Cass., Sez. V Pen., 23 giugno 2020, n. 19088

“OMISSIS”

RITENUTO IN FATTO

Il difensore di (OMISSIS) propone ricorso per cassazione avverso l'ordinanza indicata in epigrafe, recante - in accoglimento di un atto di appello avanzato dal Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Trapani nei riguardi di un provvedimento di rigetto di una richiesta di restrizione della libertà - l'applicazione a carico della suddetta della misura cautelare del divieto di avvicinamento alla persona offesa. Secondo l'ipotesi accusatoria, la (OMISSIS) si sarebbe resa responsabile di atti persecutori, reato che si assume commesso in danno di (OMISSIS).

Con l'odierno ricorso si lamenta violazione di legge, deducendosi la nullità assoluta dell'ordinanza impugnata, perchè emessa dal Tribunale senza aver tenuto conto di una tempestiva ed espressa dichiarazione del difensore della (OMISSIS), con la quale era stata formalizzata per il 21/10/2019 l'astensione dalle attività di udienza in adesione ad una iniziativa di categoria. Il vizio deriva *ictu oculi* dall'esame degli atti e del provvedimento de quo, stante il mancato accoglimento dell'implicita istanza di rinvio correlata alla dichiarazione di astensione (o meglio, l'omesso esame della stessa, visto che il verbale dell'udienza camerale non ne fa alcuna menzione): l'indagata, in definitiva, rimase priva della necessaria assistenza tecnica, determinandosi una ragione di nullità rilevante ex articolo 178 c.p.p., comma 1, lettera c).

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. Il ricorso non può trovare accoglimento.

2. In primo luogo, è necessario esaminare il quadro di riferimento normativo in tema di disciplina dell'astensione degli avvocati in materia penale. In base al vigente codice di autoregolamentazione, quale testo di normazione secondaria nell'ambito disegnato dalla L. n. 146 del 1990, sono previste come indispensabili le prestazioni indicate all'articolo 4, secondo cui l'astensione non è consentita nei casi di:

- assistenza al compimento di atti di perquisizione e sequestro, a udienze di convalida dell'arresto e del fermo od a quelle afferenti misure cautelari, agli interrogatori ex articolo 294 c.p.p., all'incidente probatorio nei casi di urgenza, al giudizio direttissimo, alle attività di cui all'articolo 467 dello stesso codice di rito, nonché in relazione a procedimenti o processi che riguardino reati di prescrizione imminente (lettera a));

- procedimenti o processi relativi a contestazioni di reati per i quali l'assistito si trovi in stato di custodia cautelare o di detenzione (lettera b); sulla necessità che l'imputato chieda espressamente che si proceda malgrado l'astensione del proprio difensore, prevista dalla norma nella sua originaria formulazione, occorre tenere conto del dictum di cui alla sentenza della Corte Costituzionale, n. 180/2018, come appresso segnalato).

Nelle ipotesi appena evidenziate, dunque, il difensore - di fiducia o d'ufficio - ha comunque l'obbligo di assicurare la prestazione professionale. Si tratta di situazioni ben distinte, che - all'evidenza - non si limitano ai soli casi in cui la persona da assistere sia effettivamente e già in vinculis, presi in esame dalla appena richiamata lettera b) dell'articolo 4; ne deriva l'impossibilità di prestare generalizzata adesione all'indirizzo interpretativo secondo cui "in tema di astensione del difensore dalle udienze, e' 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'articolo 4, lettera 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" (Cass., Sez. V, n. 25985 del 06/04/2017, P., Rv 270207). Il principio vale pacificamente nei casi ordinari, in cui si celebrano udienze di cognizione dinanzi al giudice procedente: ad esempio, un'udienza da tenersi da parte di un Tribunale o di una Corte di appello, per lo svolgimento di attività istruttoria o per la eventuale discussione, dovrà essere normalmente rinviata a seguito della dichiarazione di astensione del difensore dell'imputato, ove quest'ultimo non sia sottoposto a misura custodiale (e non vi sia rischio di prossima estinzione dei reati a lui ascritti, ex articoli 157 e segg. c.p.). Ma, considerando anche la lettera a) dell'articolo 4 del codice di autoregolamentazione, oltre a quelle che riguardino un imputato in vinculis vi sono altre udienze non suscettibili di differimento.

