

Con sentenza n. 40393 del 19 settembre 2022 (dep. 26 ottobre 2022), la quinta sezione penale della Corte di cassazione ha ricordato che l'astensione del difensore non è preclusa ove l'imputato non sia assoggettato a custodia cautelare ed abbia consentito all'astensione stessa.

Nei procedimenti relativi a misure cautelari personali non è consentita l'astensione dalle udienze da parte del difensore che aderisca ad una protesta di categoria, in quanto l'art. 4 del "Codice di autoregolamentazione delle astensioni dalle udienze degli avvocati", adottato il 4 aprile 2007 e ritenuto idoneo dalla Commissione di garanzia dell'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi essenziali con delibera del 13 dicembre 2007, avente valore di normativa secondaria, esclude espressamente che l'astensione possa riguardare le udienze penali "afferenti misure cautelari".

La Corte costituzionale, con la sentenza n. 180 del 2018, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 2-bis, L. 13 giugno 1990, n. 146, nella parte in cui consente che il suddetto Codice di autoregolamentazione, nel regolare, all'art. 4, comma 1, lettera b), l'astensione degli avvocati nei procedimenti e nei processi in relazione ai quali l'imputato si trovi in stato di custodia cautelare, interferisca con la disciplina della libertà personale dell'imputato.

La Corte ha rilevato infatti che è decisiva la prescrizione della riserva di legge, di carattere assoluto, che pone l'art. 13, comma 5, Cost. : è la legge che stabilisce i limiti massimi della carcerazione preventiva, oggi custodia cautelare. La tutela della libertà personale, che si realizza attraverso i limiti massimi di custodia cautelare, che l'art. 13, comma 5, Cost. demanda alla legge di stabilire, è "un valore unitario e indivisibile, che non può subire deroghe o eccezioni riferite a particolari e contingenti vicende processuali" (sentenza n. 299 del 2005) e i "limiti che deve incontrare la durata della custodia cautelare, discendono direttamente dalla natura servente che la Costituzione assegna alla carcerazione preventiva rispetto al perseguimento delle finalità del processo, da un lato, e alle esigenze di tutela della collettività, dall'altro, tali da giustificare, nel bilanciamento tra interessi meritevoli di tutela, il temporaneo sacrificio della libertà personale di chi non è ancora stato giudicato colpevole in via definitiva" (sentenze n. 219 del 2008 e n. 229 del 2005). La riserva di legge di cui all'art. 13, comma 5, Cost. è strettamente funzionale a disegnare lo statuto di tutela della libertà personale, collocato a livello di normazione primaria. È solo la legge che deve assicurare il minor sacrificio della libertà personale, cui ripetutamente ha fatto riferimento questa Corte a partire dalla fondamentale sentenza n. 64 del 1970; la quale - aprendo la via alla vigente disciplina in tema di termini massimi (di fase, complessivi e finali) della custodia cautelare - ha evidenziato che con l'art. 13, comma 5, la Costituzione ha voluto evitare che il sacrificio della libertà determinato dalla custodia cautelare "sia interamente subordinato alle vicende del procedimento"; ed ha, pertanto, voluto che, con la legislazione ordinaria, si determinassero i limiti temporali massimi della carcerazione preventiva, al di là dei quali verrebbe compromesso il bene della libertà personale, che costituisce una delle basi della convivenza civile.

La Corte stessa ha, dunque, concluso nel senso che "la disposizione censurata viola la riserva di legge posta dall'art. 13, comma 5, Cost. nella parte in cui consente al codice di autoregolamentazione di interferire nella disciplina nella libertà personale; interferenza consistente nella previsione che l'imputato sottoposto a custodia cautelare possa richiedere, o no, in forma espressa, di procedere malgrado l'astensione del suo difensore, con l'effetto di determinare, o no, la sospensione, e quindi il prolungamento, dei termini massimi (di fase) di custodia cautelare".

Con la sentenza n. 14 del 2019, il Giudice delle Leggi, affermando che la disposizione sulle prestazioni indispensabili in materia penale contenuta nel codice di autoregolamentazione delle astensioni dalle udienze degli avvocati deve essere ora valutata con riferimento alla sopravvenuta dichiarazione di parziale illegittimità costituzionale dell'art. 2-bis della legge n. 146 del 1990, per effetto della la prescrizione di cui all'art. 4 del codice di autoregolamentazione delle astensioni dalle udienze degli avvocati va posta a raffronto con la citata norma primaria (art. 2-bis) che più non consente — mentre prima (illegittimamente) non precludeva — che il codice predetto (nel regolare, all'art. 4, comma 1, lettera b, l'astensione degli avvocati nei procedimenti e nei processi in relazione ai quali l'imputato si trovi in stato di detenzione) interferisca

con la disciplina della libertà personale dell'imputato in ragione degli effetti sui termini di custodia cautelare secondo, alternativamente, la richiesta espressa dell'imputato di proseguire nel processo ovvero, all'opposto, il suo consenso anche tacito all'astensione del difensore, ha chiarito che non è più applicabile la condizione ostativa al dispiegarsi della regola posta dallo stesso codice di autoregolamentazione (art. 4, comma 1) che non consente l'astensione del difensore allorché l'imputato versi in stato di custodia cautelare.

Tutto quanto riportato delle richiamate pronunce sta a significare che, ove l'imputato non sia assoggettato a custodia cautelare ed abbia consentito all'astensione del difensore, questa non è preclusa. Del resto al detto approdo interpretativo era già giunta la Suprema Corte, enunciando il principio di diritto secondo cui, in tema di astensione del difensore dalle udienze, è illegittimo il provvedimento con cui il giudice di merito rigetti l'istanza di rinvio del difensore di imputato sottoposto a misura cautelare non custodiale, in quanto l'art. 4, lett. b) del vigente codice di autoregolamentazione di categoria disciplina esclusivamente, quale ipotesi ostativa all'esercizio del diritto di astenersi, la condizione dell'imputato in stato di custodia o di detenzione.

Nel caso di specie, pacifico il consenso prestato dall'imputato, sottoposto alla misura non custodiale del divieto di avvicinamento alle persone offese, alla astensione del difensore, questa è stata illegittimamente impedita.

#### Riferimenti Normativi:

- art. 13 Cost.
- art. 2-bis, L. 13 giugno 1990, n. 146