto – nell'ambito del quale il legislatore ha facoltizzato la figura di un procuratore “sostanziale” del danneggiato accanto a un procuratore “processuale” necessario dello stesso – nella prassi è tuttavia generalmente ricondotto a unità mediante contestuale conferimento della duplice procura al difensore di fiducia, che, dunque, finisce per assumere un ruolo “anfibo”, cumulando nelle proprie mani le prerogative attinenti l'esercizio dell'azione civile e della difesa tecnica.

La bipartizione concettuale sopra illustrata, nondimeno, è suscettibile di ingenerare notevoli criticità applicative nel momento in cui il difensore con “doppia procura”, per le più varie e insindacabili ragioni, attribuisca il mandato difensivo a un sostituto processuale nominato ex articolo 102 c.p.p., “subdelegando” allo stesso anche la costituzione in giudizio della parte.

¹⁰ È assunto condiviso – e confermato dagli stessi lavori preparatori al Codice di procedura penale del 1988 – che la parte civile, così come le altre parti eventuali indicate nell'articolo 100 c.p.p., si muova nel processo penale nell'ambito, diretto o indiretto, di un contenzioso di natura civilistica. Sul punto, in dottrina, Cristiani, *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da Chiavario, vol. I, Bologna, 1989, 464.

¹¹ Sulla rilevanza della distinzione tra le due procure, cfr. Cass., sez. un., 19 maggio 1999, n. 12, Pediconi, in *Cass. pen.*, 2000, 5, 1143, con nota di Luzi, *Facoltà di disporre del diritto: mandato ad litem o procura speciale autenticata?*, e in *Giust. pen.*, 2000, III, 489, con nota di Varraso, *Vademecum delle Sezioni unite in materia di azione civile da reato nel processo penale*; Cass., sez. un., 18 giugno 1993, n. 8650, De Paoli, in *Cass. pen.*, 1994, 1, 45 ss., con nota di Taddeucci Sassolini, *Procura speciale a costituirsi parte civile e procura speciale ad litem: brevi osservazioni sul potere di autentica del difensore*, *ivi*, 1995, 2, 273, e, più recentemente, Cass., sez. un., 27 ottobre 2004, n. 44712, *ivi*, 2005, 2, 385, con nota di Vessichelli, *Quale procura per l'impugnazione del difensore della parte civile?*. Sul tema, adesivamente, in dottrina, Silvestri, *Parte civile e procure speciali per le impugnazioni*, *ivi*, 2003, 7-8, 2351; in senso contrario, seppur isolata, la tesi di Barbanente, *Note in materia di parte civile e procure speciali*, in *Ind. pen.*, 2002, 2, 819.

¹² Chiliberti, *Azione civile e nuovo processo penale*, Milano, 1993, 204, nota 55.

Ed è proprio sotto quest'ultimo profilo – venendo al “cuore” della questione controversa oggetto di analisi – che si pone il problema di determinare la latitudine dell'ambito applicativo del potere di sostituzione all'atto dell'esercizio dell'azione civile nel processo penale, in riferimento all'ampiezza più o meno accentuata dei poteri da riconoscere al difensore così designato e connessi con l'incarico ricevuto in via “mediata”, per il tramite del primo difensore, dal danneggiato.

3. La parte civile e i poteri del sostituto processuale: i precedenti giurisprudenziali.

La problematica accennata si è da sempre mostrata “aperta” alla pluralità degli approcci interpretativi, che, valorizzando ora la lettera della legge ora il dato sistematico, hanno variamente modulato le prerogative del sostituto processuale del difensore di parte civile.

Nel dettaglio, un primo orientamento giurisprudenziale – di maggior rigore – ha sostenuto che, nell'ipotesi in cui il difensore, cui il danneggiato abbia conferito *una* procura speciale per la costituzione in giudizio e *una* procura speciale per l'assistenza tecnica, nomini un sostituto processuale ai sensi dell'art. 102 c.p.p., a quest'ultimo sono trasferiti solo ed esclusivamente i poteri derivanti al difensore dal mandato alle liti (la c.d. rappresentanza processuale), non invece i poteri di natura sostanziale, quale appunto la prerogativa di costituirsi parte civile¹³: ciò sul presupposto che, essendo suscettibili di delega solo i poteri di natura defensionale, il sostituto è “vicario” del difensore ma non del procuratore speciale individuato ex articoli 76 e 122 c.p.p.¹⁴.

