

TERESA ALESCI

Assegnista di ricerca in Diritto processuale penale – Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli

Astensione collettiva e procedimento con detenuti. La decisione della Consulta e le ricadute processuali

Lawyers strike, prisoners and criminal proceeding. The decision and the processual impact

La Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della disposizione contenuta nell'art. 2-bis, l. n. 146/1990, nella parte in cui consente che il codice di autoregolamentazione delle astensioni degli avvocati interferisca con la disciplina della libertà personale, permettendo all'imputato, sottoposto a custodia cautelare, di chiedere o meno, in forma esplicita, di procedere malgrado l'astensione del suo difensore. L'analisi della decisione, invero, mostra diverse perplessità e consente di riflettere sulle conseguenze processuali. Nonostante il clamore sollevato, la decisione lascia irrisolti diversi aspetti problematici, colmabili solo attraverso l'intervento legislativo.

The Constitutional Court declares the illegitimacy of art. 2-bis, l. 146/1990, that it allows the self-regulation code of the lawyers strike to interfere with the discipline of personal freedom. The analysis of the decision, indeed, shows various perplexities and allows reflection on the consequences of the proceedings. The decision leaves many problematic aspects unresolved, which can only be filled by legislative intervention.

IL CASUS BELLI. L'ASTENSIONE DEL DIFENSORE NEI PROCESSI CON IMPUTATI DETENUTI

Con due ordinanze di contenuto sostanzialmente analogo, emesse nell'ambito del medesimo procedimento penale¹, il Tribunale di Reggio Emilia sollevava questione di legittimità costituzionale dell'art. 2-bis, l. 13 giugno 1990, n. 146, nella parte in cui consente che il codice di autoregolamentazione delle astensioni dalle udienze degli avvocati² stabilisca all'art. 4, comma 1, lett. b), che «nei procedimenti e nei processi in relazione ai quali l'imputato si trovi in stato di custodia cautelare o di detenzione, analogamente a quanto previsto dall'art. 420 ter comma 5 c.p.p.», si proceda malgrado l'astensione del difensore solo ove l'imputato lo consenta. Secondo il rimettente la disposizione citata viola diversi parametri costituzionali, dalla libertà personale, derivante dalla sospensione dei termini di custodia cautelare, che non potrebbe essere condizionata dalla prestazione del consenso dell'imputato, al diritto di difesa, laddove la scelta dell'imputato *in vinculis* di celebrare l'udienza limiterebbe il diritto all'astensione dalle udienze del difensore. È possibile, invero, delineare anche ulteriori tre profili di censura: dal canone della ragionevole durata del processo, che esprime una regola di maggior rigore nel caso di imputato detenuto, alla ragionevolezza intrinseca della disciplina censurata ed alla sua coerenza con il principio di uguaglianza.

Con la sentenza in esame, dunque, riaffiora la complessità del tema della astensione collettiva del difensore, nonostante i ripetuti interventi della Corte costituzionale³ prima, e delle Sezioni Uni-

¹ Pendente presso il Tribunale di Reggio Emilia, nel procedimento penale n. 555/2016/16, cosiddetto "Processo Aemilia".

² Il codice di autoregolamentazione è stato approvato dalla Commissione di Garanzia nell'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi essenziali il 13 giugno 2007, considerato idoneo ai sensi dell'art. 13 lett. a), della l. 12 giugno 1990, n. 146, come modificata dalla l. 11 aprile 2000, n. 83. Secondo L. Carlassare, *Il ruolo del Parlamento e la nuova disciplina del potere regolamentare*, in *Quad. cost.*, 1990, p. 7 ss., il codice di autoregolamentazione può essere incluso tra i regolamenti attuativi o integrativi la cui peculiare funzione di eterointegrazione ha consentito a taluni di definirli "norme sostanzialmente primarie". Si veda A. Vallebona, *Le regole dello sciopero nei servizi pubblici essenziali*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 29 ss.; sul punto si veda anche A. Buratti, *Nuovi problemi del diritto di sciopero: la commissione di garanzia tra contemperamento di diritti e spontaneità sociale*, in *www.rivistaaic.it*.

³ Con la sentenza n. 171 del 1996, la Corte riconosceva l'astensione come manifestazione della dinamica associativa volta alla tutela di questa forma di lavoro autonomo, rientrando nei diritti di libertà dei singoli e dei gruppi secondo i principi contenuti

te⁴ poi, che sembravano aver assicurato un equilibrio esegetico. La problematicità dell'argomento investe diversi profili, dall'individuazione della natura giuridica⁵ del diritto di sciopero e del suo spazio applicativo alla valenza da attribuire alle disposizioni del codice di autoregolamentazione intervenute a disciplinarla, nonché al rapporto tra quest'ultime e le norme codicistiche⁶. Se con la sentenza Ucciero del 2013⁷, le Sezioni Unite avevano attribuito alle disposizioni del codice di autoregolamentazione la natura di "*normativa secondaria alla quale occorre conformarsi*", essendo destinate a realizzare il contemperamento con i diritti della persona costituzionalmente tutelati, ex art. 1, l. n. 146/1990⁸, è con la sentenza Lattanzio del 2014⁹ che si esclude un potere giudiziale di bilanciamento tra il diritto all'astensione e gli altri diritti e valori di rilievo costituzionale. In particolare tale sentenza ha valorizzato l'impossibilità di ricondurre il fenomeno dell'astensione al legittimo impedimento, essendo libera la scelta dell'avvocato di aderire o meno alla protesta di categoria. Di conseguenza l'adesione alla astensione di categoria non costituisce una mera libertà riconducibile all'art. 18 Cost., ma un vero e proprio diritto avente fondamento costituzionale¹⁰.

