

Avviso di fissazione dell'udienza preliminare e notifica al difensore: una questione di nullità.

di **Giovanni Tucci**

CASSAZIONE PENALE, SEZ. V, 9 GIUGNO 2022 (UD. 3 MAGGIO 2022), N. 22606
PRESIDENTE ZAZA, RELATORE CANANZI

Sommario. Premessa. – **1.** La vicenda. – **2.** Il processo di primo e di secondo grado. – **3.** La nullità assoluta per omesso avviso dell'udienza al difensore di fiducia, tempestivamente nominato dall'imputato (Sez. U, n. 24630 del 26/03/2015, Maritan, Rv. 263598 – 01) – **4.** La "degradazione" a nullità "a regime intermedio" in caso di "presenza" del difensore di fiducia. – **5.** La nozione di "presenza" del difensore di fiducia ed i limiti al principio di leale collaborazione. – **6.** L'impossibilità di considerare automaticamente, in caso di più imputati assistiti da un unico difensore di fiducia, che quest'ultimo si sia costituito in giudizio ed eserciti acquiescenza delle sue prerogative difensive per entrambi gli imputati.

Premessa

La Corte di Cassazione, con la pronuncia in commento, ha affermato che "l'omessa notifica al difensore di fiducia dell'avviso per l'udienza preliminare a "partecipazione necessaria" è causa di nullità di ordine generale a norma dell'art. 178 lett. c) cod. proc. pen., in quanto si traduce nella violazione di una norma processuale concernente l'assistenza dell'imputato, con la precisazione che detta nullità è inquadrabile nella categoria delle nullità assolute di cui all'art. 179, dato che essa deriva dall'inosservanza di una disposizione che ha determinato l'assenza del difensore dell'imputato nei casi in cui ne è obbligatoria la presenza. In caso di più imputati assistiti dall'unico difensore, l'avviso rituale ricevuto per uno solo dei due assistiti, da cui derivi la presenza in udienza, non equivale a costituzione e presenza anche per il secondo, per il quale mai è intervenuto l'avviso, laddove non vi sia stata costituzione in giudizio e esercizio acquiescente delle relative prerogative difensive."

Tale pronuncia, quindi, da un lato conferma l'orientamento autorevole delle Sezioni Unite in tema di omesso avviso dell'udienza al difensore di fiducia, tempestivamente nominato dall'imputato o dal condannato, che integra una nullità assoluta a prescindere dalla circostanza che la notifica sia stata



effettuata al difensore d'ufficio e che in udienza sia stato presente un sostituto nominato ex art. 97, comma quarto, cod. proc. pen.; dall'altro lato, si precisa la nozione di presenza, idonea a far degradare la nullità in argomento da assoluta ad intermedia e si delimita il principio di leale collaborazione tra difesa ed organo giurisdizionale, che non può spingersi ad obbligare il difensore, nel caso in cui assista più imputati, a rendersi presente anche nell'interesse dell'assistito per il quale non ha ricevuto alcuna notifica ed a costituirsi anche per esso, ovvero a non comparire per non sanare la nullità.

1. La vicenda.

Uno dei due imputati per fatti di bancarotta fraudolenta, che chiameremo Tizio, nominava fiduciarmente due difensori prima dell'udienza preliminare. Per tale udienza riceveva tuttavia l'avviso esclusivamente l'originario difensore d'ufficio. Nel corso dell'udienza preliminare uno dei due richiamati difensori veniva nominato quale difensore di fiducia anche dell'altro imputato, che chiameremo Caio. Quest'ultimo difensore, a mezzo sostituto o anche personalmente, partecipava all'udienza esclusivamente per assistere l'imputato Caio. All'esito dell'udienza preliminare veniva emesso il decreto che dispone il giudizio e veniva correttamente indicato quale difensore di Caio il difensore di fiducia dallo stesso nominato, mentre per Tizio sempre l'originario difensore di ufficio, che lo assisteva durante tutta l'udienza preliminare. In fase dibattimentale, chiusa la fase relativa alle questioni preliminari senza alcuna eccezione, il difensore di fiducia di Caio dichiarava in udienza la rinuncia al mandato per quest'ultimo, mentre interveniva in giudizio l'altro codifensore di fiducia di Tizio per eccepire l'omessa notifica degli atti successivi alla nomina e la conseguente nullità. Pertanto, nessuno dei due difensori di fiducia nominati dall'imputato Tizio aveva mai ricevuto alcuna notifica quale difensore di quest'ultimo. Per l'imputato Tizio le notifiche erano sempre state effettuate all'originario difensore d'ufficio.