Più specificamente, i poteri di natura sostanziale o processuale che la parte civile costituenda può attribuire in capo al difensore sono delegabili solo dal titolare della pretesa risarcitoria civilistica, sicché il difensore non potrebbe, ricorrendo a un uso “disinvolto” della dichiarazione di sostituzione, far confluire in capo al sostituto quegli stessi poteri di rappresentanza a lui attribuiti in prima battuta dal danneggiato, non essendo ammissibile simile “triangolazione” neppure nel caso in cui la procura *ad litem* menzioni espressamente la facoltà di nominare un sostituto

¹³ Cass., sez. V, 3 febbraio 2010, n. 19548, Schirru, in *Cass. pen.*, 2011, 3, 1164; Cass., sez. III, 27 gennaio 2006, n. 13699, Ibrahim, *ivi*, 2007, 7-8, 2944; Cass., sez. IV, 13 maggio 2005, n. 22601, Fiorenzano, in *Arch. n. proc. pen.*, 2006, 1, 86, con nota di Guadalupi, *Costituzione di parte civile, procura speciale ad causam e poteri autonomi del sostituto processuale del difensore*. Nella giurisprudenza di merito, Trib. Rovigo, sez. Adria, 19 ottobre 2004, *ivi*, 2006, 6, 679, con nota di Pietropolli-Pozzato, *Sulle possibilità del procuratore speciale designato ai sensi degli artt. 77 e 122 c.p.p. di farsi sostituire al fine della costituzione di parte civile*.

¹⁴ Cass., sez. V, 28 ottobre 2015, n. 10426, in *Dir. & giust.*, 14 marzo 2016; Cass., sez. III, 6 dicembre 2011, n. 2848, *ivi*, 27 gennaio 2012, con nota di Conforti, *L'avvocato in sostituzione non basta per la costituzione in udienza*; per la giurisprudenza di merito, Trib. Lecco, sez. II, 11 maggio 2015, in *Dejure*, e Trib. Pescara, 24 ottobre 2008, in *P.Q.M.*, 2009, 1, 114.

processuale anche ai fini della presentazione della dichiarazione di costituzione di parte civile¹⁵.

Così opinando, dovendosi nella fattispecie ritenere scontato l'esito di inammissibilità della costituzione operata tramite il sostituto, rimane quale unica *chance* difensiva ottenere la presenza in udienza dello stesso offeso/danneggiato, affinché surrogandosi al difensore "inidoneo" provveda personalmente alla costituzione¹⁶.

Giunge a opposte conclusioni un diverso filone pretorio, invero minoritario, il quale, rifacendosi a un risalente precedente di legittimità¹⁷, ritiene senz'altro delegabili dal difensore al sostituto i poteri conferiti dal danneggiato al primo a mezzo di procura speciale.

Così, se è pacifico che il difensore della parte civile possa designare un sostituto a norma dell'articolo 102 c.p.p., si è assistito al riconoscimento in capo a quest'ultimo del potere di svolgere in dibattimento ogni attività, quale, ad esempio, la presentazione delle conclusioni in luogo del sostituto, a prescindere dal fatto che il difensore originario si sia costituito anche come parte civile e quindi sia qualificabile come procuratore speciale della persona offesa¹⁸, per arrivare a includere nel novero delle prerogative del sostituto processuale pure la costituzione di parte civile¹⁹.

Il punto critico di simile impostazione, a primo impatto, risiede nella realizzazione di una torsione applicativa della disciplina codicistica, laddove, premesso il valido conferimento della *legitimatio ad causam* al difensore di fiducia e con essa la piena titolarità del diritto a chiedere e ottenere le restituzioni e il risarcimento del danno da reato in nome e per conto del soggetto danneggiato, cripticamente si arriverebbe a sostenere che la dichiarazione di sostituzione non esaurirebbe la propria funzione

¹⁵ Cass., sez. V, 28 giugno 2017, n. 38763, Santarelli, in *Dejure*; Cass., sez. II, 8 marzo 2017, n. 15812, Baraghoui Kalid, in *Arch. n. proc. pen.*, 2017, 5, 527, con nota di Bontempelli, *Formalità e formalismi in tema di costituzione di parte civile*; Cass., sez. II, 12 maggio 2016, n. 22473, Rando, in *Foro it.*, 2016, 9, II, 480; Cass., sez. III, 5 novembre 2014, n. 6184, Dami, in *Dir. & giust.*, 2015, 4, con nota di La Muscatella, *La Suprema Corte ribadisce i requisiti di rappresentanza delle parti civili ed i limiti al danno risarcibile in sede penale*; Cass., sez. V, 23 ottobre 2009, n. 6680, Capuana, in *C.E.D. Cass.*, 2009, rv. 246147. Sulla stessa linea interpretativa, nel senso che è inammissibile il ricorso per cassazione presentato autonomamente dal sostituto processuale del difensore e procuratore speciale di parte civile per carenza di legittimazione, Cass., sez. II, 11 ottobre 2012, n. 1417, in *Cass. pen.*, 2014, 2, 609.