In *primis*, dunque, va chiarito che, solo apparentemente, l'oggetto della rimessione attiene al diritto di astensione degli avvocati nei procedimenti con detenuti¹¹; invero, la Consulta è stata chiamata a valutare il rispetto del principio di gerarchia delle fonti nonché ad operare un bilanciamento tra i diritti costituzionali rilevanti nel caso di specie.

LE QUESTIONI PRELIMINARI: DALL'INTERVENTO DELL'UCPI ALLA RILEVANZA DELLA VICENDA PROCESSUALE SUL GIUDIZIO DI LEGITTIMITÀ

In via preliminare, appare opportuno sottolineare il riconoscimento dell'intervento dell'Unione delle Camere penali nel giudizio innanzi alla Corte costituzionale, nonostante l'associazione non fosse parte in alcuno dei giudizi *a quibus*. Il diritto di partecipazione è stato riconosciuto in forza di un interesse qualificato, immediatamente inerente al rapporto sostanziale dedotto in giudizio. L'apertura per l'intervento di

nella prima parte della Costituzione. Si veda G. Di Chiara, *Nota a Corte cost.*, 27 maggio 1996, n. 171, in *Foro it.*, 1997, I, c. 1028; G. Frigo, *I limiti di legittimità dell'astensione collettiva degli avvocati dalle attività giudiziarie indicati dalla Corte costituzionale*, in *Gazz. giur.*, 1996, 5, p. 25.

⁴ Cfr. V. Pazienza, *L'astensione del difensore nelle udienze penali*, in *Cass. Pen.*, 2015, suppl. 4, p. 156 ss.

⁵ In dottrina, prima dell'intervento della Corte costituzionale del 1996, invero, si alternavano opinioni contrastanti. Alcuni ritenevano si trattasse esclusivamente di un diritto di sciopero (O. Roselli, *La dimensione costituzionale dello sciopero. Lo sciopero come indicatore delle trasformazioni costituzionali*, Cedam, Padova, 2005, p. 88 ss.; A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali*, Parte generale, III, Cedam, Padova, 2003, p. 167), altri un diritto di associazione (M. Menghini, *L'astensione dalle udienze da parte degli avvocati ed il problema dell'estensibilità del diritto di sciopero oltre i limiti della subordinazione*, in *Riv. giur. lav.*, II, 1997, p. 112; G. Pino, *Conflitto ed autonomia collettiva*, Torino, 2005, p. 47 e 292 ss.), mentre altri ancora lo hanno ricompreso nell'area di esplicazione della libertà di iniziativa economica, volta a salvaguardare la potenzialità economica della professione (Cfr. G. Colavitti, *La libertà sindacale e il diritto di sciopero*, in R. Nania-P. Ridola (a cura di), *I diritti costituzionali*, II, Giappichelli, Torino, 2006, p. 993, secondo cui le astensioni forensi difetterebbero *tout court* del carattere di autotutela degli interessi degli appartenenti alla categoria professionale.).

⁶ Si veda T. Bene, *A proposito del regime di sospensione del corso della prescrizione: il concomitante impegno del difensore e l'effettività della difesa tecnica*, in *Proc. pen. giustizia*, 2015, 4, p. 58 ss.

⁷ Cass., sez. un., 30 maggio 2013, n. 26711, in *Mass. Uff.*, n. 255346.

⁸ Superando la precedente interpretazione che riduceva la natura della fonte a mero atto vincolante i soli associati; si veda Cass., sez. un., 30 maggio 2013, in *Mass. Uff.*, n. 255346. Si veda A. Gaito, *Legittima l'adesione del difensore a manifestazioni di categoria con astensione dalle udienze camerali*, in *Giur. it.*, 2014, 2, p. 409.

⁹ Cass., sez. un., 27 marzo 2014, n. 40187, in *Mass. Uff.*, n. 259926.

¹⁰ La sentenza in oggetto, invero, ha affermato altresì ulteriori principi: l'avvenuto bilanciamento tra il diritto di astenersi e gli altri diritti e valori di rilievo costituzionale; la possibilità di attribuire al giudice un potere di bilanciamento giudiziale solo in ipotesi eccezionali, quali il venir meno della vigenza delle fonti secondarie, o l'emersione di diritti e valori costituzionali ulteriori, non potendosi ritenere sufficiente il richiamo a generiche "esigenze di giustizia".

¹¹ Si veda G. Pecorella, *Una sentenza della Corte costituzionale (apparentemente oscura). Può ancora esercitarsi il diritto di astensione nei processi con imputati detenuti?*, in *www.penalecontemporaneo.it*, p. 3. In particolare, l'A. esclude che l'oggetto della rimessione riguardasse la legittimità dell'astensione nei procedimenti con detenuti, per tre ordini di motivi. In primo luogo il diritto di astensione è riconosciuto da una disposizione non sottoposta al vaglio della Consulta (art. 1, l. n. 140/1990); la stessa Corte costituzionale, con la citata sentenza del 1996, ha elevato il diritto all'astensione a diritto costituzionalmente protetto; infine, con la decisione in commento, la Corte ribadisce la sussistenza di tale diritto, nei limiti della disciplina prevista dal codice di autoregolamentazione.

terzi rispetto alle parti tradizionalmente ammesse al procedimento di legittimità costituzionale non può, invero, essere circoscritta solo al caso di specie, sebbene la Corte si avvalga della tecnica del *distinguishing* per limitare la portata della decisione¹². La motivazione che giustifica l'intervento, seppur ermetica, svela prospettive di più ampio respiro. Ciò che caratterizza l'UCPI, in tal caso, rispetto a qualunque altro ente esponenziale rappresentativo della categoria dei destinatari della norma in oggetto, è che l'associazione risulta coautrice delle norme del codice di autoregolamentazione, cui rinvia la disposizione censurata. Il ruolo "paralegislativo" affidato all'organismo di categoria, dunque, giustifica il suo coinvolgimento, in quanto, quale ente esponenziale, subirebbe "direttamente e irrimediabilmente" gli effetti della sentenza.

