

Osservatorio sulla Corte di Cassazione

Difesa e difensori - Astensione

La decisione

Difesa e difensori - Astensione per agitazione collettiva - Giudizi camerali - Rinvio dell'udienza - Poteri valutativi del giudice (C.p.p., art. 420-ter).

In caso di rituale adesione del difensore all'astensione per agitazione collettiva di categoria, il giudice non può disporre la prosecuzione del giudizio, neppure ove si tratti di giudizio camerale.

CASSAZIONE PENALE, SEZIONE SESTA, 17 gennaio 2014 (ud. 24 ottobre 2013) - LANZA, *Presidente* - FIDELBO, *Relatore* - P.G., (diff.) - A.A., *ricorrente*.

Il commento

Osservazioni a prima lettura

1. Nel caso di specie la Corte territoriale aveva respinto l'istanza avanzata dal difensore di rinvio dell'udienza, motivata dall'adesione all'astensione dalle attività giudiziarie proclamata dall'Unione delle Camere Penali Italiane, sul presupposto della inapplicabilità dell'impedimento a comparire nel giudizio abbreviato d'appello.

La Corte di merito aveva aderito a una costante giurisprudenza della Cassazione¹, secondo la quale era escluso il diritto al rinvio per adesione all'astensione del difensore nelle udienze camerali, nelle quali sia prevista la partecipazione del difensore solo facoltativa. In particolare quanto al giudizio abbreviato in appello (art. 599 c.p.p.), secondo le decisioni precedenti, l'impedi-

¹ Orientamento che ha avuto origine con Cass., Sez. Un., 8 aprile 1998, Cerroni, in *Cass. pen.*, 1999, 2069; Id., Sez. VI, 23 settembre 2004, Di Gregorio, in *Arch. n. proc. pen.*, 2005, 705; Id., Sez. V, 6 aprile 2006, V.G., in *Riv. pen.*, 2007, 557; Id., Sez. VI, 24 maggio 2006, Guarino, in *Mass. Uff.*, n. 234726; Id., Sez. V, 19 febbraio 2009, L.P.P., in *Riv. giur. Sarda*, 2010, 721, con nota di LEONI; Id., Sez. V, 16 luglio 2010, Borra, in *Mass. Uff.*, n. 248435. In dottrina: BARBIERI, *Astensione collettiva degli avvocati dalle udienze e sospensione del corso della prescrizione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 707; DI BITONTO, *Le Sezioni Unite reinterpretano il combinato disposto degli artt. 159 c.p. e 304 c.p.p.: l'astensione collettiva dei difensori dalle udienze penali sospende il corso della prescrizione*, in *Cass. pen.* 2002, 1316; DIDI, *Ipotesi sospensive della prescrizione tra diritto e processo*, in *Nuove norme su prescrizione del reato e recidiva*, a cura di Scalfati, Padova, 2006, p. 142; PERONI, *La partecipazione all'astensione collettiva del difensore non costituisce impedimento*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 971.

mento del difensore non era previsto esplicitamente a differenza di quanto previsto nell'articolo 420-ter e nell'articolo 441, co. 1, c.p.p. e pertanto l'udienza sarebbe rinviabile solo per legittimo impedimento dell'imputato che abbia chiesto di essere sentito personalmente ovvero che abbia manifestato la volontà di comparire².

La sentenza che si annota inverte la rotta sulla natura dell'istituto dell'astensione forense, riconoscendo finalmente che non possa essere relegato a un "semplice legittimo impedimento partecipativo", da ciò derivando essenziali conseguenze in tema di applicazione delle regole e delle garanzie difensive.

La questione è, invero, controversa, tanto che contemporaneamente alla sentenza in commento³, la quinta sezione della Cassazione ha rimesso alle Sezioni Unite il quesito afferente alla definizione dell'esatto ambito di operatività e di cogenza della normativa autoregolamentare e se permanga il potere del giudice di disporre la prosecuzione del giudizio in presenza di esigenze di giustizia non contemplate dal codice di autodisciplina. Sono passati solo sei mesi dall'ultima decisione sul tema emessa dalle Sezioni unite⁴ e risolta «*in senso garantista*» con il riconoscimento del principio secondo cui il codice di autoregolamentazione «*assume valore di normativa secondaria alla quale occorre conformarsi*».

È certo che l'approccio restrittivo che escludeva il diritto di astensione nelle udienze camerali, coltivato costantemente nella giurisprudenza, abbia frustrato la reale natura dell'istituto dell'astensione, riconosciuto dalla legge 8 aprile 2000 n. 83, in precedenza disciplinata dalla legge 12 giugno 1990, n. 146, recante norme sull'esercizio dello sciopero nei servizi pubblici essenziali e sulla salvaguardia dei diritti della persona costituzionalmente tutelati.

Per la Corte costituzionale l'astensione forense, nonostante non sia configurabile al livello di un vero e proprio diritto di sciopero tutelato dall'art. 40 della Carta costituzionale, tuttavia è inequivocabilmente un «*diritto di libertà, riconducibile alla categoria dei diritti di libertà dei singoli e dei gruppi che ispira l'intera prima parte della Costituzione e che appartiene all'ambito del diritto di associazione*»⁵.