Fra queste, assumono particolare rilievo quelle "afferenti misure cautelari", ove la previsione della citata lettera a) non consente di operare distinguo in ordine alla tipologia della misura; quando, pertanto, non si debba discutere del merito del processo, ma la decisione che il giudice e' chiamato ad assumere all'esito dell'udienza riguardi un provvedimento limitativo della libertà, la prestazione del difensore riveste carattere indispensabile, tanto da precludere una possibilità di astensione.

In tal senso, infatti, si e' già avuto modo di affermare che "nei procedimenti relativi a misure cautelari personali non e' consentita l'astensione dalle udienze da parte del difensore che aderisca ad una protesta di categoria, in quanto l'articolo 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 Delib. del 13 dicembre 2007, avente valore di normativa secondaria, esclude espressamente che l'astensione possa riguardare le udienze penali "afferenti misure cautelari"" (Cass., Sez. IV, n. 20390 del 22/03/2017, Ammendola, Rv. 270002).

Peraltro, un'udienza che abbia ad oggetto una misura cautelare può anche riguardare un soggetto non ancora sottoposto a restrizioni, proprio perché è in quella sede che si debbono valutare i presupposti per l'adozione del provvedimento: il che è esattamente quanto accaduto nel caso di specie, con l'indagata del tutto libera a seguito dell'ordinanza del Gip con cui era stata rigettata l'istanza di libertà avanzata a suo carico dal Pubblico Ministero. Non a caso, e financo in tema di misure cautelari reali, si è recentemente ribadito che "in tema di astensione dalle udienze da parte del difensore che aderisca ad una protesta di categoria, l'articolo 4 del codice di autoregolamentazione (...), secondo cui l'astensione non può riguardare le udienze penali "afferenti misure cautelari" e' riferibile anche ai provvedimenti cautelari reali in quanto l'esigenza di cui all'articolo 321 c.p.p. condivide con quella personale la medesima finalità preventiva" (Cass., Sez. III, n. 38852/2018 del 04/12/2017, Lombardo, Rv 273702: in motivazione, la pronuncia richiamata specifica espressamente che l'astensione non è ammessa anche laddove la misura richiesta non sia stata applicata ma ne venga discussa l'adozione).

È necessario sottolineare, infine, che l'orientamento al quale il collegio ritiene di prestare adesione appare in linea con le indicazioni che si traggono dalla già menzionata sentenza del giudice delle leggi (Corte Cost., n. 180 del 04/07/2018) recante la parziale declaratoria di incostituzionalità della L. n. 146 del 1990, articolo 2-bis: norma che, dando maggiore rilievo alla limitazione della libertà dell'imputato rispetto al diritto del difensore di astenersi, è stata dichiarata illegittima in quanto "consente - nel senso che non preclude - al codice di autoregolamentazione di andare ad incidere sulla disciplina legale dei limiti di restrizione della libertà personale, prevedendo una facoltà dell'imputato quella di richiedere, o no, che si proceda malgrado la dichiarazione di astensione del suo difensore che abbia aderito all'astensione collettiva - con diretta ricaduta sui termini di durata della custodia cautelare. Quindi, non è (nell'immediato) un problema di disapplicazione della disposizione subprimaria, in ipotesi illegittima per violazione dei limiti posti dalla norma primaria, ma è innanzi tutto una questione di costituzionalità della norma primaria nella parte in cui ha consentito a quella subprimaria di incidere sulla durata della custodia cautelare prevedendo tale facoltà dell'imputato detenuto".