In secondo luogo, la Corte costituzionale ha ritenuto ammissibile la questione, nonostante il Tribunale avesse sospeso i termini in relazione non all'intero procedimento, ma alle sole udienze in cui i difensori avevano aderito all'astensione collettiva, proclamata dall'associazione di categoria secondo le modalità indicate dalla normativa primaria. La difesa delle parti private costituite, infatti, aveva eccepito l'inammissibilità delle questioni di costituzionalità, poiché il tribunale ordinario, nel giudizio *a quo*, non avrebbe sospeso l'intero procedimento, ma soltanto l'attività processuale che era prevista nelle udienze alle quali si riferiva la dichiarazione dei difensori di adesione all'astensione collettiva. La prima ordinanza di rimessione della questione alla Corte costituzionale, infatti, aveva sospeso l'attività processuale del 23 maggio e non anche le altre udienze già calendarizzate. La questione, nelle more del giudizio di legittimità, era stata rimessa all'attenzione della Suprema Corte, chiamata a valutare l'abnormità di tale provvedimento. La Corte di Cassazione, ricordando quanto già sostenuto dalle Sezioni Unite, secondo cui «la pregiudiziale costituzionale, per espressa previsione normativa, ex art. 23, comma 2, l. 11 marzo 1953, n. 87, determina la sospensione obbligatoria del procedimento che priva il giudice della potestas decidendi fino alla definizione della pregiudiziale medesima, né alle parti è attribuito alcun potere di rimuovere tale stasi processuale, essendo imm modificabili ed insindacabili sia l'ordinanza di rimessione degli atti alla Corte costituzionale sia il pedissequo provvedimento di sospensione»¹³, nell'accogliere il ricorso, statuisce che «per effetto dell'evidente mancanza di autonomia, nel caso all'esame, tra il giudizio principale e il giudizio incidentale sulla richiesta di rinvio, in ipotesi di mancato accoglimento dell'eccezione di costituzionalità, la regressione del procedimento determinata dalla nullità assoluta per violazione del diritto di difesa sino all'udienza per la quale avrebbe dovuto essere disposto il rinvio, imposta ai sensi dell'art. 185 c.p.p., comma 3, determinerebbe un inutile dispendio di attività processuali – non altrimenti recuperabili, non essendosi dato atto di ragioni di urgenza del tipo di quelle prese in considerazione dall'art. 467 c.p.p. –, in spregio del principio di ragionevole durata del processo». Dichiarata l'abnormità del provvedimento di sospensione, dunque, la Suprema Corte annulla gli atti compiuti successivamente all'ordinanza viziata¹⁴.

La Corte costituzionale, aderendo a precedenti decisioni¹⁵, ed in linea con la decisione della Supre-

¹² In materia, la giurisprudenza nel tempo ha mutato prospettiva interpretativa. In un primo periodo, dal 1956 ai primi anni novanta, infatti, la Corte ha mostrato un atteggiamento di chiusura fondato sul principio della corrispondenza formale tra parti del giudizio *a quo* e parti del giudizio *ad quem*. Successivamente, la Corte ha mostrato timidi approcci di apertura, consentendo l'intervento di persone fisiche che avrebbero subito direttamente gli effetti della decisione nel giudizio *a quo*, e la cui ammissione era fondata sul diritto di difesa (Corte cost., n. 314/1992; nonché Corte cost., n. 315/1992). Successivamente, ha iniziato ad ammettere la partecipazione di associazioni di categoria, senza l'individuazione di criteri certi e predefiniti, cosicché l'ammissibilità della loro partecipazione era rimessa alla valutazione discrezionale e casistica della giurisprudenza. Negli anni 2000, invece, con una tendenziale inversione di tendenza, la Corte costituzionale ha ridimensionato l'intervento dei terzi nel procedimento di valutazione della legittimità, nonostante la codificazione degli interventi del terzo nelle "Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale", avvenuta nel 2004. L'ammissibilità dell'intervento dei terzi è circoscritta in favore di persone la cui sfera giuridica può essere direttamente lesa dagli esiti della pronuncia sul giudizio *a quo*.