² Cass., Sez. V, 6 aprile 2006, V.G. in *Riv. pen.*, 2007, 557; Id., Sez. VI, 24 maggio 2006, G.A., in *Riv. pen.*, 2007, 661; Id., Sez. VI, 20 febbraio 2007, M.M., D.C., D.M.V.R., T.E., M.T., S.M.; *ivi*, 2008, 817; Id., Sez. V, 16 luglio 2010, B.D. e S.S., in *Mass. Uff.*, n. 248435.

³ V. Cass., Sez. V, 30 dicembre 2013, Lattanzio, in *questa Rivista* online, con nota a prima lettura di LA ROCCA.

⁴ Cass., Sez. un., 30 maggio 2013, Ucciero, in *Mass. Uff.*, n. 255346.

⁵ Corte cost., n. 171 del 1996; per un approfondimento sull'art. 18 Cost. si veda RIDOLA, *Associazione, Libertà di associazione*, in *Enc. Giur.*, III, Roma, 1988, p. 8; ROSSI, *Le formazioni sociali nella Costitu-*

La conclusione sul punto è esplicitamente argomentata nella sentenza che si annota con la seguente affermazione: «*una volta che si ammette che con il riconoscimento di questa forma di protesta di categoria si garantisce la libertà di ogni formazione sociale, nella tutela concorrente di altri valori di rango costituzionale, risulta riduttivo equipararla ad una qualsiasi ipotesi di impedimento a comparire, nel senso che con la dichiarazione di astensione dalle udienze, il difensore esercita un diritto, che il giudice deve riconoscere, purché il suo esercizio avvenga nel rispetto della legge*». A riscontro va richiamato il pacifico orientamento della Cassazione secondo cui in caso di rinvio per astensione del difensore non trovi applicazione il limite massimo di sessanta giorni di sospensione della prescrizione, in quanto il termine resta sospeso per tutto il periodo di differimento dell'udienza⁶. La richiesta di rinvio per adesione all'astensione collettiva «*deve essere considerata una richiesta tutelata dall'ordinamento col diritto ad ottenere un differimento, ma non costituisce un impedimento in senso tecnico, visto che non discende da una assoluta impossibilità a partecipare all'attività difensiva*»⁷; in numerose sentenze la Cassazione definisce espressamente l'esistenza di un «*diritto al rinvio per astensione*»⁸. Se la sospensione della prescrizione in questo caso di rinvio si applica per tutto il periodo di differimento del processo e quindi oltre i sessanta giorni previsto dall'art. 159 c.p., di conseguenza la natura dell'istituto dell'astensione non potrà essere sovrapponibile con quello del legittimo impedimento. L'astensione del difensore è a tutti gli effetti un diritto al rinvio dell'udienza quando siano state rispettate le prescrizioni di legge e del codice di autoregolamentazione. La differenza tra i due istituti appare inconciliabile: da una parte il diritto alla difesa, nel legittimo impedimento, e dall'altra quello al diritto di libertà e di associazione (art. 18 Cost.).

Le regole dell'astensione sono disciplinate da leggi che hanno bilanciato tale diritto con il buon andamento dell'amministrazione della giustizia. Continuano le prese di posizione ferme nel tentativo di concedere al giudice l'ultima parola sul bilanciamento degli interessi in gioco, riducendo la natura del codice di autoregolamentazione, ad «*un atto che vincola i soli associati*»⁹. Nessun potere discrezionale del giudice può essere consentito quando i diritti fonda-

zione Italiana, Padova, 1989, p. 170 ss.; RIGANO, *Comm. Cost.*, a cura di Bifulco, Celotto, Olivetti, Milano, 2006, p. 404 ss.

⁶ Cass., Sez. III, 17 ottobre 2007, Regine, in *Mass. Uff.*, n. 238544, Id., Sez. V, 14 novembre 2007, M.M., *ivi*, n. 237914 e in *Riv. pen.* 2008, 7-8, 843; Id., Sez. I, 4 febbraio 2009, T.F., *ivi*, n. 243374; Id., Sez. V, 8 febbraio 2010, P.M., *ivi*, n. 247142; Id., Sez. IV, 29 gennaio 2013, M.Q. *ivi*, n. 256067.

⁷ Cass., Sez. II, 29 ottobre 2008, n. 44391, Palumbo.

⁸ Cass., Sez. VI, 13 maggio 2010, M.T., in *Mass. Uff.*, n. 248584.

⁹ Cass., Sez. II, 19 aprile 2013, Di Giorgio, in *Mass. Uff.*, n. 255937.

mentali dei soggetti destinatari della funzione giudiziaria (principi e valori costituzionali del buon andamento dell'amministrazione giudiziaria) risultino tutelati con la libertà di astensione. Esistono condivise e ratificate regole normative precostituite al diritto di libera protesta e nell'ordinamento sono presenti robusti istituti in grado di assicurare tutela ai principi e ai diritti astrattamente pregiudicati dall'astensione e dal conseguente rinvio. Il giudice non può arrogarsi potestà di contemperamento in concreto di omologhi interessi anche se non contemplati esplicitamente nel codice di autoregolamentazione. Qual è l'interesse costituzionale tutelato dal giudice che rigetti la richiesta di rinvio del difensore per astensione «*per il grave disagio di un teste chiamato a testimoniare da città lontana rispetto al luogo di svolgimento del processo?*» È quanto si legge nell'ordinanza di rimessione alle sezioni unite del 21 dicembre 2013 in evidente contrasto con uno spirito garantista e di tutela della libertà di protesta degli avvocati¹⁰.

