

PROF. AVV. GIUSEPPE MORBIDELLI
ORDINARIO NELL'UNIVERSITÀ 'LA SAPIENZA' DI ROMA

AVV. ALBERTO M. BRUNI

AVV. ROBERTO RIGHI

PROF. AVV. DUCCIO M. TRAINA
ASSOCIATO NELL'UNIVERSITÀ DI FIRENZE

AVV. ORSOLA CORTESINI

AVV. ALBERTO MORBIDELLI

Firenze, 3 luglio 2017

AVV. GIOVANNI TADDEI ELMI

AVV. MATTEO ANASTASIO

AVV. ALFONSO VISCUSI

AVV. FANNY ANGELA MORBIDELLI

AVV. ELENA BELLI

AVV. MARELLA MASI

AVV. ANNALISA GIGLIO

AVV. ANDREA PONTENANI

PARERE *PRO VERITATE*

SOMMARIO

A) I QUESITI.....	1
B) LA VICENDA E LA TESI DEL TRIBUNALE DI REGGIO EMILIA	2
C) LA GENESI DELL'ART. 2-BIS DELLA L. 12 GIUGNO 1990, N. 146	6
D) IL CODICE DI AUTOREGOLAMENTAZIONE DELLE ASTENSIONI DELLE UDIENZE DEGLI AVVOCATI SECONDO LA INTERPRETAZIONE DEL DIRITTO VIVENTE.....	10
E) L'ART. 4 DEL CODICE DI AUTOREGOLAMENTAZIONE.....	13
F) LA SOSPENSIONE DEL PROCESSO <i>A QUO</i>	17
G) CONCLUSIONI	20

A) I QUESITI

1. Le Unioni delle Camere Penali Italiane chiedono se la disciplina in materia di astensione dalle udienze degli avvocati presenti profili di incostituzionalità nella misura in cui consente che nei procedimenti e nei processi in relazione ai quali l'imputato si trovi in stato di custodia cautelare o di detenzione l'avvocato possa legittimamente astenersi dalle udienze qualora l'imputato non richieda espressamente di procedersi e se al giudice che dubiti della legittimità costituzionale di tale disciplina sia consentito sospendere il giudizio limitatamente alla richiesta di rinvio dell'udienza formulata dai difensori con il consenso degli imputati.

B) LA VICENDA E LA TESI DEL TRIBUNALE DI REGGIO EMILIA

2. Va premesso che innanzi al Tribunale penale di Reggio Emilia si sta celebrando un maxi processo (cd. processo Aemilia), che vede imputate oltre centocinquanta persone sia per il reato di associazione a delinquere di stampo 'ndranghetistico che per molteplici reati fine.

Nel caso di specie è avvenuto che all'udienza del 2.5.2017 tutti i difensori, con il consenso degli imputati detenuti, hanno dichiarato di aderire all'iniziativa di astensione collettiva dalle udienze proclamata dalla Unione delle Camere penali per i giorni dal 2 al 5 maggio 2017.

Con ordinanza resa all'esito dell'udienza, il Tribunale di Reggio Emilia, nel disporre il rinvio del processo all'udienza del 9.5.2017, ha sollecitato la Commissione di garanzia per l'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali a pronunciarsi su numerose questioni relative alla disciplina che regola la astensione dalle udienze degli avvocati, osservando che la predetta disciplina *“applicata nel contesto di un processo delle dimensioni di quello attualmente in corso avanti al tribunale di Reggio Emilia con circa 150 imputati, centinaia di capi d'imputazione, centinaia di testimoni, migliaia di pagine di trascrizioni, di intercettazioni telefoniche e ambientali, in corso da oltre un anno, con prevedibile ulteriore lunga durata, con elevatissimi costi per la collettività per vigilanza, sicurezza, predisposizione dell'aula di udienza, servizi di videoconferenza e di assistenza tecnica, e altro ancora e soprattutto con detenuti in custodia cautelare dal 28 gennaio 2015, non realizza alla prova dell'esperienza concreta quel giusto equilibrio di valori e interessi contrapposti che la Suprema Corte considera per principio attuato dal giudizio della Commissione di garanzia che supera ogni diversa concreta valutazione di altri organi?”*.