¹³ Cass., sez. un., 17 aprile 1996, n. 8, in *Mass. Uff.*, n. 205258, secondo cui, tuttavia, nell'ipotesi in cui venga obbligatoriamente sospeso un procedimento in cui sia in corso di applicazione una misura cautelare, il soggetto ad essa sottoposto che ritenga di aver maturato il diritto a riacquistare lo *status libertatis* per il verificarsi di una delle cause estintive del provvedimento coercitivo di cui all'art. 306 c.p.p., non incontra alcun ostacolo a far valere la sua pretesa in giudizio e può quindi promuovere davanti al giudice per le indagini preliminari, o ad uno dei giudici competenti per i vari gradi ai sensi dell'art. 279 c.p.p., un'azione di accertamento finalizzata alla declaratoria della sopravvenuta caducazione della misura ed all'ottenimento dell'ordinanza di immediata liberazione o di cessazione della misura estinta, secondo quanto dispongono, rispettivamente, il primo e il secondo comma del predetto art. 306 c.p.p.; trattasi, invero, di azione di natura dichiarativa, rivolta alla tutela di un diritto assoluto ed inviolabile, esperibile in ogni tempo salvo il limite della preclusione ove la questione abbia già formato oggetto di giudicato cautelare nelle sedi proprie".

¹⁴ Cass., sez. V, 30 maggio 2018, n. 25124.

¹⁵ Corte cost., 5 giugno 2013, n. 120, in *Giur. Cost.* 2013, 3, p. 1936; Corte cost., 13 dicembre 2017, n. 264, in *www.cortecostituzionale.it*.

ma Corte di Cassazione, sancisce l'irrelevanza di ogni vicenda successiva all'ordinanza di rimessione, affermando che il giudizio incidentale, «una volta iniziato in seguito ad ordinanza di rinvio del giudice rimettente, non è suscettibile di essere influenzato da successive vicende di fatto concernenti il rapporto dedotto nel processo che lo ha occasionato». Secondo la Consulta, dunque, la decisione della Corte di cassazione non ha annullato l'intera ordinanza di rimessione facendo venir meno l'atto di promovimento del giudizio incidentale di costituzionalità; del resto l'atto introduttivo di causa non è soggetto ad alcuna impugnazione, né può essere annullato da alcun giudice, spettando solo alla Corte Costituzionale verificarne la ritualità e l'idoneità ad attivare tale giudizio.

D'altro canto, il citato art. 23, l. n. 87/1953, interpretato alla luce del principio della ragionevole durata del processo che pervade ogni giudizio – civile, penale, o amministrativo che sia –, non esclude che il giudice rimettente possa limitare il provvedimento di sospensione al singolo momento o segmento processuale in cui il giudizio si svolge, ove solo ad esso si applichi la disposizione censurata e la sospensione dell'attività processuale non richieda di arrestare l'intero processo, che può proseguire con il compimento di attività rispetto alle quali la questione sia del tutto irrilevante¹⁶. Solo con riferimento a queste udienze il giudice è chiamato ad applicare una normativa – quale appunto nella specie l'art. 2-bis, l. n. 146/1990, integrato dall'art. 4, comma 1, lett. b), del codice di autoregolamentazione – della cui legittimità costituzionale egli dubita e solo in queste udienze la pregiudizialità della questione incidentale di costituzionalità richiede che l'attività processuale sia sospesa. Sicché il giudice non si trova di fronte a quella che sarebbe un'estrema alternativa tra rispettare il principio di legalità costituzionale, sollevando l'incidente di costituzionalità, al prezzo di determinare un arresto di tutto il processo e proseguire nell'attività processuale per rispettare il principio della ragionevole durata del processo.

La valutazione, inoltre, deve essere compiuta tenendo conto del particolare stato detentivo dell'imputato, dal momento che, secondo la giurisprudenza di legittimità¹⁷, il termine della sua durata massima, sia di fase che complessiva, non è suscettibile di sospensione per il solo fatto del promovimento dell'incidente di costituzionalità e della conseguente sospensione del giudizio.

IL BILANCIAMENTO DEI DIRITTI NELLA PROSPETTIVA DELLA GERARCHIA DELLE FONTI

La Corte costituzionale fonda il ragionamento sulla sentenza n. 171 del 1996¹⁸. In quella occasione, la Corte dichiarava l'illegittimità costituzionale dell'art. 2, commi 1 e 5, l. n. 146/1990, nella parte in cui non prevedeva, nel caso dell'astensione collettiva dell'attività defensionale degli avvocati e dei procuratori legali, l'obbligo di un congruo preavviso e di un ragionevole limite temporale dello sciopero e gli strumenti idonei ad individuare e assicurare le prestazioni essenziali durante l'astensione stessa, nonché le procedure e le misure conseguenziali nell'ipotesi di inosservanza. La Corte stabilì, dunque, che l'esercizio del diritto del difensore di aderire all'astensione collettiva deve comunque essere soggetto ad un bilanciamento con altri valori costituzionali meritevoli di tutela, valori che, ove si tratti di processi penali con imputati in stato di detenzione, devono considerarsi prevalenti.

In linea con la pronuncia della Corte costituzionale, il legislatore, con la l. 11 aprile 2000, n. 83, inserì nella l. n. 146/1990 il censurato art. 2-bis, non prevedendo una disciplina di rango primario delle fattispecie che richiedono l'effettuazione di prestazioni indispensabili, ma coinvolgendo le associazioni di categoria mediante il richiamo al codice di autoregolamentazione in un'ottica di assetto partecipativo degli strumenti di composizione del conflitto, insito nella proclamazione dell'astensione collettiva di categoria.