2. Il processo di primo e di secondo grado.

Il Giudice di primo grado rigettava con ordinanza la richiamata eccezione sollevata dal difensore di fiducia di Tizio perché ritenuta tardiva in ragione dell'avvenuta sanatoria della nullità eccepita. Secondo i giudici di prime cure, tale sanatoria si sarebbe determinata per effetto dell'acquiescenza prestata dal codifensore di Tizio.

In particolare, la presenza in udienza preliminare del codifensore di Tizio, anche se per assistere formalmente il solo imputato Caio, senza eccepire alcunché aveva sanato la nullità relativa all'omesso avviso ai difensori fiduciarmente nominate da Tizio.

Secondo il Tribunale, infatti, il dovere derivante dal mandato difensivo avrebbe imposto al codifensore di Tizio di assisterlo in udienza, anche se per lo stesso non aveva ricevuto alcuna notifica. Da tale obbligo di assistenza derivava anche l'obbligo di eccepire immediatamente l'omessa notifica. Poiché tale eccezione non era stata sollevata immediatamente, la difesa fiduciaria di Tizio, complessivamente considerata, aveva prestato acquiescenza e si era, quindi, sanata la nullità, da considerarsi a regime intermedio, in virtù della presenza in udienza di uno dei difensori di fiducia dello stesso imputato Tizio.

Tale valutazione in diritto veniva fatta propria anche dalla Corte d'appello, che rigettava l'impugnazione proposta nell'interesse di Tizio, tesa a far rilevare la nullità del decreto che dispone il giudizio e di tutti gli atti successivi in quanto, come detto, per l'udienza preliminare nessuno dei difensori di Tizio era stato avvisato.

3. La nullità assoluta per omesso avviso dell'udienza al difensore di fiducia, tempestivamente nominato dall'imputato (Sez. U, n. 24630 del 26/03/2015, Maritan, Rv. 263598 – 01)

La Suprema Corte, prima di analizzare le peculiarità del caso di specie, richiama anzitutto quanto affermato dalle Sezioni Unite in tema di omesso avviso dell'udienza al difensore di fiducia, tempestivamente nominato dall'imputato. Costituisce, infatti, *ius receptum* il principio per il quale tale omesso avviso integra una nullità assoluta ai sensi degli artt. 178, comma primo lett. c) e 179, comma primo cod. proc. pen., a nulla rilevando che la notifica sia stata effettuata al difensore d'ufficio e/o che in udienza sia stato presente un sostituto nominato ex art. 97, comma quarto, cod. proc. pen. Ciò in quanto sussiste la necessità di garantire all'imputato la 'propria' difesa tecnica, escludendo difese in surroga a fronte delle nullità derivanti "dall'assenza del suo difensore nei casi in cui ne è obbligatoria la presenza". Il principio dell'intangibilità della difesa tecnica prescelta dall'imputato, se il difensore non è stato posto in condizione di partecipare all'udienza, determina una nullità assoluta ed insanabile ex art. 179, comma 1, cod. proc. pen.. Inoltre, come aveva già avuto modo di affermare la Cassazione in una precedente pronuncia (Sez. 2, n. 6682 del 23/11/2011, dep. 2012, Rv. 252087 - 01), tale nullità non può dirsi sanata se la relativa eccezione non sia stata sollevata dal difensore d'ufficio, la cui presenza nel processo è conseguenza proprio di quel vizio.