In particolare, il Tribunale di Reggio Emilia ha posto in risalto il fatto che *“sono gli imputati detenuti a pagare il costo dell’astensione poiché non solo la loro custodia cautelare potrebbe protrarsi per tempi non predefiniti ma rispetto a un’eventuale valutazione di ingiusta detenzione non potrebbero far valere in alcun modo il diritto all’indennizzo per tutti i giorni di ingiusta custodia cautelare sofferta, in parte qua imputabile alla scelta di consentire all’astensione dei difensori e quindi alla disponibilità del proprio diritto ad essere giudicati in custodia cautelare entro i rigorosi termini di fase fissati dal codice di procedura”*.

3. Sempre nell’ambito del processo Aemilia, all’udienza del 23.5.2017 tutti i difensori, con il consenso degli imputati detenuti, hanno dichiarato di aderire ad una seconda iniziativa di astensione collettiva dalle udienze, questa volta proclamata dall’Organismo Unitario dell’Avvocatura.

Con ordinanza resa all’esito dell’udienza, il Tribunale di Reggio Emilia, preso atto che *“la sollecitazione della Commissione non ha portato ad alcun ripensamento né ad alcun raffreddamento del conflitto”*, ha sollevato la questione di legittimità costituzionale, in relazione agli articoli 1, 3, 13, 24, 27, 70, 97, 111 della Costituzione, *“dell’art. 2 bis della legge 13 giugno 1990 n. 146 nella parte in cui consente che il Codice di autoregolamentazione delle astensioni dalle udienze degli avvocati (valutato idoneo dalla Commissione di garanzia con delibera n. 07/749 del 13 dicembre 2007 pubblicato su G.U. n. 3 del 4 gennaio 2008) stabilisca (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 (introdotto dalla L. n. 479/1999) del codice di procedura penale, si proceda malgrado l’astensione del difensore solo ove l’imputato lo consenta”*.

4. Nello specifico, l'ordinanza del 23.5.2017 del Tribunale di Reggio Emilia ha prospettato quattro profili di illegittimità costituzionale della disciplina che regola l'astensione dalle udienze degli avvocati in processi con imputati detenuti.

In primo luogo, secondo il Tribunale di Reggio Emilia, tale disciplina si porrebbe in contrasto con gli artt. 13, commi 1 e 5, e 27 Cost., in quanto *“il rinvio del processo per adesione dell'imputato all'astensione del proprio difensore produce non solo il protrarsi ingiusto della custodia cautelare dell'imputato presunto innocente, specie se tale innocenza dovesse essere accertata all'esito del processo ma anche l'impossibilità per l'ingiustamente detenuto di fare valere il diritto alla riparazione per l'ingiusta detenzione per i giorni di custodia cautelare sofferti, per avervi dato causa per dolo o colpa grave. In concreto per avere prolungato volontariamente la custodia ingiusta eventualmente sofferta. Un ordinamento che garantisce con tale rigore il diritto di libertà personale non può ammettere che di essa si faccia libera disponibilità per consentire ai professionisti avvocati di esercitare anche nei processi con detenuti il diritto all'astensione dalle udienze per ragioni rilevanti per la categoria professionale. Qui, ad avviso del tribunale, vi è quel conflitto, con diritti costituzionali della persona che a norma dell'art. 1 della stessa legge 149/1990 avrebbe dovuto portare all'esclusione dal codice di autoregolamentazione del diritto di astensione dalle udienze, in presenza di imputati detenuti?”*.

In secondo luogo, ad avviso del Tribunale di Reggio Emilia, confliggerebbe con gli artt. 13, comma 5, 111, 101, 1 e 70 Cost., atteso che *“se il legislatore ha assegnato un termine massimo per la pronuncia di una sentenza irrevocabile con imputato detenuto, contemperando attraverso la fissazione di termini massimi le esigenze cautelari con il diritto alla libertà personale del presunto innocente, significa che solo il legislatore interprete della sovranità popolare può stabilire quanto tempo sia necessario ed entro quanto tempo lo Stato deve definire i processi nei diversi gradi di giudizio con imputati detenuti. La gestione e l'uso del tempo per concludere il processo nei tre gradi di giudizio è affidato dal legislatore all'autorità*

giudiziaria che ha la responsabilità di definire in tempi ragionevoli i processi anche per assicurare che le esigenze cautelari che giustificano le misure cautelari non siano frustrate dall'abnorme durata delle diverse fasi del processo. Se sulla gestione e sulla durata dei tempi processuali intervengono fattori diversi da quelli espressamente considerati dal legislatore nella previsione della ragionevole durata, fattori esterni incidenti potestativamente sui tempi assegnati per giungere a sentenza, non sarà più il legislatore e tramite esso il popolo a fissare il tempo della giustizia ma singoli soggetti o categorie che finiscono col disporre della durata di detti termini in violazione dei suddetti principi fondamentali”.