¹⁶ Secondo la Corte, infatti, il giudizio penale pervenuto alla fase dibattimentale si articola in distinte udienze secondo un fitto calendario predeterminato tipico dei processi con numerosi imputati (cosiddetti maxi-processi). In ogni udienza, la presenza del difensore dell'imputato è necessaria, ma può accadere che specifiche udienze cadano nell'intervallo temporale dell'astensione collettiva dalle udienze, proclamata da un'associazione categoriale della professione forense. La questione dello svolgimento, o no, di attività processuale in quell'udienza in ragione dell'adesione del difensore all'astensione collettiva si pone solo in riferimento a tale udienza e non anche nelle molte altre udienze non interessate da alcuna proclamazione di astensione collettiva. L'attività processuale in queste successive udienze è del tutto estranea alla questione di costituzionalità, nel senso che non è influenzata dal suo esito. È, quindi, possibile isolare – come distinti momenti o segmenti processuali – le udienze in cui ci sia stata, in concreto, l'adesione del difensore all'astensione collettiva.

¹⁷ Cass., sez. un., 2 ottobre 1990, n. 9.

¹⁸ Per una recente disamina sul tema si rinvia a E. Mariucci, *L'astensione degli avvocati tra punti fermi e qualche impasse*, in *Proc. pen. giustizia*, 2015, 6, p. 123 ss.

Per effetto del rinvio operato dalla norma censurata al codice di autoregolamentazione, nel caso di adesione del difensore all'astensione collettiva delle prestazioni, l'art. 4, comma 1, lett. b), concernente i procedimenti e i processi in relazione ai quali l'imputato si trovi in stato di custodia cautelare, condiziona la libertà di adesione del difensore alla prestazione del consenso implicito ovvero esplicito dell'imputato.

Su tale previsione si annida il vizio di legittimità costituzionale poiché la Corte, con la pronuncia in esame, condivide le censure del giudice rimettente, relativamente alla violazione dell'art. 13, comma 5 Cost., «nella parte in cui prevede una riserva assoluta di legge nella definizione dei limiti massimi della carcerazione preventiva, oggi custodia cautelare».

La Corte osserva che «la disposizione del codice di autoregolamentazione mira ad introdurre, ed introduce, una fattispecie analoga e parallela a quella legale che, dando rilievo all'assenso dell'imputato, incide parimenti sul prolungamento, o no, dei termini di durata massima della custodia cautelare e finisce per toccare proprio la disciplina legale di tali termini», protetta dalla prescrizione costituzionale della riserva di legge assoluta. Del resto, il rapporto sussistente tra la fonte regolamentare e la fonte primaria risulta ispirato al principio di sussidiarietà orizzontale¹⁹.

La Corte costituzionale, dunque, compie un bilanciamento tra valori costituzionali, tra il diritto di libertà del difensore all'astensione e il diritto alla amministrazione della giustizia, con particolare riferimento ai provvedimenti restrittivi della libertà personale ed a quelli cautelari ed urgenti, nonché ai processi penali con imputati in stato di detenzione. Ad una attenta analisi, però, sembra che la prevalenza del diritto costituzionale previsto dall'art. 13 Cost., invero, non sia determinata dal bilanciamento tra diversi diritti costituzionali, ma conseguenza della violazione della riserva di legge assoluta.

La dichiarazione di illegittimità costituzionale, dunque, risulta condizionata dalla scelta legislativa di affidare alla normativa secondaria, ovvero al codice di autoregolamentazione, la disciplina delle conseguenze derivanti dal diritto di astensione del difensore. Nonostante la legittimità di tale scelta, perché rientrante nella discrezionalità normativa, con la pronuncia in esame si censura il citato art. 2-bis laddove, rinviando alla normativa regolamentare, esso subordina la diversa decorrenza del termine finale di custodia cautelare alla prestazione del consenso dell'imputato al rinvio dell'udienza per astensione.

La Consulta, in definitiva, ha giudicato illegittima la prescrizione del "consenso" dell'imputato detenuto, contenuta nel codice di autoregolamentazione (fonte di rango secondario) e non preclusa dall'art. 2-bis (fonte di rango primario), poiché idonea ad incidere sui termini di custodia, protetti dalla riserva assoluta di legge.

Il limite, inevitabile, della decisione è individuabile nell'aver circoscritto l'ambito di osservazione al principio della gerarchia delle fonti. In questi termini, la decisione crea un vuoto normativo, che apre a pericolose derive applicative di difficile risoluzione. L'attenzione rivolta al rispetto del principio di legalità produce, infatti, rilevanti ripercussioni processuali.

LE DUBBIE PROSPETTIVE APPLICATIVE IN RELAZIONE ALLA DECORRENZA DEI TERMINI DI CUSTODIA CAUTELARE

Le ricadute processuali derivanti dalla dichiarazione di illegittimità lasciano perplessi. La decisione risulta foriera di criticità, soprattutto laddove è possibile dimostrare che l'originario obiettivo della Corte, ovvero escludere la condizionabilità della decorrenza del termine di custodia cautelare ad una scelta dell'imputato, risulta di fatto tradito.

La Corte, in riferimento alla questione di legittimità costituzionale, si è limitata, dunque, a dichiarare l'illegittimità dell'art. 2-bis, l. n. 140/1990, nella parte in cui attribuisce alla fonte regolamentare la disciplina della astensione nei procedimenti a carico di imputati detenuti²⁰. La pronuncia travolge la normativa regolamentare, con la conseguenza che il consenso non risulta più rilevante per l'adesione del difensore all'astensione²¹. Tuttavia, quanto ai profili processuali nulla è cambiato, se si esclude l'effetto paradossale.

¹⁹ Cfr. O. Roselli, *sub art. 40 Cost.*, in R. Bifulco-A. Celotto-M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Giappichelli, Torino, 2006, p. 842.