3. Le censure della difesa, in ogni caso, meritano di essere disattese sotto un ulteriore profilo di ordine formale.

Dall'esame del carteggio processuale, non si rinviene alcunché circa la effettiva ricezione, da parte del Tribunale, dell'atto con cui il difensore della (OMISSIS) dichiara il proposito di astenersi; all'odierno ricorso è stata allegata una ricevuta di comunicazione a mezzo pec, datata 18/10/2019 (in vista dell'udienza da tenersi il 21), in cui si attesta che la mail venne accettata dal sistema e consegnata nella casella di destinazione. In definitiva, si può dare per assodato che l'atto fu realmente inviato, ma mai preso in esame dalla Cancelleria cui era stato indirizzato (né portato all'attenzione del collegio).

Sicuramente, il mezzo utilizzato fu legittimo, atteso che - in ossequio a precedenti indicazioni del massimo organo di nomofilachia - "la richiesta di rinvio per adesione all'astensione dalle udienze proclamata dai competenti organismi della categoria può essere trasmessa, secondo quanto stabilito dall'articolo 3 del codice di "autoregolamentazione delle astensioni dalle udienze degli avvocati", anche a mezzo posta elettronica certificata alla Cancelleria del giudice precedente" (Cass., Sez. IV, n. 35683 del 06/06/2018, Scagli, Rv 273424; nello stesso senso, v. altresì Cass., Sez. II, n. 4655 dell'08/01/2020, Belaissaoui).

Non di meno, ferma restando la validità di quel peculiare strumento, il ricorso alla posta elettronica certificata comportava pur sempre, per il soggetto da cui proveniva la comunicazione, la necessità di verificarne il buon esito: per consolidata giurisprudenza, infatti, "la richiesta di rinvio dell'udienza per legittimo impedimento del difensore, inviata a mezzo posta elettronica certificata all'indirizzo di posta elettronica ordinaria dell'ufficio di cancelleria del giudice precedente comporta l'onere, per la parte che intenda dolersi dell'omesso esame della sua istanza, di accertarsi della regolare ricezione della e-mail da parte del predetto ufficio" (Cass., Sez. I, n. 17879 del 22/03/2019, Faqdaoui, Rv 276308). Accertamento che non può limitarsi al riscontro dell'effettività dell'arrivo dell'atto trasmesso, ma deve altresì comprendere la verifica - v. Cass., Sez. F, n. 45720 del 27/08/2019, Matei, Rv 277307, in tema di comunicazioni a mezzo fax - "del suo tempestivo inoltro al giudice precedente".

Tali verifiche, nel caso oggi sub iudice, non risulta siano state compiute. E se ne è pacificamente onerato un difensore che - come suo diritto - intenda esercitare appieno il proprio mandato, tanto da chiedere il differimento di un'udienza cui si trovi impedito a partecipare, non vi è ragione di non chiedere analoga diligenza all'avvocato che eserciti il diritto di astenersi.

4. Il rigetto del ricorso comporta la condanna della (OMISSIS) al pagamento delle spese del presente giudizio di legittimità.

Dal momento che dal presente provvedimento deriva l'esecuzione della misura applicata a carico dell'indagata dal Tribunale di Palermo, la Cancelleria dovrà curare le incombenze indicate in dispositivo.

Data la natura peculiare dei reati in rubrica, la Corte ritiene infine doveroso disporre l'omissione, in caso di diffusione del presente provvedimento, dell'indicazione delle generalità e degli altri dati identificativi delle parti del processo, ai sensi del Decreto Legislativo 30 giugno 2003, n. 196, articolo 52.

P.Q.M.

Rigetta il ricorso e condanna la ricorrente al pagamento delle spese processuali.

Manda alla Cancelleria per gli adempimenti di cui all'articolo 28 reg. esec. c.p.p..

In caso di diffusione del presente provvedimento, omettere le generalità e gli altri dati identificativi, a norma del Decreto Legislativo n. 196 del 2003, articolo 52, in quanto imposto dalla legge.