



56970-18

REPUBBLICA ITALIANA

In nome del Popolo italiano

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SESTA SEZIONE PENALE

Composta da

Giorgio Fidelbo

-Presidente-

Sent. Sez. n. 1725/17

Pierluigi Di Stefano

UP 23/11/2017

Emilia Anna Giordano

-Relatore-

RGN 20199/2017

Gaetano De Amicis

Laura Scalia

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

Sul ricorso proposto da

(omissis)

avverso la sentenza del 28/10/2016 della Corte di appello di Bologna

visti gli atti, il provvedimento impugnato ed il ricorso;

udita la relazione svolta dal Consigliere Emilia Anna Giordano;

udito il Pubblico Ministero, in persona del Sostituto Procuratore generale Perla Lori che ha concluso chiedendo l'inammissibilità del ricorso;

udito il difensore della parte civile, (omissis), avvocato (omissis), il quale conclude per l'inammissibilità del ricorso o infondatezza del ricorso e deposita conclusioni scritte;

udito per il ricorrente il difensore, avvocato (omissis), il quale chiede l'annullamento della sentenza.

RITENUTO IN FATTO

1. (omissis) impugna la sentenza della Corte di appello di Bologna che, in riforma della sentenza emessa dal giudice monocratico del Tribunale di Bologna del 17 maggio 2007, ha dichiarato non doversi procedere per prescrizione per il reato di calunnia commesso il (omissis) (omissis) e confermato le statuizioni in favore della parte civile, (omissis) .

2. Con i motivi di ricorso, di seguito sintetizzati ai sensi dell'art. 173 disp. att. cod. proc. pen., il ricorrente chiede l'annullamento della sentenza per plurimi vizi di violazione di legge e vizi di motivazione.

Denuncia, in particolare:

2.1. la nullità della sentenza di primo grado per mancato rinvio dell'udienza del 17 maggio 2007, a seguito di richiesta di rinvio per legittimo impedimento, per motivi di salute, avanzata dall'avvocato (omissis) . Allega che con dichiarazione del 10 gennaio 2007 egli aveva nominato difensore di fiducia il predetto avvocato (omissis) e che, in vista dell'udienza di discussione fissata per la data del 17 maggio 2007, fin dall' 8 maggio 2007, aveva fatto pervenire in cancelleria nuova nomina dell'avvocato (omissis) e contestuale revoca del precedente difensore, avvocato (omissis); che, a propria volta, l'avvocato (omissis) aveva depositato richiesta di rinvio allegando certificato medico dal quale si evinceva lo stato di gravidanza e la data presunta del parto al 25 maggio 2007. Sostiene che, erroneamente, il giudice procedente aveva respinto la richiesta, ritenuta strumentale a procrastinare la definizione del procedimento. Rileva, in aggiunta al vizio di violazione di legge che inficia la sentenza di primo grado, la erroneità della sentenza impugnata che ha disatteso l'eccezione di nullità, ribadendo la strumentalità della nomina dell'avvocato (omissis), fondando tale conclusione su un dato di fatto insussistente e, cioè, che la nomina dell'avvocato (omissis) era intervenuta solo in data 8 maggio 2007, trascurando, viceversa, che la nomina di detto difensore era intervenuta in epoca non sospetta, fin dal 10 gennaio 2007, con dichiarazione depositata il 26 gennaio 2007;

2.2. la nullità della sentenza di primo grado per omessa notifica dell'estratto contumaciale all'imputato in quanto l'avviso di deposito era stato consegnato a persona diversa dal destinatario, non abilitata a tanto e presso recapito che non era la residenza dell'imputato;

2.3. l'omessa motivazione circa la dedotta nullità della citazione al giudizio di appello e conseguente nullità della sentenza di appello anche per omessa notifica all'imputato del relativo decreto di citazione. Rileva che il decreto di citazione dell'imputato per il giudizio di appello era stato notificato a mezzo PEC inviata allo studio del difensore dell'imputato, avvocato (omissis), studio sito a (omissis) quale domiciliatario dell'appellante. La notifica andava, invece, eseguita, in mancanza di elezione di domicilio del ricorrente, presso l'abitazione ovvero presso lo studio legale dell'avvocato (omissis), sito in (omissis) (omissis) . La Corte di merito non si era pronunciata sulla dedotta eccezione, sollevata con memoria del 14 dicembre 2016;