²⁰ Cfr. G. Marino, *Astensione degli avvocati nei processi con detenuti: lo sciopero è incostituzionale*, in *Dir. giustizia*, 2018, 134, p. 1 ss.

²¹ Secondo A. Tassi, *Astensione degli avvocati e libertà personale: brevi osservazioni su Corte cost. n. 180 del 2018*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 3, p. 1813, la criticità del percorso argomentativo della Corte costituzionale si annida "nell'attribuzione alla norma primaria di una forza espansiva di una disciplina restrittiva della libertà personale che essa non sembra possedere".

Il nuovo assetto normativo, dunque, non prevede più distinzioni tra processi con imputati detenuti e processi con imputati in libertà; di conseguenza, alla luce della giurisprudenza formatasi negli anni in tema di astensione collettiva, il giudice avrà soltanto la discrezionalità di verificare «se il rinvio dell'udienza sia ascrivibile al legittimo esercizio del diritto del difensore di aderire all'astensione collettiva».

La mancata possibilità per l'imputato detenuto di non prestare il consenso all'adesione del proprio difensore comporta, dunque, che lo stesso non può più limitare la scelta dell'avvocato, sebbene il rinvio per astensione condizioni necessariamente lo *status libertatis* dell'imputato, che subisce la sospensione del termine di decorrenza dei termini di fase e dei termini finali. La giurisprudenza, infatti, risulta costante nell'escludere la riconducibilità della astensione del difensore alla categoria del legittimo impedimento di cui all'art. 420-ter c.p.p., con conseguente applicazione dell'art. 304, comma 1, lett. b)²². Con la dichiarazione di astensione del difensore, dunque, il giudice rinvia il processo sospendendo il dibattimento; in tal caso, ai sensi dell'art. 304, comma 1, lett. b), i termini di fase di cui all'art. 303 c.p.p. sono sospesi per tutto il periodo di sospensione del dibattimento. E soprattutto, nell'individuazione dei termini finali della custodia cautelare, ai sensi del comma 7 dell'art. 304 c.p.p., non si terrà conto del periodo di sospensione del dibattimento determinato dallo sciopero del difensore.

Così ricostruito, in chiave empirica, l'effetto processuale derivante dalla adesione del difensore alla astensione di categoria risulta essere ancora più gravoso per l'imputato detenuto. Vi è, infatti, il pericolo che, nel gioco del bilanciamento dei valori costituzionali, sostenuto dalla Corte costituzionale, la prevalenza della tutela della libertà personale sul diritto di sciopero dell'Avvocato, conduca a conseguenze controproducenti. Se prima, infatti, l'imputato, attraverso il dissenso, poteva "obbligare" il proprio difensore a prestare la propria attività di rappresentanza tecnica, evitando di incorrere nel protrarsi della custodia cautelare (in forza del mancato rinvio dell'udienza, e dunque della mancata applicabilità della sospensione dei termini di fase e finali, ex art. 304, commi 1, lett. b), e 7), la dichiarazione di illegittimità apre le porte a profili di discutibile effetto²³.

Lo stato dell'arte, dunque, in attesa di un auspicabile intervento legislativo che colmi il vuoto creato, consente esclusivamente all'imputato di revocare il difensore che intenda aderire all'astensione, per evitare che il rinvio dell'udienza condizioni il termine finale della misura cautelare²⁴. La revoca del difensore, nel caso di unico difensore, attiva il meccanismo previsto dal comma 3 dell'art. 107 c.p.p., con conseguente possibilità di ottenere il rinvio dell'udienza per la concessione del termine a difesa²⁵, e conseguente applicabilità del meccanismo del computo del termine finale di cui al comma 1, lett. a) dell'art. 304 c.p.p.

²² Cass., sez. II, 17 giugno 2015, n. 41165; Cass., 05 novembre 2015, n. 45525; di recente anche Cass., 25 gennaio 2018, n. 22289.

²³ Secondo A. Tassi, *Astensione degli avvocati e libertà personale: brevi osservazioni su Corte cost. n. 180 del 2018*, cit., la dichiarazione di illegittimità costituzionale non "interferisce" con la norma codicistica e non le impedisce di continuare a legittimare, nel rispetto della riserva di legge, la sospensione dei termini massimi di custodia nel caso di carenza dell'assistenza tecnica derivante dall'esercizio del diritto di astensione del difensore. Si veda invece L. Scollo, *Incostituzionale la norma che consentiva all'imputato detenuto di opporsi all'astensione del difensore ed alla sospensione dei termini di custodia: brevi considerazioni a caldo*, in *Giur. pen. web*, 2018, 7-8, che riconduce l'astensione dei difensori alla fattispecie della lett. a) dell'art. 304, commi 1 c.p.p.

²⁴ Cass., sez. I, 2 marzo 2000, n. 1623, in *Mass. Uff.*, n. 216094, secondo cui i periodi di sospensione richiamati dall'art. 304 c.p.p., comma 7 ossia quelli ricollegati alle sospensioni previste dall'art. 304 c.p.p., comma 1, lett. b), assumono esclusivo rilievo ai fini delle modalità del computo del termine della custodia cautelare e non ai fini dell'individuazione del limite massimo di durata della custodia cautelare, oggetto di specifica disciplina nell'art. 304 c.p.p., comma 6. Computando il termine secondo il criterio indicato di cui all'art. 304 c.p.p., comma 7 la durata effettiva della custodia cautelare "sofferta" viene ad essere considerata ridotta in misura corrispondente ai periodi di sospensione rientranti nella disposizione di cui al comma 1, lett. b); e, per converso, il termine risulta "spostato in avanti" di quella stessa misura.