4. La "degradazione" a nullità "a regime intermedio" in caso di "presenza" del difensore di fiducia.

I Giudici di merito, nel caso di specie, rilevavano comunque che, in tanto l'omesso avviso dell'udienza al difensore di fiducia tempestivamente nominato dall'imputato può integrare una nullità assoluta ed insanabile, in

quanto tale vizio processuale abbia determinato l'assenza del difensore all'udienza. Di talché, nell'eventualità in cui il difensore di fiducia risulti comunque presente in udienza – anche al fine di eccepire il vizio – nonostante detta omissione, la nullità è di ordine generale ai sensi dell'art. 180 cod. proc. pen. (si veda Sez. 3, n. 26266 del 18/01/2018, Zeoli, Rv. 273199 – 01).

Nel caso in questione, secondo i Giudici di merito, la presenza in udienza del codifensore di fiducia di Tizio (anche se per assistere il solo Caio) avrebbe fatto degradare la nullità in questione da assoluta a quella a 'regime intermedio', con il conseguente regime di decadenze.

5. La nozione di “presenza” del difensore di fiducia ed i limiti al principio di leale collaborazione.

La Suprema Corte, pur confermando il principio di diritto richiamato nel precedente paragrafo, chiarisce tuttavia che, nel caso in questione, i Giudici di merito avrebbero equivocato circa la nozione di “presenza” in udienza della difesa fiduciaria di Tizio. In particolare, i giudici di legittimità osservano che la sanatoria delle nullità a cui si sono riferiti sia il Tribunale sia la Corte d'Appello opererebbe solamente nel caso in cui la parte che subisce la nullità abbia rinunciato espressamente ad eccepirlo o abbia accettato gli effetti della nullità, o anche si sia avvalso della facoltà al cui esercizio l'atto omesso o nullo è preordinato (art. 183 cod. proc. pen.).

Nel caso in questione, la Suprema Corte afferma che non possa dirsi che il codifensore di Tizio sia stato presente durante l'udienza preliminare anche per assistere quest'ultimo. Difatti, lo stesso difensore non ne ha assunto la difesa di Tizio in udienza, non ha esercitato le relative prerogative, non si è proposto quale suo difensore non avvisato. In buona sostanza non vi sarebbe stata, da parte del medesimo difensore, alcuna costituzione nell'interesse dell'imputato Tizio né vi sarebbe stata alcuna rinuncia all'eccezione di nullità. Ciò posto, la semplice presenza di tale difensore in udienza quale difensore di fiducia di Caio non poteva equivalere a “presenza” anche nell'interesse del coimputato Tizio, quale “suo difensore”, che potrebbe determinare l'effetto sanante richiamato dai giudici di merito. Inoltre, sempre secondo i Giudici di legittimità, il principio di “leale collaborazione” tra difesa ed autorità giurisdizionale, anche se potrebbe eventualmente assumere valenza sotto il profilo deontologico, certamente non può essere inteso nel significato di “obbligare” il difensore a rendersi presente anche nell'interesse di un assistito per il quale non ha ricevuto alcuna notifica, costringendolo a costituirsi anche per lo stesso oltre che per il coimputato per il quale le notifiche sono risultate regolari; oppure a non comparire in udienza al preciso scopo di non sanare la nullità, ma, in quel caso, rendendosi inadempiente al mandato ricevuto dal coimputato regolarmente citato.



6. L'impossibilità di considerare automaticamente, in caso di più imputati assistiti da un unico difensore di fiducia, che quest'ultimo si sia costituito in giudizio ed eserciti acquiescenza delle sue prerogative difensive per entrambi gli imputati.

Dalle considerazioni sin qui richiamate, la Suprema Corte fa discendere il seguente principio di diritto: "In caso di più imputati assistiti dall'unico difensore, l'avviso rituale ricevuto per uno solo dei due assistiti, da cui derivi la presenza in udienza, non equivale a costituzione e presenza anche per il secondo, per il quale mai è intervenuto l'avviso, laddove non vi sia stata costituzione in giudizio e esercizio acquiescente delle relative prerogative difensive".

Anzidetto principio, se da un lato non deve certamente fomentare strategie difensive esclusivamente finalizzate a far emergere in maniera strumentale le nullità il più in là possibile all'interno del procedimento, dall'altro lato pone una necessaria mitigazione agli obblighi del difensore, allorché si sia in presenza di una palese violazione del diritto all'intangibilità della difesa tecnica.