In terzo luogo, si evidenzia “*la torsione che la norma sull’astensione dalle udienze con imputati detenuti produce sul diritto di difesa ex art. 24 C., in relazione all’art. 3”*, poiché “*far dipendere [...] dall’imputato detenuto la scelta di consentire al proprio difensore se astenersi o meno mette sullo stesso piano soggetti che sono su un piano diverso, imponendo all’imputato detenuto, e quindi in condizioni di minorità, una scelta estranea al proprio interesse alla definizione più rapida possibile del processo e alle ragioni della scelta del difensore, richiedendogli un’opzione e un atto di volontà che non sono e non possono essere libere, in questo modo strumentalizzandosi l’imputato alle finalità dell’astensione del difensore, finalità estranee ai criteri e alle ragioni della difesa”*.

In quarto e ultimo luogo, il Tribunale di Reggio Emilia asserisce che vi sarebbe l'intrinseca irragionevolezza della previsione normativa “*che finisce nel solo caso degli avvocati con l’attribuire alla manifestazione di protesta e alla rivendicazione di categoria un peso abnorme e sproporzionato, ben diverso e superiore da quello di cui possono disporre altre categorie di lavoratori autonomi e professionisti, proprio perché l’astensione degli avvocati nei processi con imputati detenuti interferisce per le ragioni indicate col bene fondamentale della libertà personale valore che nella gerarchia dei beni supremi sta sotto solo al bene della vita e dell’integrità personale, beni che, a loro volta, non possono essere in alcun modo essere compromessi o messi in pericolo da astensioni dei professionisti o lavoratori autonomi”*, in uno al fatto

che “la legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali prevede una ben più cogente disciplina dello sciopero dei dipendenti del ministero della giustizia addetti al servizio di assistenza all’udienza penale. Le prestazioni che tali dipendenti sono tenuti ad assicurare ai sensi degli art. 1 e 2 della legge 146/1990, pur in costanza di astensione, sono sia l’assistenza alle udienze di convalida di arresti e fermi sia le udienze con imputati detenuti”, senza considerare “il codice di autoregolamentazione dello sciopero dei magistrati che stabilisce come in materia penale l’astensione non è consentita nei procedimenti e processi con imputati detenuti” e che “lo stesso codice di autoregolamentazione dell’astensione degli avvocati prevede alla lett. a) dello stesso articolo 4.1 il divieto di astensione nei casi di assistenza al compimento degli atti di perquisizione e sequestro, alle udienze di convalida dell’arresto e del fermo, a quelle afferenti misure cautelari, agli interrogatori ex art. 294 del codice di procedura penale, all’incidente probatorio ad eccezione dei casi in cui non si verta in ipotesi di urgenza, come ad esempio di accertamento peritale complesso, al giudizio direttissimo e al compimento degli atti urgenti di cui all’art. 467 del codice di procedura penale”.

5. La trattazione del tema della peculiare disciplina dettata in materia di astensione dalle udienze degli avvocati richiede una premessa.

C) LA GENESI DELL’ART. 2-BIS DELLA L. 12 GIUGNO 1990, N. 146

6. Il meccanismo di attuazione delle norme che regolano le astensioni dalle udienze degli avvocati rappresenta il punto di emersione di un delicato bilanciamento di configgenti diritti di rilevanza costituzionale la cui linee fondanti sono state tracciate dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 171 del 1996.