²⁵ Cass., sez. I, 25 gennaio 2018, n. 22289, "In tema di termini di durata della custodia cautelare, il rinvio dell'udienza su istanza della difesa "per ora tarda" determina la sospensione dei termini di durata della custodia cautelare ex art. 304, comma 1, lett. a) cod. proc. pen., con la conseguenza che, ai sensi del comma 7 del medesimo articolo, nel computo del limite temporale massimo, pari al doppio dei termini di fase, deve tenersi conto del periodo di tempo compreso tra l'udienza rinviata e quella successiva. (In motivazione la Corte ha precisato che la testuale previsione dell'art. 304, comma 7, cod. proc. pen. consente il superamento del termine cautelare massimo di fase soltanto nelle ipotesi previste dall'art. 304, comma 1, lett. b), nelle quali il giudice è vincolato a disporre il rinvio per effetto della dichiarazione del difensore di non poter o non voler svolgere il suo ministero, come avviene nel caso di rinvio dell'udienza per l'astensione dei difensori)".

LA NATURA DEL RINVIO ALLA DISCIPLINA CONTENUTA NELL'ART. 420-TER C.P.P.

La dichiarazione di illegittimità costituzionale, dunque, travolge l'art. 4 comma 1, lett. b) del Codice di autoregolamentazione, secondo cui «nei procedimenti e nei processi in relazione ai quali l'imputato si trovi in stato di custodia cautelare o di detenzione, ove l'imputato chieda espressamente, analogamente a quanto previsto dall'art. 420-ter, comma 5 (introdotto dalla legge n. 479/1999) del codice di procedura penale, che si proceda malgrado l'astensione del difensore. In tal caso il difensore di fiducia o d'ufficio, non può legittimamente astenersi ed ha l'obbligo di assicurare la propria prestazione professionale».

Il rinvio alla disciplina codicistica in materia di impedimento del difensore, tuttavia, non può condurre a conclusioni errate. La linea di demarcazione tra le due figure si consolida potendo cogliersi sotto diversi aspetti²⁶. L'astensione dalle udienze è un diritto, espressione della libertà di associazione di cui all'art. 18 Cost.; il legittimo impedimento consiste in una situazione di fatto di assoluta impossibilità di comparire. Entrambe le situazioni si caratterizzano per essere dirette al rinvio dell'udienza o dell'attività da compiere, ma la *ratio* resta ben distinta. Nel primo caso, è decisiva la garanzia di effettività del libero esercizio del diritto di astensione (la mancata previsione del rinvio impedirebbe al difensore di astenersi, per non nuocere alla difesa); nel secondo caso, invece, rileva il diritto di difesa sotto il profilo della partecipazione del difensore²⁷.

La disposizione dichiarata illegittima, invero, rinvia alla norma relativa al legittimo impedimento del difensore esclusivamente nella parte in cui quest'ultima attribuisce rilevanza alla volontà dell'imputato, il quale può togliere effetto alla scelta del difensore, che, di conseguenza, ha l'obbligo di assicurare la propria prestazione professionale. La scelta dell'imputato prevale su quella del difensore, in attuazione del principio generale sancito dall'art. 99, comma 2 c.p.p.; del resto, dubitare della libertà di autodeterminazione dell'imputato nella scelta equivale, come denunciato dagli organi rappresentativi dell'Unione delle Camere penali, a sospettare il difensore di patrocínio infedele²⁸, ex art. 380 c.p.

D'altro canto, la tensione del rapporto del difensore con il proprio assistito detenuto che sceglie di aderire all'astensione è argomento fuorviante e privo di rilievo di ordine generale²⁹. Il rapporto fiduciario che lega il difensore al proprio cliente incontra diverse occasioni di confronto, che possono portare l'imputato ad assumere una decisione contraria a quella assunta dal proprio difensore³⁰, togliendo, in alcuni casi, effetto all'atto compiuto dal difensore, se non è ancora intervenuto, in relazione all'atto stesso, un provvedimento del giudice.

In attesa di un intervento legislativo, dunque, non appare possibile in via esegetica estendere l'applicabilità della disciplina contenuta nell'art. 420-ter, comma 5 c.p.p. all'ipotesi oggetto del giudizio di legittimità. Quest'ultima, infatti, appare circoscritta al legittimo impedimento, categoria alla quale non può ascrivere l'adesione del difensore all'astensione di categoria. Di conseguenza, l'imputato, di fronte all'astensione del proprio difensore, non può "imporre" al difensore di svolgere il proprio patrocínio.

Le argomentazioni sostenute dalla Corte costituzionale, dunque, consentono di sollevare dubbi sulla legittimità costituzionale dell'art. 420-ter comma 5 c.p.p., dell'art. 304, comma 1 c.p.p., lett. a), b), e c-bis, nonché del novellato art. 420-ter, comma 5-bis, ove l'imputato subisce lo *status* del difensore, poiché non può interloquire sulla sospensione automatica di cinque mesi³¹.

L'art. 420-ter, comma 5-bis, come è noto, è stato inserito dall'art. 1, commi 465 e 466, della legge di bilancio 2018³²; esso disciplina il legittimo impedimento per gravidanza e maternità. La previsione con-

²⁶ Si veda D. Pulitanò, *Lo sciopero degli avvocati: se, come, quando*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 1, p. 6 ss.; V. Grevi, *L'adesione allo "sciopero" dei difensori non costituisce "legittimo impedimento"* (A proposito del regime della sospensione del corso della prescrizione), in *Cass. pen.*, 2006, p. 2063.