Invero unici riferimenti nella valutazione del giudice sulla legittimità della richiesta di rinvio del difensore per adesione all'astensione, rimangono le disposizioni della legge e del codice di autoregolamentazione¹¹. L'astensione degli avvocati è un diritto di libertà il cui esercizio è subordinato a regole e limiti previsti espressamente dalla legge e dai codici di auto disciplina e ne conviene inequivocabilmente anche la decisione della Corte in commento, che esplicitamente afferma ribadisce che il dovere per il giudice di accogliere la richiesta di differimento una volta verificato il rispetto della procedura di astensione¹². D'altra parte l'art. 3 del codice di autoregolamentazione riconosce il diritto del difensore alla astensione nel processo penale per le udienze, per gli atti di indagine preliminare o per qualsiasi altro atto o adempimento per il quale sia prevista la sua presenza ancorché non obbligatoria. Il giudice deve esigere il rispetto delle regole del codice di autoregolamentazione: rituale e tempestiva proclamazione dell'astensione da parte di un organo di rappresentanza della categoria, informazione del difensore all'autorità giudiziaria procedente. Null'altra forma di controllo è consentita; la stessa legge ammette lo sciopero

¹⁰ Cass., Sez. V, 21 dicembre 2013, (ord.), L.A., in *Mass. Uff.*, n. 51524.

¹¹ Cass., Sez. Un., 30 maggio 2013 cit. Nella decisione viene affrontato il profilo di violazione dell'articolo 4 del codice di autoregolamentazione nell'ambito del rinvio delle udienze riguardanti procedimenti con misure cautelari. L'articolo su indicato esclude espressamente che l'astensione possa riguardare le udienze penali afferenti misure cautelari. Sul valore giuridico attribuito al codice di autoregolamentazione LOMBARDI, *Principi di deontologia professionale ed efficacia normativa nell'ordinamento giuridico statale*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 199.

¹² Testualmente si legge in sentenza: «una volta che tali regole risultano osservate il giudice non può che accogliere la richiesta di differimento dell'udienza formulata dal difensore che dichiara di aderire all'astensione collettiva, a condizione che sia stata proclamata a norma di legge».

improvviso quando viene in gioco il pericolo di lesione irreparabile di diritti fondamentali, con previsione di una mera sanzione pecuniaria a carico dell'organo rappresentativo proclamante (fino a 500 euro per ciascun manifestante) in caso di ingiustificata accelerazione della dichiarazione di astensione dichiarata *ex post*.

Sulla base di queste premesse in relazione alla astensione non può esistere alcuna distinzione tra udienze a cui il difensore deve partecipare in via obbligatoria ovvero la partecipazione sia facoltativa. Come riconosciuto anche dalla sentenza in commento, deve essere assicurato il diritto al rinvio per adesione all'astensione per tutti i procedimenti, anche per quelli a partecipazione eventuale, tra i quali i giudizi di opposizione avverso le richieste di archiviazione o il giudizio di appello a seguito di rito abbreviato.

Nella prospettiva di attuazione effettiva dei principi del giusto processo, il legittimo impedimento del difensore andrebbe esteso a tutti i casi in cui è configurabile la necessità dell'intervento, dell'assistenza e della rappresentanza dell'imputato per assicurare l'inviolabilità del diritto alla difesa in ogni stato e grado del procedimento¹³.

Il diritto di astensione fino ad oggi è stato sempre pregiudicato nei casi di presenza facoltativa del difensore; non si può condizionare l'avvocato, obbligandolo a scegliere tra il diritto costituzionale di libertà e di associazione e il dovere di difesa tecnica del proprio assistito. Si finirebbe col comprimere ingiustificatamente il diritto alla difesa effettiva in spregio ai limiti segnati dalla Corte Costituzionale in numerose decisioni nelle quali è ammessa una limitazione solo in casi eccezionali certamente diverse dalle ipotesi di rinvio del processo per astensione¹⁴.

Con questa sentenza in commento si intraprende una strada nel rispetto dei diritti fondamentali e delle garanzie di una difesa effettiva. Speriamo di non assistere a brusche e repentine marce indietro.

VINCENZO COMI

¹³ Cass., Sez. I, 26 novembre 1997, Cerroni, in *Giur. it.*, 1998, 1681, con nota di RANALDI, *Nuove prospettive per l'effettività della difesa all'udienza camerale*.

¹⁴ Tra le altre si veda Corte cost. n. 219 del 1994. Sull'art. 24 Cost., POLICE, *Comm. Cost.*, a cura di Bifulco, Celotto, Olivetti, cit., p. 501 ss.