In tale occasione, la Corte nello scrutinare le questioni di legittimità costituzionali “a) dell’art. 486, quinto comma, del codice di procedura penale; b) del combinato disposto degli artt. 97, 486, quinto comma, del codice di procedura penale e 29 delle disposizioni attuative del codice di procedura penale; c) del combinato disposto degli artt. 420, terzo comma, 97 del codice di procedura penale, 29 delle disposizioni attuative del codice di procedura penale e 1 della legge 12 giugno 1990, n. 146 (Norme sull’esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali e sulla salvaguardia dei diritti della persona costituzionalmente tutelati. Istituzione della commissione di garanzia dell’attuazione della legge); d) degli artt. 304, lettera b), e 76 del codice di procedura penale in relazione all’art. 102, secondo comma, stesso codice e art. 30 delle disposizioni attuative del codice di procedura penale; e) degli artt. 2, 4, 8, 12, 13 della legge 12 giugno 1990, n. 146; f) degli artt. 85 e 169, secondo comma, del codice di procedura civile; g) degli artt. 1, secondo comma, 2, terzo comma, della legge 12 giugno 1990, n. 146 e degli artt. 669-duodecies, 669-septies e 669-octies del codice di procedura civile” in materia di astensione degli avvocati dalle udienze sollevate da numerose ordinanze di rimessione in ordine alla lesione di beni costituzionalmente protetti – quali i diritti inviolabili della persona, i principi di uguaglianza e ragionevolezza, di soggezione del giudice solo alla legge, di obbligatorietà dell’azione penale, di buon andamento dell’amministrazione giudiziaria – ebbe modo di chiarire i tratti caratterizzanti l’istituto dell’astensione nonché le relative situazioni soggettive di titolarità degli appartenenti alla categoria professionale forense.

Sulla scorta di talune precisazioni e riflessioni in punto di riconoscimento della libertà di associazione e dell’attività sindacale e sull’espressa garanzia del diritto di sciopero entro i limiti indispensabili alla salvaguardia di altri interessi costituzionalmente protetti, la Corte concluse nel senso che “il riconoscimento che la Carta costituzionale assicura all’autonomia dei singoli e dei gruppi e all’insieme delle libertà sopra richiamate, vale altresì per l’astensione dal lavoro di quei

professionisti che svolgono - come gli avvocati e i procuratori legali - la propria attività in condizioni di indipendenza'.

Se è vero che l'astensione da ogni attività defensionale non può configurarsi come diritto di sciopero e non ricade sotto la specifica protezione dell'art. 40 Cost., dall'altro però nel caso in esame viene in rilievo il *favor libertatis*, il quale ispira la prima parte della Costituzione e si pone come fondamentale criterio regolatore di tale ambito di rapporti, garantendo la libertà di ogni formazione sociale e postulando, nel contempo, la concorrente tutela degli altri valori di rango costituzionale. Tanto più considerate indubbie peculiarità dell'avvocatura contemplate in più parti della Carta costituzionale: nell'art. 24, negli artt. 104, quarto comma, e 135, secondo comma.

Nel contempo, con la stessa sentenza la Corte dichiarò parzialmente fondati i dubbi di costituzionalità sulla normativa di cui alla legge 12 giugno 1990, n. 146 rilevando la necessità di una *"più ampia regolamentazione anche in riferimento all'astensione collettiva dal lavoro non qualificabile, per l'assenza dei suoi tratti tipici, come esercizio del diritto di sciopero"*, nel senso che *"si richiedono, quanto meno, un congruo preavviso e un ragionevole limite temporale di durata, peraltro già previsti da codici di autoregolamentazione recentemente adottati da vari organismi professionali che, tuttavia, non hanno efficacia generale. Un'adeguata disciplina, ormai indilazionabile, è strumentale alla salvaguardia dei principi e valori costituzionali più volte menzionati: il buon andamento dell'amministrazione della giustizia postula che il legislatore, coerentemente con i canoni costituzionali richiamati, specifichi anche le prestazioni essenziali da adempiere durante l'astensione, le procedure e le misure conseguenziali nell'ipotesi di inosservanza"*. Di qui *"l'illegittimità costituzionale dell'art. 2, commi 1 e 5, della legge n. 146, nella parte in cui non prevede, nel caso dell'astensione collettiva dall'attività giudiziaria degli avvocati e dei procuratori legali, l'obbligo d'un congruo preavviso e d'un ragionevole limite*

temporale dell'astensione e non prevede, altresì, gli strumenti idonei a individuare (e assicurare) le prestazioni essenziali durante l'astensione stessa, nonché le procedure e le misure consequenziali nell'ipotesi di inosservanza'.