2.4 la nullità della sentenza per omessa motivazione su tutti i 19 motivi di appello relativi a:

2.4.1. omessa decisione, nel giudizio di primo grado, di una richiesta di riunione fra due procedimenti pendenti nella stessa fase e nel medesimo grado di giudizio, fra le medesime parti;

2.4.2. violazione del diritto di difesa derivante dalla partecipazione dell'avvocato ^(omissis) al giudizio di primo grado pur essendo stato revocato il mandato difensivo per sopravvenuta incompatibilità e sospetto di infedele patrocinio;

2.4.3. illegittimo diniego, in violazione dell'art. 24 Cost., di acquisizione delle spontanee dichiarazioni rese dall'imputato nel giudizio di appello;

2.4.4. improcedibilità dell'azione penale per la mancata acquisizione del corpo del reato di calunnia, poiché quella versata in atti non costituisce l'originale del testo asseritamente calunniatorio, ma mera fotocopia informale, non certificata, prodotta dalla parte civile, non accompagnata dalla richiesta di copia al Presidente del Tribunale cui era diretta e, comunque, non rinvenuta nel fascicolo processuale. Né sono state svolte indagini per verificare la provenienza del documento;

2.4.5. mancato accertamento della provenienza dall'imputato dell'asserito fax contenente accuse calunniose;

2.4.6. mancanza dell'elemento oggettivo del reato di calunnia poiché le espressioni utilizzate non circoscrivono un fatto di natura penale e costituente reato in ogni suo estremo e al più frasi critiche colorite, tipico sfogo dell'imputato processato ingiustamente e che, semmai, potrebbero rientrare nell'ipotesi di cui all'art. 595 cod. pen. o essere scriminate dal diritto di difesa. Non adombra fatto costituente reato né il riferimento all'abuso di ufficio, espressione fumosa in mancanza della indicazione di un fatto-reato delineato con precisione ovvero un ingiusto arricchimento del destinatario che non è evocata neppure dall'inciso, non tecnico, di essere "persona in vena di carriera attraverso i buoni uffici dell'ordine forense". Del resto il ricorrente è stato assolto, dal Tribunale di Bologna, da altre ipotesi calunnia, ai danni della medesima persona offesa a comprova della insensatezza dell'accusa elevatagli nel presente procedimento che ne costituisce un mero duplicato;

2.4.7. mancanza dell'elemento psicologico del reato, a comprova allega le sentenze di assoluzione intervenute nei suoi confronti a seguito dei procedimenti penali intrapresi dal pubblico ministero, dottor ^(omissis), e che hanno attestato l'esistenza, nei confronti dell'avvocato ^(omissis), di forti ostilità degli organismi corporativi dell'avvocatura e che lambiva anche esponenti del locale ordine giudiziario.

3.I motivi di ricorso sono stati ribaditi dall'imputato con memoria depositata il 22 novembre 2017.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. La sentenza impugnata e quella di primo grado, resa dal Tribunale di Bologna il 17 maggio 2007, devono essere annullate senza rinvio in presenza di una nullità afferente la trattazione del giudizio di primo grado, nullità che travolge, azzerandoli, sia il capo penale, per il quale è intervenuta declaratoria di prescrizione, che le statuizioni civili delle decisioni di merito.

2. Ritiene il Collegio che all'udienza del 17 maggio 2007, nella quale si faceva luogo alla emissione della sentenza sulla base della discussione tra le parti nel corso della quale prendeva la parola, nell'interesse dell'imputato l'avvocato (omissis), si è verificata una nullità processuale assoluta ed insanabile, ai sensi dell'art. 179 in relazione all'art. 178, lett. c), cod. proc. pen., relativa all'assistenza dell'imputato da parte dell'unico difensore da questi ritualmente nominato, avvocato (omissis), che aveva presentato una richiesta di rinvio per legittimo impedimento che, erroneamente, era stata disattesa dal Tribunale di Bologna con ordinanza in pari data.