¹⁶ Cass., sez. IV, 22 aprile 2015, n. 24455, in *C.E.D. Cass.*, 2015, rv. 263730; Cass., sez. IV, 11 giugno 2009, n. 41790, Valerio, in *Cass. pen.*, 2011, 2, 675.

¹⁷ Cass., sez. V, 7 marzo 1995, n. 3769, Prati, in *Cass. pen.*, 1996, 5, 1533, con nota di Svariati, *op. cit.*

¹⁸ Cass., sez. III, 14 febbraio 2011, n. 36818, in *Cass. pen.*, 2012, 9, 3010; Cass., sez. VI, 2 febbraio 2010, n. 15229, in *Guida dir.*, 2010, 27, 83; Trib. Como, 9 novembre 2006, in *Dejure*.

¹⁹ Cass., sez. V, 24 ottobre 2013, n. 51161, Morozova, in *Dejure*; Cass., sez. V, 14 dicembre 2012, n. 10396, Malfagia, *ivi*; nella giurisprudenza di merito, Trib. Como, 24 marzo 2011, in *Foro ambr.*, 2011, 1, 43.

nell'ambito della mera rappresentanza processuale, bensì conferirebbe al difensore medesimo la facoltà di nominare un soggetto legittimato a disporre del profilo "sostanziale", mediante il perfezionamento dell'atto di costituzione.

L'assunto in questione, tuttavia, può essere ricondotto in quadro coerente nella parte in cui – dall'analisi della giurisprudenza successiva²⁰, confortata anche dal dibattito emerso nel foro ambrosiano²¹ – è possibile arguire che il sostituto è legittimato a simile attività non tanto in forza di una ipotetica traslazione in suo favore dei poteri sostanziali del danneggiato, quanto in ragione del fatto che esso si limita a effettuare il deposito dell'atto di costituzione, adempimento di natura prettamente processuale, come tale rientrante nelle prerogative delegabili tramite il "veicolo" defensionale dell'articolo 102 c.p.p., e che pertanto non necessita di apposita previsione in procura²².

In tal senso – in posizione contigua rispetto all'indirizzo in esame – un recente arresto della Cassazione ha ritenuto ammissibile la costituzione di parte civile formalizzata dal sostituto processuale nominato ai sensi dell'articolo 102 c.p.p., sul presupposto che questi non si costituirebbe in luogo del difensore con "doppia procura" (e, quindi, esercitando un diritto "altrui" senza esserne in alcun modo legittimato), ma agirebbe piuttosto come una sua *longa manus*, limitandosi semplicemente a procedere alla mera presentazione (ovvero al mero deposito, fuori udienza) della dichiarazione dell'articolo 78 c.p.p.²³.

La connotazione esclusivamente materiale dell'adempimento, infatti, consentirebbe di obliterare gli aspetti critici connessi all'attribuzione della *legitimatio ad causam* al sostituto, residuando il profilo di azionabilità del diritto al risarcimento in capo al solo difensore-procuratore a tal fine correttamente investito dal danneggiato, senza necessità alcuna di "spendita" del potere di costituzione di parte civile da parte del soggetto individuato ai sensi dell'articolo 102 c.p.p.

"A mezza via" tra i predetti orientamenti, una tesi intermedia, pur riaffermando la differenza concettuale e contenutistica tra le procure speciali degli articoli 76 e 100 c.p.p. e nella consapevolezza che la disciplina della sostituzione prevista dall'articolo 102 c.p.p. trova quale referente esclusivo il "mandato alle liti" difensivo, ammette che, qualora nella procura speciale rilasciata al difensore sia espressamente prevista la facoltà dello stesso di designare sostituti processuali al fine di presentare, a mezzo degli stessi, la dichiarazione di costituzione di parte

²⁰ Cass., sez. fer., 6 aprile 2013, n. 35486, Amato, in *Dejure*.

²¹ A favore della costituzione di parte civile, mediante deposito in udienza della dichiarazione da parte del sostituto, Trib. Milano, sez. II, 26 gennaio 2006, in *Foro ambr.*, 2006, 1, 15, con nota di Locurcio, *Memoria difensiva in tema di ammissibilità della costituzione di parte civile effettuata in udienza a mezzo di sostituto del difensore-procuratore speciale*; Trib. Milano, sez. I, 19 dicembre 2005, *ivi*, 2005, 4, 433; Trib. Milano, 28 febbraio 2002, *ivi*, 2002, 503; tuttavia, si veda, *contra*, GUP Trib. Milano, 22 novembre 2005, *ivi*, 2006, 2, 204, e Trib. Milano, 7 aprile 2005, *ivi*, 2005, 28, con nota di Guadalupi, *I poteri del sostituto processuale nella costituzione di parte civile*.