7. Dopo tale sentenza, il legislatore interveniva con la legge 11 aprile 2000, n. 83, che introdusse sostanziali modifiche ed integrazioni alla l. 146/1990 nella direzione indicata dalla Corte Costituzionale, tra cui appunto quella di cui all'art. 2-bis, il quale dispone che *“l'astensione collettiva dalle prestazioni, ai fini di protesta o di rivendicazione di categoria, da parte di lavoratori autonomi, professionisti o piccoli imprenditori, che incida sulla funzionalità dei servizi pubblici di cui all'articolo 1, è esercitata nel rispetto di misure dirette a consentire l'erogazione delle prestazioni indispensabili di cui al medesimo articolo. A tale fine la Commissione di garanzia di cui all'articolo 12 promuove l'adozione, da parte delle associazioni o degli organismi di rappresentanza delle categorie interessate, di codici di autoregolamentazione che realizzino, in caso di astensione collettiva, il contemperamento con i diritti della persona costituzionalmente tutelati di cui all'articolo 1. Se tali codici mancano o non sono valutati idonei a garantire le finalità di cui al comma 2 dell'articolo 1, la Commissione di garanzia, sentite le parti interessate nelle forme previste dall'articolo 13, comma 1, lettera a) , delibera la provvisoria regolamentazione. I codici di autoregolamentazione devono in ogni caso prevedere un termine di preavviso non inferiore a quello indicato al comma 5 dell'articolo 2, l'indicazione della durata e delle motivazioni dell'astensione collettiva, ed assicurare in ogni caso un livello di prestazioni compatibile con le finalità di cui al comma 2 dell'articolo 1. In caso di violazione dei codici di autoregolamentazione, fermo restando quanto previsto dal comma 3 dell'articolo 2, la Commissione di garanzia valuta i comportamenti e adotta le sanzioni di cui all'articolo 4”*.

In tal modo, alle associazioni e agli organismi di rappresentanza forensi il legislatore affidò il compito di rinvenire il delicato punto di equilibrio tra il diritto costituzionale di libertà del difensore di astenersi dalle udienze e i valori costituzionali in possibile contrasto e di suggellarlo in un Codice di autoregolamentazione, nel contempo attribuendo alla Commissione di garanzia per l'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali la competenza a validarne la idoneità.

D) IL CODICE DI AUTOREGOLAMENTAZIONE DELLE ASTENSIONI DELLE UDIENZE DEGLI AVVOCATI SECONDO LA INTERPRETAZIONE DEL DIRITTO VIVENTE

8. Sicché, con delibera del 13 dicembre 2007, pubblicata sulla G.U. del 4 gennaio 2008, la Commissione di garanzia approvava il “Codice di autoregolamentazione delle astensioni dalle udienze degli avvocati” congiuntamente sottoposto alla Commissione da parte di Organismo unitario dell'avvocatura (O.U.A.), Associazione nazionale giovani avvocati (AIGA), Associazione nazionale forense (A.N.F.), Unione nazionale camere civili (U.N.C.C.), Unione camere penali italiane (U.C.P.I.).

In particolare, nei considerando della suddetta delibera viene messo in luce tra l'altro: a) *“il codice di autoregolamentazione in esame contiene: l'indicazione di un preavviso di «almeno dieci giorni» nonché la previsione di precisi obblighi di comunicazione delle astensioni (art. 2, comma 1); la fissazione del termine per la comunicazione della revoca dell'astensione (art. 2, comma 2); la determinazione della durata massima nonché la previsione di un intervallo di tempo tra il termine finale di un'astensione e l'inizio di quella successiva (art. 2, comma 4); l'individuazione analitica delle prestazioni indispensabili da garantire*

durante l'astensione (articoli 4, 5, 6)"; b) "il rilievo formulato da Assoutenti, in quanto relativo al rapporto fiduciario che intercorre tra professionista e cliente, può trovare più adeguata soluzione, nell'ambito delle norme deontologiche che regolano la professione forense e non in sede di regolamentazione generale dell'astensione collettiva"; c) "pertanto l'insieme delle norme contenute nel codice di autoregolamentazione in ordine ai vari profili dell'esercizio del diritto degli avvocati di astenersi dalle udienze e dall'attività giudiziaria si può ritenere coerente con le regole della legge n. 146/1990 e successive modifiche nonché con gli orientamenti applicativi risultanti dalle delibere della Commissione".