Dall'esame degli atti, che questa Corte può conoscere in quanto giudice del fatto nelle questioni procedurali, si rileva che in data 8 maggio 2007 era pervenuta all'ufficio del giudice la dichiarazione con la quale l'imputato (omissis) aveva revocato la nomina dell'avvocato (omissis) e ribadito la nomina, quale suo unico difensore dell'avvocato (omissis). L'avvocato (omissis), peraltro moglie dell'imputato, a propria volta, in pari data, aveva chiesto il rinvio dell'udienza del 17 maggio 2007 allegando un certificato medico nel quale si dava atto dello stato di gravidanza indicando la data presunta del parto al 25 maggio 2007, richiesta ribadita in udienza dall'avvocato (omissis).

Nel respingere la richiesta di rinvio per legittimo impedimento il giudice monocratico dava atto che il neo-difensore apparteneva allo stesso studio dell'imputato, avvocato (omissis); che la documentazione prodotta dall'avvocato (omissis) si limitava a certificare lo stato di gravidanza e ad asseverare la data del parto per il 25 maggio 2007; che la situazione non era assimilabile all'assoluto legittimo impedimento, non emergendo alcun quadro patologico connesso alla gravidanza e neppure constando il rischio di pregiudizio per la salute per eventuali spostamenti che il difensore avrebbe potuto affrontare con tutta calma in relazione all'agevole percorso tra Pordenone e Bologna; che la situazione di astensione obbligatoria per maternità nel lavoro dipendente non è concettualmente collegabile all'assoluto impedimento che, per il codice di rito, rileva ai fini del dibattimento penale; che, infine, la scansione temporale della nomina/revoca e la accertata pregressa e attuale contiguità tra imputato e neo difensore valevano a dimostrare la preordinazione della nomina/revoca all'ottenimento di un ingiustificato rinvio sulla scia di manovre dilatorie che avevano già caratterizzato la trattazione del procedimento. Di conseguenza, ritenuto legittimo il permanere della nomina dell'avvocato (omissis), nonostante la revoca del mandato, per effetto del mancato intervento del neo

difensore, disattendeva la richiesta di rinvio proseguendo l'udienza con la ~~escussione~~ ⁴ discussione del teste indicato dalla difesa, la discussione e la decisione. La Corte di appello, investita dell'eccezione della difesa, ribadiva la correttezza della decisione del Tribunale evidenziando la scansione della revoca dell'avvocato (omissis) - nomina dell'avvocato (omissis) - richiesta di rinvio per legittimo impedimento come preordinata alla dilazione della decisione e, pertanto tamquam non esset la intervenuta revoca dell'avvocato (omissis) (omissis).

Rileva il Collegio che la ricostruzione compiuta dai giudici del merito, con riferimento al momento della nomina dell'avvocato (omissis), asseritamente strumentale e proposta in vista dell'avvalersi della richiesta di rinvio, è smentita dalla produzione in atti dalla quale risulta che la nomina dell'avvocato (omissis) era intervenuta il precedente 26 gennaio 2007, ed era contenuta in una memoria della difesa che il giudice aveva siglato il 30 gennaio 2007 allegandola agli atti del processo.

Risulta, pertanto, infondata la ricostruzione dei giudici bolognesi nella parte in cui la revoca dell'avvocato (omissis), quale difensore di fiducia, è stata ritenuta inefficace perché l'imputato non era assistito da difensore di fiducia, conclusione che neppure appare giustificata da sperimentate manovre dilatorie che, secondo la motivazione dell'ordinanza del tribunale bolognese, erano costituite dal comportamento dilatorio dispiegato all'udienza del 13 giugno 2006 e dalla mancata citazione del teste della difesa alla precedente udienza. Questa Corte ha descritto la condotta di abuso del processo che si concretizza in un vizio per sviamento, della funzione ovvero in una frode alla funzione e che si realizza allorché un diritto o una facoltà processuali sono esercitati per scopi diversi da quelli per i quali l'ordinamento processuale astrattamente li riconosce all'imputato, il quale non può in tale caso invocare la tutela di interessi che non sono stati lesi e che non erano in realtà effettivamente perseguiti (Sez. U, n. 155 del 29/09/2011, dep. 2012, Rossi e altri, Rv. 251496), vizio che è stato individuato e ritenuto sussistente in presenza di comportamenti, quali un numero esagerato di iniziative difensive, il reiterato avvicendamento di difensori in chiusura del dibattimento, la proposizione di eccezioni di nullità manifestamente infondate e di istanze di ricusazione inammissibili, proposti con il solo obiettivo di ottenere una reiterazione tendenzialmente infinita delle attività processuali ma che non è ragionevolmente integrato da mere condotte dilatorie - non meglio descritte - ovvero dalla mancata citazione di un teste.