²⁷ Cfr. T. Rafaraci, *Una presa d'atto molto attesa: l'adesione del difensore all'astensione collettiva dalle udienze impone il rinvio anche nei riti camerali a partecipazione facoltativa*, in *Cass. pen.*, 2014, 6, p. 2080 ss.

²⁸ Si veda Unione delle Camere penali italiane, *Relazione trasmessa dalla Commissione di Garanzia dell'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi essenziali*, 25 maggio 2017, in www.camerepenali.it.

²⁹ Si veda V. Comi, *Astensione dalle udienze degli avvocati e processi con detenuti. Ancora dubbi sulla legittimità del codice di autoregolamentazione, nonostante le decisioni delle Sezioni unite*, in *Arch. pen.*, 2017, 2, p. 4.

³⁰ Così T. Bene, *A proposito del regime di sospensione del corso della prescrizione: il concomitante impegno del difensore e l'effettività della difesa tecnica*, cit., pp. 61-62, che sottolinea la rilevanza del rapporto fiduciario tra difensore ed assistito.

³¹ Cfr. G. Spangher, *La Consulta sull'astensione delle udienze degli avvocati: una motivazione che non convince*, in *Ilpenalista*, 4 settembre 2018.

³² L. 27 dicembre 2017, n. 205; per un primo commento si veda L. Torreggiani, *Il legittimo impedimento per gravidanza e maternità. Le novità introdotte dalla legge di bilancio 2018*, in *Ilpenalista.it*.

sente al difensore, unico nominato, di chiedere ed ottenere il rinvio dell'udienza nei due mesi precedenti e nei tre mesi successivi alla data del parto. Il riconoscimento di tale facoltà è subordinato esclusivamente alla preventiva comunicazione con tempi e modalità congrue tali da integrare l'avverbio "prontamente"³³. La previsione normativa conferisce uniformità al sistema, sebbene lascia aperte diverse problematiche, analogamente a quanto avviene per il legittimo impedimento di cui al comma 5, art. 420 *ter* c.p.p. Tuttavia, il motivo del legittimo impedimento non consente al giudice di valutare altri elementi oltre a quelli della tempestività, posto che la certificazione medica attestante lo stato gravidanza risulta sufficiente alla concessione del rinvio.

La previsione *de qua* si inserisce nel contesto della questione affrontata dal giudice costituzionale, poiché consente, ulteriormente, di apprezzare la differenza che intercorre, in prospettiva applicativa, tra rinvio per legittimo impedimento e rinvio per adesione del difensore all'astensione di categoria.

A differenza di quanto previsto nel comma 5 dell'art. 420-*ter*, infatti, ove è riconosciuto all'imputato, a prescindere dal proprio stato detentivo, di chiedere che «*si proceda in assenza del difensore impedito*», la previsione contenuta nel novellato comma 5-*bis* sembra escludere tale facoltà per l'imputato.

In tal caso, però, la mancata previsione di un "consenso" non incide sul diritto costituzionalmente protetto della libertà personale, fermo restando la possibilità di revoca implicita del mandato³⁴. La collocazione sistemica e la chiara indicazione legislativa consentono di ascrivere l'assenza del difensore nella categoria del legittimo impedimento, con conseguente applicabilità della disciplina contenuta nell'art. 304, comma 1, lett. *a*), c.p.p., con conseguente indifferenza ai fini del calcolo del termine finale della misura cautelare.

La sentenza della Corte, dunque, risulta condivisibile nella prospettiva del rispetto del principio di gerarchia tra le fonti, ma lascia aperte diverse problematiche processuali, di non poco rilievo, difficilmente superabili in via esegetica. L'intervento del legislatore appare indispensabile, per colmare il vuoto legislativo formatosi per effetto della pronuncia di illegittimità; in tale prospettiva appare fondamentale l'ausilio delle associazioni di categoria, già impegnate, di recente, nel tentativo di valorizzare la figura dell'avvocato nell'architettura costituzionale³⁵.

³³ Tale facoltà, invero, era già riconosciuta nella maggior parte dei circondari giudiziari, per effetto dei protocolli d'intesa tra i Consigli dell'Ordine e i Presidenti del Tribunale.

³⁴ Cass., sez. VI, 02 aprile 2003, n. 32329, secondo cui "Qualora il difensore di fiducia abbia chiesto un rinvio dell'udienza per suo legittimo impedimento e l'imputato, informato, abbia chiesto la trattazione del procedimento, tale volontà prevale e contiene una implicita revoca del mandato, per cui non può dedursi quale motivo di ricorso in cassazione la violazione dell'art. 420 *ter* c.p.p."

³⁵ Il Consiglio nazionale forense ha avanzato una proposta di modifica dell'art. 111 Cost., tesa ad inserire "l'avvocato" nella norma costituzionale, si veda G. Spangher, *L'avvocato in Costituzione per i 30 anni del codice di procedura penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 4, p. 425 ss. Di recente, intervenuto al XXXIV Congresso Nazionale Forense, "Il Ruolo dell'avvocato per la democrazia e nella Costituzione", svoltosi a Catania dal 4 al 6 Ottobre 2018, il prof. Spangher ha suggerito di introdurre un art. 112 *bis* Cost., per riconoscere dignità alla figura processuale dell'Avvocato.