

Astensione, diritto di libertà del difensore

Opinioni

GIORGIO SPANGHER

1. Con l'ordinanza del 2 maggio 2017 il Tribunale di Roma rigettava la richiesta del difensore di rinvio dell'udienza per adesione all'astensione proclamata dall'Unione delle Camere Penali e ordinava di procedere al dibattimento. Il provvedimento era motivato sulla base di quanto previsto dall'art. 4 del Codice di autoregolamentazione della astensione dalle udienze degli avvocati, approvato dall'OUA, AIGA, ANF, UNCC, nonché dalla stessa Unione Camere Penali italiane e valutato idoneo dalla Commissione di Garanzia dell'Attuazione della Legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali.

2. Sul punto appare opportuno riportare due passi della motivazione di due decisioni delle Sezioni Unite che hanno affrontato questo profilo particolare della mancata partecipazione all'udienza dei difensori per la partecipazione alla astensione dalle udienze proclamata dall'organismo rappresentativo dell'Avvocatura penale. In particolare, Cass. SS.UU. 18 dicembre 2014, n. 4909/2015, Torchio: " 7. Mette conto evidenziare che secondo l'interpretazione ormai consolidata di questa Corte il limite massimo di sessanta giorni di sospensione del corso della prescrizione non può trovare applicazione nel caso di astensione del difensore dalle udienze, restando il termine prescrizionale sospeso per l'intero periodo di differimento: e ciò, perché detta astensione non costituisce impedimento in senso tecnico bensì un vero e proprio "diritto al rinvio" quale immediata conseguenza dell'esercizio del diritto costituzionale di libertà di associazione del difensore. Si è conseguentemente sostenuto che la richiesta di rinvio dell'udienza per aderire ad una 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: di tal che, la richiesta di differimento dell'udienza per aderire ad una astensione collettiva si inquadra nella seconda ipotesi prevista dall'articolo 159 c.p., comma 1, n. 3, (tra le tante: Sez. 4, n. 10621 del 29/01/2013, M., Rv. 256067; Sez. 6, n. 26079 del 13/05/2010, G.G.; Sez. 5, n. 18071 del 08/02/2010, Piacentino, Rv. 247142; Sez. 2, n. 44391 del 29/10/2008, Palumbo; Sez. 1, n. 25714 del 17/06/2008, Arena, Rv. 240460). Dunque, l'adesione all'astensione

collettiva va inquadrata all'Interno dell'esercizio di un diritto: per un verso, il concetto di "impedimento a comparire" risulta chiaramente incompatibile con una condotta (quella di non intervenire all'udienza in forza dell'adesione alla proclamata astensione dalle udienze) non imposta da eventi o cause esterne ma frutto della libera volontà di scelta del professionista interessato; e, per altro verso, appare non priva di significato la riconducibilità dell'adesione in oggetto all'Interno del diritto di associazione costituzionalmente tutelato dall'articolo 18, così come affermato dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 171 del 1996: il Giudice delle leggi, in particolare, ha qualificato l'astensione degli avvocati come "manifestazione incisiva della dinamica associativa volta alla tutela di questa forma di lavoro autonomo", si' da escludere che l'astensione possa "essere ricondotta a mera facoltà di rilievo costituzionale", rientrando piuttosto nell'ambito dei diritti "di libertà dei singoli e dei gruppi che ispira l'intera prima parte della Costituzione". Le stesse Sezioni Unite hanno ritenuto di dover aderire a tale opzione con la sentenza n. 26711 del 30/05/2013, Ucciero, laddove è stato precisato che l'adesione all'astensione di categoria è "un diritto, e non semplicemente un legittimo impedimento partecipativo". L'astensione degli avvocati dalle udienze – in conseguenza della Legge n. 83 del 2000, che ha novellato la Legge n. 146 del 1990 (disciplina dell'esercizio del diritto di sciopero nei servizi essenziali) con l'introduzione dell'articolo 2 bis) e del codice di autoregolamentazione delle astensioni dalle udienze degli avvocati, adottato il 4 aprile 2007 dagli organismi di categoria e valutato idoneo dalla Commissione di garanzia dell'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali con deliberazione del 13 dicembre 2007 – ha acquisito una piena legittimazione nel nostro ordinamento giuridico quale diritto di libertà, il cui esercizio resta solo subordinato ad una serie di regole e formalità: di tal che, una volta che queste risultano rispettate, il giudice è tenuto ad accogliere la richiesta di rinvio dell'udienza formulata dal difensore che dichiara di aderire all'astensione collettiva (proclamata a norma di legge) senza alcun margine di discrezionalità." Con la precedente sentenza Cass. SS.UU. 27 marzo 2014, n. 40187/2014, Lattanzio, si era già sostenuto che doveva affermarsi il principio peraltro enunciato in precedenza da plurime decisioni conformi secondo cui in capo al difensore è configurabile un vero e proprio diritto all'astensione costituzionalmente tutelato (qualora siano rispettate le specifiche norme primarie e secondarie in materia) e non una mera libertà, e che le norme del codice di autoregolamentazione, dichiarato idoneo e pubblicato (o quelle della regolamentazione provvisoria), sono norme di diritto oggettivo vincolanti erga omnes. Cosicché le Sezioni Unite affermavano i seguenti principi di diritto: "Il codice di autoregolamentazione delle astensioni dalle udienze degli avvocati, dichiarato idoneo dalla Commissione di garanzia per l'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali, con deliberazione del 13 dicembre 2007 e pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 3 del 4 gennaio 2008 (così come la previgente Regolamentazione provvisoria dell'astensione collettiva degli avvocati dall'attività giudiziaria, adottata dalla Commissione di garanzia con deliberazione del 4 luglio 2002, e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 171 del 23 luglio 2002), costituisce fonte di diritto oggettivo contenente norme aventi forza e valore di normativa secondaria o regolamentare, vincolanti erga omnes, ed alle quali anche il giudice è soggetto in forza dell'articolo 101 Cost., comma 2". "Il bilanciamento tra