9. Nella interpretazione delle Sezioni Unite, "il codice di che trattasi assume valore di normativa secondaria alla quale occorre conformarsi?" (Cass. pen., Sez. Un., sentenza 30 maggio 2013, n. 26711).

Quanto alla questione se, pur dopo l'entrata in vigore delle suddette fonti secondarie con cui è stato effettuato in via generale il contemperamento, continui a permanere in capo al giudice un potere di autonomo bilanciamento degli interessi e dei valori in gioco ed un potere di rifiutare eventualmente, a seguito di tale valutazione, il rinvio nonostante una regolare dichiarazione di astensione del difensore il rispetto delle norme del codice di autoregolamentazione, le Sezioni Unite penali hanno autorevolmente affermato che "nel sistema attuale – strutturato proprio seguendo le indicazioni della sentenza costituzionale n. 171 del 1996 – le situazioni che richiedono un bilanciamento tra i confliggenti diritti costituzionali sono state in via generale previste dalle norme legislative e secondarie competenti in materia, le quali hanno già provveduto al bilanciamento. Il che appare appunto conforme alla suddetta sentenza costituzionale, che aveva auspicato l'intervento del legislatore anche per l'esigenza che in una materia così delicata, come le agitazioni sindacali di lavoratori non dipendenti nei servizi pubblici essenziali, le interferenze ed i conflitti tra i contrapposti

valori costituzionali in gioco siano regolati “a monte” da norme certe, generali ed astratte e non rimesse a mutevoli valutazioni discrezionali in relazione ai singoli casi concreti” (Cass. pen., Sez. Un., sentenza 27 marzo 2014, n. 40187).

Le stesse Sezioni Unite penali hanno altresì precisato che in via ipotetica il potere di bilanciamento del giudice potrebbe riemergere (i) *“nell’ipotesi in cui, per una qualche ragione, venisse meno la vigenza di codici di autoregolamentazione e di regolamentazioni provvisorie, e si ripresentasse la situazione di carenza normativa nella quale era intervenuta la sentenza costituzionale n. 171 del 1996”;* (ii) nel caso in cui *“si verificano ipotesi eccezionali in cui emergano valori costituzionali che non possano, nemmeno indirettamente, farsi rientrare tra quelli già presi in considerazione dalla normativa primaria e secondaria e che potrebbero essere irrimediabilmente pregiudicati dall’esercizio del diritto di astensione. In questi casi, potrebbe pensarsi che, in riferimento a tali ulteriori valori, si riproponga una situazione di mancanza e inadeguatezza normativa considerata dalla suddetta sentenza costituzionale e che, in passato, aveva giustificato l’attribuzione al giudice del potere di bilanciamento. Dovrebbe comunque trattarsi di valori costituzionali che non siano stati tenuti presenti, neppure indirettamente, dalla fonte secondaria competente al fine di contemperamento, il che in concreto appare appunto molto difficile, anche perché i casi finora esaminati dalla giurisprudenza di legittimità appaiono tutti rientrare nell’ambito dei valori e principi costituzionali per i quali le fonti secondarie hanno già effettuato il bilanciamento o essere comunque risolvibili, in un modo o nell’altro, mediante l’interpretazione delle disposizioni di dette fonti. Dovrebbe comunque trattarsi di veri e propri ulteriori diritti o valori costituzionali (non riconducibili a quelli per i quali è già normativamente avvenuto il bilanciamento), mentre non potrebbero ritenersi sufficienti, ad esempio, generiche ragioni di opportunità, o vaghe “esigenze di giustizia” non contemplate dal codice, o il fine di evitare “il grave disagio ad un teste chiamato a testimoniare da città lontana” o la lesione di “interessi logistici della giustizia” nell’ipotesi di udienza in trasferta per l’esame (che sia ripetibile) di un*

teste. In queste ipotesi mancherebbe un vero e proprio valore costituzionale da far prevalere sul diritto costituzionale all'astensione, e comunque i casi in cui l'astensione non è consentita per la necessità di assumere un atto o una prova urgenti sono già previsti dall'art. 4 del codice che richiama l'art. 467 c.p.p., che a sua volta richiama i casi previsti dall'art. 392" (Cass. pen., Sez. Un., sentenza 27 marzo 2014, n. 40187).