²² Cass., sez. VI, 14 maggio 2014, n. 33228, in *C.E.D. Cass.*, 2014, rv. 260171.

²³ Cass., sez. V, 16 febbraio 2017, n. 18508, Fulco, in *C.E.D. Cass.*, 2017, rv. 270208.

civile, tale “clausola” rappresenti manifestazione della volontà del danneggiato idonea a consentire anche ai sostituti processuali di esercitare i diritti sostanziali (restituzioni e risarcimento del danno) a lui attribuiti dall’articolo 185 c.p.²⁴.

I precedenti che propendono per simile opzione applicativa, per il vero, non esplicitano inequivocamente se la “clausola”, per essere efficace, debba essere inserita – e ciò rileva ai fini del successivo *dictum* delle Sezioni Unite – nella “prima” procura (sostanziale) ovvero nella “seconda” procura (difensiva), evidentemente “giocando” sulla consueta commistione tra le due nel medesimo atto; tuttavia, l’apparente opacità della questione parrebbe essere risolta nel primo senso (cioè, riferendo l’adempimento formale alla procura ex articolo 76 c.p.p.), giusta l’affermazione per cui «il rappresentato può autorizzare il rappresentante a delegare in tutto o in parte i propri poteri a terzi, se autorizzato nella procura», sicché «appare legittimo il negozio nel quale il rappresentato abbia attribuito al delegato con procura speciale la possibilità di trasferire i medesimi poteri al sostituto e cioè il potere di costituirsi parte civile»²⁵.

Detta interpretazione, dunque – sulla scorta di una certa giurisprudenza civilistica²⁶ – riconosce che il difensore con ruolo “anfibia” possa delegare il sostituto designato a svolgere la sua medesima attività – esercizio dell’azione civilistica “extrasede”, oltre che pura attività difensiva – a condizione che la procura preveda espressamente una simile facoltà: in tal caso, attivata la “clausola” in questione, il sostituto non diviene mero sostituto processuale ex articolo 102 c.p.p. privo della *legitimatō ad causam*, ma, al contrario, in ragione di una scelta direttamente riconducibile alla volontà del legittimato originario, assurge al ruolo di soggetto in tutto e per tutto analogo, in termini di poteri e compiti, al difensore “principale”.

²⁴ Cass., sez. III, 29 ottobre 2016, n. 50329, Vitali, non massimata; Cass., sez. V, 7 gennaio 2016, n. 18258, Lucioti, in *Dejure*; Cass., sez. V, 4 febbraio 2014, n. 14718, Scaravilli, *ivi*; Cass., sez. V, 8 febbraio 2005, Marino, n. 11954, in *Riv. pen.*, 2006, 59. Nella giurisprudenza di merito, Trib. Como, 11 maggio 2012, n. 486, in *Dejure*, e Giud. pace Rho, 16 marzo 2010, in *Foro ambr.*, 2010, 2, 194 (in quest’ultimo caso, trattandosi di provvedimento di inammissibilità, poiché la procura speciale conferiva la mera facoltà di nominare sostituti processuali, ma non anche la possibilità di delegare agli stessi l’effettuazione della costituzione).

²⁵ Cass., sez. V, 27 maggio 2014, n. 30793, in *Dejure*.

²⁶ Per Cass, sez. I civ., 28 giugno 2002, n. 9493, Sherwood Producers & Exporters Ltd. c. Conceria Tre Emme s.p.a., in *Giust. civ. Mass.*, 2002, 1126, qualora la procura notarile alle liti contenga un autonomo mandato *ad negotia* conferente al difensore il potere di nominare altri difensori, costui, in forza della rappresentanza sostanziale attribuitagli, può validamente rilasciare in nome del *dominus* la procura speciale a proporre il ricorso per cassazione ad altri difensori, i quali non hanno veste di sostituti del legale che li ha nominati, ma di rappresentanti processuali della parte. Analogamente, Cass., sez. III civile, 16 ottobre 2001, n. 12598, Pagnoni c. Levante Assicurazioni s.p.a., *ivi*, 2001, 1752; più recentemente, Cass. civ., sez. III, 8 febbraio 2012, n. 1756, Sestili e altro c. Capitalia ed altro, *ivi*, 2012, 2, 133.

4. Le Sezioni Unite e l'auspicabile bilanciamento tra "forma" e "sostanza" processuali.

Le Sezioni Unite, poste dinanzi a un panorama interpretativo così variegato, hanno innanzitutto chiarito di non poter condividere nessuno degli orientamenti sopra illustrati, che, seppur in direzioni opposte, risultino "massimalisti".