3.E', altresì, erronea la decisione del giudice nella parte in cui è stata disattesa la richiesta di rinvio per impedimento del difensore, conclusione frutto di una valutazione meccanicistica della nozione di *assoluto impedimento* che non è stata adeguatamente rapportata al caso concreto.

Se è vero, infatti, che, secondo risalente giurisprudenza di questa Corte, il solo stato di avanzata gravidanza non può di per se costituire causa di legittimo impedimento in mancanza di specifiche attestazioni sanitarie (nel caso di specie non allegate) indicative del pericolo

derivante dall'espletamento delle attività ordinarie e/o professionali (cfr. sul punto Sez. 5, Sentenza n. 8129 del 14/02/2007, Rv. 236526), nondimeno nella concreta fattispecie, si era in presenza di una data indicativa del parto molto prossima a quella dell'udienza (indicata al 25 maggio 2007, rispetto all'udienza del 17 maggio) e di un impegno professionale da assolvere in una sede giudiziaria distante da quella in cui era ubicato lo studio dell'avvocato richiedente, circostanze che, anche sulla base di nozioni di comune esperienza, imponevano una valutazione dell'addotto legittimo impedimento strutturata su tali peculiarità e non ritagliata esclusivamente sulla mancata allegazione di un imminente pericolo per la salute della donna o del feto. Si rivela formale anche il riferimento alla impossibilità di applicare al difensore, in quanto libero professionista la normativa in materia di astensione obbligatoria, prevista per le lavoratrici dipendenti perché a differenza di queste ultime le libere professioniste possono scegliere liberamente le modalità di lavoro, rilievo che correttamente rapportato alla fruizione di indennità e trattamenti previdenziali non si confronta con la specifica problematica connessa alla necessità di tutela della salute nella imminenza del parto, tutela collegata alla normale evoluzione della gestazione ed alle fasi della maternità che precedono il momento del parto.

Rileva il Collegio che con specifico riferimento allo stato di gravidanza, il nuovo testo dell'art. 420-ter cod. proc. pen., in vigore dal 1.01.2018, prevede al comma 5-bis che: «Agli effetti di cui al comma 5 il difensore che abbia comunicato prontamente lo stato di gravidanza si ritiene legittimamente impedito a comparire nei due mesi precedenti la data presunta del parto e nei tre mesi successivi ad esso. Trattasi, certamente, di una norma non avente valore retroattivo, stante la sua natura processuale ma che ha codificato, anche a seguito di numerosi e risalenti protocolli di intesa tra Consigli dell'Ordine e le corrispondenti Autorità Giudiziaria, un sistema di tutela, in linea con il diritto di difesa e con il principio di eguaglianza sostanziale previsto dall'art. 3 della Costituzione.

Erroneamente pertanto, in relazione ad un'udienza nella quale si sono svolte attività di fondamentale rilievo (l'escussione del teste della difesa) e la discussione delle parti con la conseguente emissione della sentenza, il Tribunale ha disatteso la richiesta di rinvio per legittimo impedimento del difensore – che avrebbe comportato la sospensione del termine di prescrizione – ed ha svolto le attività difensive ritenendo ancora efficace l'incarico difensivo di fiducia all'avvocato (omissis) , viceversa revocato dall'imputato e in presenza di valida e risalente nomina di difensore di fiducia.

Da tale vizio consegue la nullità della sentenza di primo grado e di quella di appello che ha disatteso, con motivazioni adesive a quelle formulate in primo grado, l'eccezione di nullità sollevata con i motivi di gravame e che, in applicazione del disposto di cui all'art. 578 cod. proc. pen., era pervenuta alla dichiarazione di prescrizione del reato, confermando le statuizioni civili.