10. Secondo il diritto vivente, dunque, la disciplina in materia di astensione dalle udienze degli avvocati non presenta profili di incostituzionalità nella misura in cui consente che nei procedimenti e nei processi in relazione ai quali l'imputato si trovi in stato di custodia cautelare o di detenzione l'avvocato possa legittimamente astenersi dalle udienza qualora l'imputato non richieda espressamente di procedersi, in quanto il bilanciamento con il fondamentale diritto di libertà degli indagati ed imputati è stato operato dall'art. 4, lett. a) e b), del Codice di autoregolamentazione e la correttezza di tale bilanciamento è stata "validata" dalle Sezioni Unite penali.

E) L'ART. 4 DEL CODICE DI AUTOREGOLAMENTAZIONE

11. In verità le censure del Tribunale di Reggio Emilia si dirigono direttamente nei confronti della disciplina in concreto adottata dal Codice di autoregolamentazione del 2007, il quale, come già chiarito dalla giurisprudenza della Cassazione, rappresenta un atto di normazione secondaria, come tale sottratto al sindacato della Corte Costituzionale.

È quindi prospettabile un esito di manifestata inammissibilità della questione di costituzionalità sollevata dal Tribunale di Reggio Emilia, in quanto: *"l'impugnazione delle*

indicate disposizioni del testo unico si appalesa [...] il frutto di un improprio trasferimento su disposizioni di rango legislativo di una questione di legittimità concernente le norme regolamentari richiamate: norme prive di forza di legge, sulle quali non può essere invocato un sindacato di legittimità costituzionale, né, conseguentemente, un intervento interpretativo di questa Corte; [...] pertanto, la questione proposta è, sotto ogni profilo, manifestamente inammissibile” (v. ad es. Corte Cost. ordinanza 15 dicembre 2004, n. 389).

12. Invero il giudice *a quo*, evidentemente ben consapevole che le norme secondarie non sono sindacabili dalla Corte Costituzionale, assume la incostituzionalità dell’art. 2-*bis* della legge 13 giugno 1990, n. 146, “*nella parte in cui consente che il Codice di autoregolamentazione delle astensioni dalle udienze degli avvocati (valutato idoneo dalla Commissione di garanzia con delibera n. 07/749 del 13 dicembre 2007 pubblicato su G.U. n. 3 del 4 gennaio 2008) stabilisca (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 (introdotto dalla L. n. 479/1999) del codice di procedura penale, si proceda malgrado l’astensione del difensore solo ove l’imputato lo consenta”.*

13. In altri termini, il Tribunale censura una lacuna. Già questo appare una richiesta che costituisce fonte di inammissibilità, in quanto si chiede alla Corte una nuova e diversa disciplina cioè una sentenza additiva, ma non attraverso l’“attrazione” di norme già vigenti nell’ordinamento, bensì attraverso una diversa ricostruzione e valutazione del “bilanciamento” tra i vari interessi in gioco.

Senonché *“una decisione additiva è consentita, com’è ius receptum, soltanto quando la soluzione adeguatrice non debba essere frutto di una valutazione discrezionale ma consegua necessariamente al giudizio di legittimità, sì che la Corte in realtà proceda ad un’estensione logicamente necessitata e spesso implicita nella potenzialità interpretativa del contesto normativo in cui è inserita la disposizione impugnata. Quando invece si profili una pluralità di soluzioni, derivanti da varie possibili valutazioni, l’intervento della Corte non è ammissibile, spettando la relativa scelta unicamente al legislatore”* (Corte Costituzionale, sentenza 22 aprile 1986, n. 109). E tale infatti è la nostra situazione in cui il bilanciamento è stato fatto dal legislatore, tra l’altro con rinvio ad una normativa secondaria approvata dalla Commissione di garanzia sulla scorta di una ampia consultazione. Per chiarezza, valga ricordare che sovente la Corte Costituzionale ha fatto richiamo alla necessità, onde procedere all’additiva, che sussistano le c.d. *“rime obbligate”* (secondo la nota espressione di Crisafulli): *“questa Corte ha ripetutamente affermato (sentenze n. 308 e 258 del 1994, n. 298 del 1993, tra le altre) che le pronunce additive (come quella richiesta dall’odierno rimettente) sono consentite solamente quando la questione si presenti a rime obbligate, cioè quando la soluzione sia logicamente necessitata ed implicita nello stesso contesto normativo”* (Corte Costituzionale, ordinanza 14 novembre 2006, n. 380): il che evidentemente non è ove si debba addirittura procedere a bilanciamento.