Oggetto di serrata critica è, in prima battuta, il filone interpretativo maggiormente estensivo, che attribuisce un pregnante valore all'atto di sostituzione, riconoscendogli efficacia traslativa della *legitimatio ad causam* in capo al sostituto: la dichiarazione resa ai sensi dell'articolo 102 c.p.p. e il correlato "pacchetto" di poteri che essa conferisce al sostituto non è di tale ampiezza da *bypassare* la radicale differenza concettuale e giuridica tra i profili dell'esercizio del diritto sostanziale di natura civilistica, da un lato, e della rappresentanza tecnico-defensionale, dall'altro.

Infatti, nonostante la perdurante equivocità della disciplina dedicata alla parte civile, che giustappone la procura speciale ai fini della costituzione e la procura speciale necessaria per il mandato difensivo, non può essere ignorata la profonda eterogeneità dei due strumenti processuali, giacché la procura rilasciata ai sensi dell'articolo 100 c.p.p. è «unicamente ed esclusivamente finalizzata al conferimento dei poteri di rappresentanza in giudizio senza che la stessa possa allo stesso tempo conferire il potere di spendita del diritto sostanziale a reclamare le restituzioni e il risarcimento del danno generati dal reato», potere che invece soltanto la distinta procura conferita (a un terzo o al medesimo difensore) in base agli articoli 76 e 122 c.p.p. può trasmettere.

Pertanto, anche quando le due procure siano cumulate in un medesimo atto, le prerogative trasferite con la dichiarazione di sostituzione non possono che essere individuate "per derivazione" da quelle incluse nel mandato difensivo, che a sua volta trova fondamento nella procura *diversa* da quella che attribuisce la legittimazione alla costituzione: così, «essendo l'art. 102 cod. proc. pen. necessariamente collegato al ruolo esercitato dal difensore quale patrocinatore tecnico volto a far stare in giudizio la parte rappresentata, anche la nomina di un sostituto non può che restare confinata all'interno di tale veste senza potere estendere la propria efficacia al diverso piano della legittimazione ad esercitare l'azione civile che lo stesso difensore, nel "ruolo" di ordinario mandatario, può trarre unicamente dalla procura di cui agli artt. 76 e 122 cod. proc. pen.».

Non è neppure condiviso dalle Sezioni Unite l'assunto per cui il sostituto svolgerebbe la funzione di mero "braccio operativo" del difensore legittimato alla costituzione, quale compito materiale-esecutivo che presupporrebbe una costituzione già avvenuta; invero, il deposito della dichiarazione di costituzione in udienza non può essere svilito a mero adempimento esecutivo, ma costituisce esso stesso – alla luce del tenore dell'articolo 78 c.p.p. – una delle modalità di perfezionamento della fattispecie processuale: introdurre simile correttivo significherebbe forgiare per via pretoria «una terza modalità di costituzione di parte

civile, sostanzialmente coincidente con la mera redazione dell'atto di dichiarazione di costituzione, posta del tutto al di fuori del sistema».

Chiave di volta della soluzione esegetica fornita dalle Sezioni Unite è – sia concessa la ripetizione – la netta «distinzione concettuale tra *legitimatatio ad causam* e *legitimatatio ad processum*, potendo il sostituto del difensore effettuare la costituzione di parte civile solo laddove una tale facoltà gli derivi dalla volontà espressa dal danneggiato all'atto del conferimento dei poteri di esercizio del diritto sostanziale ad agire».

Simile affermazione, se esclude parimenti la condivisibilità del primo indirizzo giurisprudenziale – ancorato a uno spirito di rigido formalismo, nel senso di precludere ogni spazio di autonomia al sostituto – consente alla Corte di attuare un delicato temperamento tra le esigenze delle contrapposte parti processuali, salvaguardando al contempo le istanze garantistiche dell'imputato (e dell'eventuale responsabile civile) e le pretese di riparazione del “danno penale” di cui la parte civile è portatrice.

In tale prospettiva di “mediazione”, le Sezioni Unite affermano il principio per cui «nulla toglie, al contempo, che *lo stesso danneggiato, con la procura speciale rilasciata ai fini della costituzione, attribuisca al difensore la facoltà di farsi sostituire da altro difensore*, dovendosi intendere tale *facoltà finalizzata* appunto – atteso l'ambito formale nel quale la stessa è conferita – *all'esercizio del potere di costituzione*», risultando tale *escamotage* perfettamente in linea con l'assestata produzione giurisprudenziale, nella parte in cui «viene in definitiva a configurare anche in capo ad *altro soggetto, per espressa volontà del titolare del diritto, il potere di costituzione di parte civile*, restando in tal modo rispettati i confini dogmatici imposti dal legislatore».