il diritto costituzionale dell'avvocato che aderisce all'astensione dall'attività giudiziaria e i contrapposti diritti e valori costituzionali dello Stato e dei soggetti interessati al servizio giudiziario, è stato realizzato, conformemente alle indicazioni della sentenza costituzionale n. 171 del 1996, in via generale dal legislatore primario con la Legge n. 146 del 1990 (come modificata e integrata dalla Legge n. 83 del 2000) e dalle suddette fonti secondarie alle quali è stata dalla legge attribuita la competenza in materia, mentre al giudice spetta normalmente il compito di accertare se l'adesione all'astensione sia avvenuta nel rispetto delle regole fissate dalle competenti disposizioni primarie e secondarie, previa loro corretta interpretazione”.

3. Posta in questi termini, la decisione del Tribunale di Roma, in quanto non conforme al diritto vivente e ad una interpretazione costituzionalmente orientata, appare illegittima. A suffragare ulteriormente queste conclusioni conducono vari elementi sviluppatasi in successione: nuovo codice di procedura penale e nuovo ruolo dell'avvocato; funzione dei Consigli dell'Ordine forense in materia disciplinare (art. 105 cpp); riconduzione dell'adesione all'astensione tra le cause di legittimo impedimento; la disciplina dell'art. 486 comma 5 cpp e sua sostituzione con l'art. 420 ter comma 5 cpp; un intervento della Corte Costituzionale con la sentenza n. 114 del 1994 che, seppur di inammissibilità, conteneva in motivazione l'invito al legislatore a considerare l'astensione dalle udienze come riconducibile allo sciopero dei servizi pubblici essenziali ex l. n. 146 del 1990. La incertezza perdurante sul ruolo e sulle ricadute dell'astensione degli avvocati dalle udienze nuovamente affrontata dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 171 del 1996, che – perdurando il silenzio del legislatore – dichiarò l'incostituzionalità di alcune norme della l. n. 146 del 1990 ed in particolare dell'art. 2 commi 1 e 5 prescrivendo un congruo avviso ed una ragionevole durata dell'astensione collettiva dall'attività giudiziaria degli avvocati. In forza di questa decisione, l'astensione entrava nel raggio di operatività della l. n. 146 del 1990. Alcune di quest'ultima legge con la materia de qua rese necessario l'intervento normativo della l. n. 83 del 2000, con accentuazione del ruolo del codice di autoregolamentazione da parte degli organismi di rappresentanza della categoria. In questo contesto si colloca sia la delibera della commissione di garanzia del 4 luglio 2002 (G.U. 23 luglio 2002), ma soprattutto quella del 13 dicembre 2007 (G.U. 4 gennaio 2008). Le riferite vicende del tema qui considerato, si innestano significativamente nella modifica dell'art. 159 cp, ad opera della l. n. 251 del 2005 che distingue le ipotesi di sospensione della prescrizione per legittimo impedimento da quelle su richiesta dell'imputato o del difensore, – differenziando nettamente i due casi: solo nel primo, infatti, la sospensione della prescrizione opera nel limite di sessanta giorni dal termine dell'impedimento. Ne è conseguito, in ragione della libertà di scelta del difensore, la collocazione dell'astensione al di fuori delle situazioni di legittimo impedimento, e quindi in quanto frutto di una valutazione soggettiva, al di fuori dei casi di cui agli artt. 420 ter comma 5 e 484 comma 2 bis cpp. In questo quadro si colloca la giurisprudenza che porta alle due decisioni delle Sezioni Unite ricordate in esordio. Si tratta, quindi, della estrinsecazione di un diritto di rilevanza costituzionale al cui presidio sono poste la previsione del codice di autoregolamentazione e la previsione

dell'organo nazionale di garanzia. A differenza del legittimo impedimento che potrà essere valutato in una logica di bilanciamento, la richiesta di astensione- ricorrendo i riferiti presupposti di copertura (tempestiva comunicazione, durata) – non può essere bilanciata dal giudice da considerazioni di opportunità a dover essere disposta, anche perché tutti i possibili interessi antagonisti sono già stati valutati e assorbiti dalla mancanza di implicazioni negative (come quella del maturare della prescrizione o di altri interessi). Deve, in conclusione, ribadirsi – ancora una volta sulla scorta delle Sezioni Unite del 27 marzo 2014, Lattanzio – che alla luce dell'attuale sistema normativo, dunque, appare difficile che possano residuare diritti o valori costituzionali diversi ed ulteriori rispetto a quelli considerati dalla legge o dal codice di autoregolamentazione, tali da poter ancora giustificare l'esercizio di un potere discrezionale del giudice volto a limitare il diritto costituzionale di libertà del difensore di astenersi.