4. Il Collegio, in presenza della rilevata nullità processuale assoluta, non può ricalcare tale *iter* processuale e non può procedere, in relazione alle statuizioni civili, ad un annullamento con rinvio al giudice civile, ai sensi dell'art. 622 cod. proc. pen..

Il tema involge l'esame dei rapporti tra il concorso della causa di estinzione del reato di cui all'art. 129 cod. proc. pen. e la ricorrenza di nullità assolute ed insanabili e della prevalenza da assegnare, nel giudizio di legittimità, all'una ovvero alle altre, tema in sé complesso e sul quale si innestano le previsioni di cui all'art. 578 cod. proc. pen. e, in tema di statuizioni civili, le problematiche connesse, in caso di annullamento, alla individuazione del giudice di rinvio, se civile o penale ed è stato decisamente risolto da una risalente sentenza di questa Corte, resa a Sezioni Unite.

Si è, in vero, affermato che il principio di immediata declaratoria di determinate cause di non punibilità sancito dall'art. 129 cod. proc. pen. impone che nel giudizio di cassazione, qualora ricorrano contestualmente una causa estintiva del reato e una nullità processuale assoluta e insanabile, sia data prevalenza alla prima, salvo che l'operatività della causa estintiva non presupponga specifici accertamenti e valutazioni riservati al giudice di merito, nel qual caso assume rilievo pregiudiziale la nullità, in quanto funzionale alla necessaria rinnovazione del relativo giudizio (Sez. U, n. 17179 del 27/02/2002 - dep. 08/05/2002, Conti D, Rv. 221403), situazione che ricorre nel caso in esame, in presenza di statuizioni civili che impongono una espressa pronuncia del giudice.

A tal riguardo nella sentenza ora richiamata è stata evidenziata la peculiarità della fattispecie in cui la sentenza di merito, afflitta da nullità processuale assoluta ed insanabile, ha deciso non solo in ordine al reato, per il quale è sopravvenuta la prescrizione, ma anche in ordine alle restituzioni o al risarcimento dei danni cagionati dal reato: in tal caso, la nullità, anche se non funzionale alla operatività della prescrizione, deve essere comunque rilevata e dichiarata in sede di legittimità, perché si riverbera sulla validità delle statuizioni civili. Solo nel caso in cui la nullità travolge il giudizio di secondo grado, ma non quello di primo grado, conclusosi con sentenza di condanna, la Corte di Cassazione, fermo restando l'obbligo dell'immediata dichiarazione di estinzione del reato per sopravvenuta prescrizione, deve annullare la sentenza impugnata anche con riferimento ai capi che riguardano l'azione civile e rinviare, ex art. 622 cod. proc. pen., al giudice civile competente per valore in grado di appello. Se la nullità travolge, invece, sia il giudizio di secondo grado che quello di primo grado, le relative sentenze vanno annullate senza rinvio: la pacifica prescrizione sopravvenuta del reato, infatti, definisce l'aspetto penale, mentre i capi della sentenza relativi agli interessi civili vanno, per così dire, azzerati, perché viene meno una delle condizioni per l'applicabilità dell' art. 578 cod. proc. pen., vale a dire l'esistenza di una valida sentenza di condanna anche generica dell'imputato, pronunciata a favore della parte civile in primo grado o in appello.

5. Alla luce di tutto quanto esposto, agevole è la soluzione del caso portato alla cognizione del Collegio: la rilevata nullità, assoluta ed insanabile, attinente alla costituzione del rapporto

processuale di primo grado si è riverberata su tutta l'attività processuale successiva, rendendola nulla. Tanto la sentenza impugnata quanto quella di primo grado vanno, pertanto, annullate senza rinvio, rimanendo assorbito nella pronuncia l'esame degli ulteriori motivi di ricorso.

P.Q.M.

Annulla senza rinvio la sentenza impugnata, nonché quella di del Tribunale di Bologna del 17 maggio 2007.

Così deciso il 23 novembre 2017

Il Consigliere relatore
Emilia Anna Giordano

Il Presidente
Giorgio Fidelbo