Pertanto, la Cassazione, ripiegando sull'impostazione generale del terzo orientamento, opta per un regime di compromesso, fondato sull'inserimento nella procura speciale conferita dal danneggiato al difensore – in tal sede, come auspicato, chiaramente esplicitando che si tratta della “prima” procura conferita ai sensi dell'articolo 76 c.p.p. – una clausola con cui il difensore-procuratore sia facoltizzato a nominare un sostituto, il quale, alla luce di tale espressa menzione, finisce per ripetere i propri poteri dalla espressa volontà del danneggiato.

Quale corollario, le Sezioni Unite precisano opportunamente – in questo diversificandosi dalle talora indecifrabili affermazioni rinvenibili in seno al terzo orientamento – che, al contrario, deve essere escluso qualsivoglia rilievo, ai fini della ammissibilità della costituzione di parte civile, alla previsione del potere di nomina di un sostituto da parte del difensore che sia contemplato esclusivamente nella «procura speciale defensionale» – la “seconda” procura, rilasciata ex articolo 100 c.p.p. – «non agendo, in tal caso, la parte rilasciante la procura come titolare del rapporto processuale volto a promuovere l'istanza risarcitoria»: in quella sede, cioè, al momento del conferimento del mandato difensivo, il danneggiato non sta disponendo verso il difensore del proprio diritto di matrice aquiliana (e, per esso,

eventualmente al sostituto), quanto invece sta “regolarizzando” la propria posizione sotto il profilo della difesa tecnica.

Detta conclusione si imporrebbe, tra l’altro, in ragione del fatto che non vi sarebbe perfetta corrispondenza tra i contenuti della procura *ad litem* e della procura “sostanziale” (il dato normativo evidenzia come «sul piano meramente formale, la procura defensionale difetti del requisito di cui alla procura speciale ex art. 122 cod. proc. pen. segnatamente rappresentato dalla determinazione dell’oggetto per cui la procura è conferita e dei fatti ai quali la stessa si riferisce»), così producendosi una lacuna in termini di forme che, evidentemente, finirebbe per affliggere in via derivata anche la legittimazione del sostituto, che da quel rapporto vorrebbe trarre per ipotesi la propria legittimazione.

Un ulteriore argomento, poi, confermerebbe la bontà dell’impostazione, con specifico riferimento al concreto dispiegarsi delle dinamiche processuali: infatti, fintanto che la costituzione di parte civile non sia stata perfezionata (di prassi, con la presentazione dell’atto in udienza, salvo che lo stesso non sia stato precedentemente depositato in cancelleria), «un potere di sostituzione conferito con il solo mandato difensivo non potrebbe efficacemente operare, posto che la procura defensionale rilasciando il compito di stare in giudizio per conto del danneggiato presuppone una parte civile già costituita».

Preclusivo in tal senso – secondo la tesi delle Sezioni Unite – sarebbe cioè la scansione temporale degli adempimenti processuali riferibili al danneggiato che voglia costituirsi parte civile, dal momento che il profilo della rappresentanza tecnica in giudizio della parte civile sarebbe logicamente inconciliabile con uno stato di fatto processuale in cui una parte, giuridicamente, ancora non vi sia: in sintesi, la parte civile sta (e può stare) in giudizio con il ministero di un difensore solo successivamente alla presentazione dell’atto di costituzione o al deposito in precedenza effettuato in cancelleria.

In definitiva, *condicio sine qua non* di ammissibilità della costituzione effettuata dal sostituto del difensore è l’inserimento della “clausola di sostituzione” all’interno della procura speciale rilasciata *ad causam* dal danneggiato al difensore medesimo, ai sensi e per gli effetti dell’articolo 76 c.p.p., quale incumbente allo stesso tempo necessario – «perché solo tale ambito formale garantisce che al sostituto venga delegato il diritto sostanziale di cui il mandante è titolare» – e sufficiente – per condivisibili ragioni di economia e speditezza, «perché non può pretendersi, all’estremo opposto, che il danneggiato conferisca una ulteriore apposita procura speciale direttamente in capo al sostituto», tra l’altro fin dal momento del conferimento dell’incarico al difensore.

In chiusura, le Sezioni Unite si premurano di svolgere due ordini di precisazioni, volte a rendere meno “gravoso” il rispetto della regola processuale appena esplicitata: se resta confermata la soluzione di “emergenza” che, in mancanza di procura validamente conferita al difensore o al sostituto, consente alla persona

offesa/danneggiata di costituirsi personalmente, ove presente in udienza²⁷, la “clausola di sostituzione” deve ritenersi efficace anche qualora sia inserita in un unico atto, in cui cumulativamente siano attribuite le due procure al difensore, essendo il potere del sostituto “coperto” dal conferimento della procura speciale di cui all’articolo 76 c.p.p.

5. Conclusioni.

L’approdo delle Sezioni Unite si caratterizza per un apprezzabile tentativo di mediazione tra impostazioni applicative fortemente divergenti in tema di costituzione di parte civile a mezzo del sostituto processuale.

Certamente condivisibile è il rigetto delle due soluzioni “estremistiche”, che vorrebbero, rispettivamente, escludere o riconoscere *tout court* la legittimazione “civilistica” del sostituto processuale, sacrificando ingiustificatamente, a seconda dei casi, il concorrente e confliggente interesse del soggetto che inserisce nella sede penale la pretesa aquiliana (il danneggiato, poi parte civile) ovvero dei soggetti gravati dall’obbligazione risarcitoria e restitutoria (imputato e responsabile civile). Infatti, se pare poco desiderabile onerare il danneggiato del rispetto di minuziosi e ridondanti adempimenti formali in funzione del corretto e fruttuoso esperimento dell’azione civile al di fuori della sede naturale, nondimeno non può essere totalmente ignorato – nella prospettiva di garantire “costi quel che costi” la soddisfazione della pretesa della parte civile – il concomitante interesse dell’imputato all’osservanza delle forme processuali (e delle sottese differenziazioni sostanziali e concettuali) poste a garanzia dello svolgimento di un giusto processo.

Così, appare eccessivamente rigoroso negare – in nome della pur doverosa distinzione tra i profili della *legitimatio ad causam* e della *legitimatio ad processum* (meglio, della rappresentanza tecnica) – la legittimazione del difensore nominato ai sensi dell’articolo 102 c.p.p. a subentrare, pur temporaneamente, nella pienezza delle prerogative facenti capo al difensore principale, ripudiando quel minimo di flessibilità operativa che la pratica delle aule di giustizia – che, talora, si perde nei meandri della riflessione dogmatica – reclama, nell’ottica di garantire la continuità del mandato difensivo anche della parte civile.

Al polo opposto, non sembra possibile aggirare il dato sistematico emergente dal comparto regolatorio dedicato alla parte civile negli articoli 74 ss. c.p.p., il quale – al di là della pur suggestiva tesi del sostituto come “esecutore materiale”, incaricato del mero deposito in udienza della dichiarazione di costituzione – ammette l’azione civile di danno nel processo penale sotto la condizione del rispetto di determinati presupposti, anche formali, cui è subordinato il perfezionamento della fattispecie processuale (nel caso, la presentazione in udienza ovvero il deposito fuori udienza in cancelleria).

²⁷ Così, da ultimo, Cass., sez. IV, 18 luglio 2017, n. 49158, Sanapo, in *Dejure*.

Non si ignora, peraltro, sotto quest'ultimo profilo, come il riconoscimento del potere di costituzione in udienza da parte del sostituto, di fatto, non produca alcun *vulnus* alla genuinità dell'espressione di volontà della persona offesa/danneggiato che si vuole manifestare dinanzi al giudice penale, essendo difficile individuare, altresì, quale sarebbe il contributo aggiunto che invece fornirebbe il deposito effettuato direttamente dal difensore con "doppia procura" e piena legittimazione.

Nondimeno, non convince l'approccio che vuol far "transitare" nel novero poteri conferiti al sostituto mediante lo strumento dell'articolo 102 c.p.p. – si noti, senza "paletti" applicativi di sorta – anche la prerogativa di agire in nome e per conto del danneggiato; invero, la valorizzazione della semplice attività di "deposito" (in luogo della vera e propria "costituzione") suona piuttosto come un abile stratagemma retorico volto a mascherare surretiziamente un requisito costitutivo della fattispecie processuale – che esige la legittimazione sostanziale del soggetto che si costituisce – in un incombente riconducibile alla pura attività defensionale, come tale liberamente delegabile dal difensore al sostituto.

In questa prospettiva, la soluzione individuata dalle Sezioni Unite pare senz'altro equilibrata, nella parte in cui, da un lato, consente al difensore e procuratore speciale della parte civile di subdelegare al sostituto processuale l'esercizio del diritto sostanziale conferitogli dal danneggiato, ma, dall'altro, esige uno "sforzo in più" in termini di adempimenti formali al momento del conferimento dell'incarico da parte del danneggiato medesimo, imponendo l'inserimento nella procura conferita ai sensi dell'articolo 76 c.p.p. della "clausola" recante la facoltà del difensore di nominare sostituti ai fini della costituzione di parte civile.

Tanto premesso, si auspica che grazie all'affermazione di simile principio – quale accettabile connubio tra le istanze antiformalistiche del processo e l'esigenza di limitare un indiscriminato accesso nelle aule penali delle pretese di reintegrazione dei soggetti che lamentino un danno "da reato" – si determini "a cascata" una riduzione del contenzioso d'udienza tra le parti in merito alla validità degli atti di costituzione.

Anzi, richiamare il difensore a una maggiore attenzione nel momento della predisposizione delle procure speciali, con riferimento all'apposizione della "clausola di sostituzione", potrebbe rivelarsi utile anche ai fini della alternativa modalità di costituzione prevista dall'articolo 78 c.p.p.

Infatti, nell'ottica di prevenire contestazioni concernenti la costituzione fuori udienza (e magari "fuori foro" per il difensore) mediante deposito dell'atto da parte di un incaricato a tal fine, la previsione nella "prima" procura della facoltà di nominare sostituti potrebbe sterilizzare definitivamente le eccezioni difensive in tema di legittimazione del soggetto incaricato al deposito, che – almeno nell'esperienza di alcuni uffici giudiziari – trovano talora accoglimento.

Da ultimo, volgendo lo sguardo al versante "convenzionale", infondati dovrebbero rivelarsi i timori circa la tenuta di simile interpretazione, se letta in controtuce rispetto ai principi dell'articolo 6, par. 1 CEDU (nella parte in cui esso riconosce che «ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente,

pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi *sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile*), in relazione a un eccessivo sacrificio delle prerogative della vittima del reato (intesa sia quale persona offesa che come danneggiato dal reato) che si produrrebbe per effetto di un innalzamento degli oneri processuali a suo carico.

Se è vero che le garanzie del citato articolo 6, par. 1 CEDU trovano applicazione, pur variamente “modulata”, anche nei procedimenti penali con costituzione di parte civile²⁸, l'imposizione in capo al danneggiato di un onere formale, strutturato come quello definito dalle Sezioni Unite in tema di sostituzione, potrebbe far sorgere il dubbio circa una indebita limitazione della facoltà di azione riconosciuta alla vittima, nei termini di una menomazione del suo diritto all'*access to the court*, quale antecedente implicito e necessario del godimento delle garanzie definite dalla stessa disposizione sovranazionale²⁹ in tema di *fair trial*.

Ebbene, occorre ricordare che tale diritto di accesso non ha carattere assoluto, ma tollera le sole “interferenze” o regolamentazioni che, previste dalla legge, perseguono finalità legittime e al contempo implica il rispetto di una ragionevole proporzione tra mezzi impiegati e obiettivi presi di mira³⁰, imponendo, anche nel caso di specie, l'effettuazione di un *test* di proporzionalità applicato alla soluzione escogitata dalle Sezioni Unite.

La via mediana imboccata dalle Sezioni Unite, nel segno di un compromesso tra i primi due orientamenti di legittimità, se introduce senz'altro una limitazione all'indiscriminato ingresso della pretesa risarcitoria in sede penale (che, qualora voglia essere attivata per il mezzo del sostituto, deve scontare un previo adempimento formale), in questo senso “interferendo” con il connesso diritto del danneggiato a far valere in sede giudiziale la pretesa stessa, tuttavia opera un adeguato bilanciamento tra gli opposti interessi “civilistici” delle parti processuali, ponendo “a carico” del danneggiato che voglia farsi parte nel processo penale un adempimento in linea con la lettera e lo “spirito” della disciplina codicistica e, tutto

²⁸ Sul punto, tra le altre, Corte EDU, 22 settembre 2005, Sigalas c. Grecia, in *Cass. pen.*, 2006, 2, 728; Corte EDU, Grande Camera, Perez c. Francia, 12 febbraio 2004, in *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, 2007, vol. III, 718; Corte EDU, 27 agosto 1992, Tomasi c. Francia, *ivi*, 2006, vol. II, 124; Corte EDU, Helmers c. Svezia, 29 ottobre 1991, *ivi*, 2006, vol. II, 41.

²⁹ Per la prima affermazione del principio, cfr. Corte EDU, 21 febbraio 1975, Golder c. Regno Unito, in *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, 2006, vol. I, 184. Sul tema, con specifico riferimento alla parte civile, Corte EDU, 3 aprile 2003, Anagnostopoulos c. Grecia, in *Cass. pen.*, 2004, 5, 1777, con nota di Tamietti, *Prescrizione del reato e diritti della parte civile costituita: un problema di accesso al tribunale?*.

³⁰ Corte EDU, 30 gennaio 2003, Cordova c. Italia, in *Cass. pen.*, 2003, 9, 2834, con nota di Tamietti, *Insindacabilità dei parlamentari e diritto di accesso al tribunale dei privati danneggiati nella giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell'Uomo*; Corte EDU, 28 ottobre 1998, Pérez de Rada Cavanilles c. Spagna, in *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, 2006, vol. II, 777; Corte EDU, 29 luglio 1998, Guérin c. Francia, *ivi*, 2006, vol. II, 708.

sommato, non eccessivamente gravoso, rivelando quel rapporto di proporzionalità che – ad avviso di chi scrive – rende il meccanismo della “clausola di sostituzione” compatibile con il dettato convenzionale.