Comunque, anche a superare tale eccezione, la questione non è da ritenersi fondata. Va anzitutto ricordato che l’art. 4, comma 1, lett. b), rubricato *“Prestazioni indispensabili in materia penale”*, del Codice di autoregolamentazione delle astensioni dalle udienze degli avvocati, così dispone: *“L’astensione non è consentita nella materia penale in riferimento: [...] b) 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". Ciò significa che l'autoregolamentazione stabilisce un divieto di astensione nei procedimenti e nei processi in relazione ai quali l'imputato si trovi in stato di custodia cautelare o di detenzione e l'imputato chieda espressamente che si proceda malgrado l'astensione del difensore.

Di conseguenza, deve escludersi la compromissione del diritto di libertà dell'imputato detenuto a favore del diritto di libertà del difensore di astenersi dalle udienze. Al contrario, è da ritenere che nell'operare il bilanciamento di cui sopra, l'art. 4 del Codice di autoregolamentazione accordi prevalenza al diritto di libertà dell'imputato detenuto rispetto al diritto di libertà del difensore di astenersi dalle udienze, atteso che qualora l'imputato richieda espressamente di procedere malgrado l'astensione del difensore, il diritto del difensore di astenersi dalle udienze recede.

Non solo. Occorre aggiungere che se da un lato, in caso di rinvio per astensione in un processo con imputati sottoposti a custodia cautelare, l'operatività della sospensione dei relativi termini ai sensi dell'art. 304, comma 1, lett. b), c.p.p., si giustifica in considerazione della esigenza di *"evitare che la forzata inerzia del processo si risolva in un ingiustificato vantaggio dipendente dalla decorrenza dei termini"* (Cass. pen., Sez. I, sentenza 14 febbraio 2000, n. 1036), dall'altro, nel sanzionare penalmente l'ipotesi di patrocinio o consulenza infedele (art. 380 c.p.), l'ordinamento appresta una garanzia particolarmente incisiva avverso ipotetiche condotte "ritorsive" del difensore cui sia richiesto di procedere malgrado l'astensione, di talché in caso di astensione del difensore dalle udienze l'imputato detenuto è chiamato al riguardo ad una presa di posizione al contempo seria e genuina. Del resto – come già

osservato – la correttezza e l’equilibrio di tale situazione e quindi del previo bilanciamento sono già state rilevate dalle Sezioni Unite.

F) LA SOSPENSIONE DEL PROCESSO A QUO

14. In ogni caso, la ordinanza del Tribunale di Reggio Emilia è oltremodo singolare laddove da un lato dubita della legittimità costituzionale di tale disciplina, dall’altro sospende il giudizio limitatamente alla richiesta di rinvio dell’udienza formulata dai difensori con il consenso degli imputati.

15. L’art. 23, comma 2, l. 11 marzo 1953, n. 87, stabilisce che *“l’autorità giurisdizionale, qualora il giudizio non possa essere definito indipendentemente dalla risoluzione della questione di legittimità costituzionale o non ritenga che la questione sollevata sia manifestamente infondata, emette ordinanza con la quale, riferiti i termini ed i motivi della istanza con cui fu sollevata la questione, dispone l’immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale e sospende il giudizio in corso”*. Ciò vuol dire che l’iniziativa incidentale può riguardare solo le norme di legge che influiscono sulla decisione del giudizio¹.

16. Ed invero se la definizione del processo dipende dalla previa risoluzione della questione di costituzionalità, evidentemente esso deve restare sospeso fin tanto che la questione non sia stata risolta. Ciò trova conferma in una serie di precedenti nei quali la Corte ha dichiarato manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale *“perché il*

¹ V., tra le tante, Corte Costituzionale, sentenza 9 giugno 1971, n. 130.

Giudice di pace rimettente, pur affermando di ritenere rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale sollevata, non ha sospeso il processo e ne ha disposto la prosecuzione con la seguente motivazione: «atteso che il giudizio può essere definito indipendentemente dalla risoluzione della questione di costituzionalità»», poiché in tal caso “si concretizza una duplice violazione del citato art. 23 perché il Giudice di pace solleva una questione dalla quale, come lui stesso afferma, non dipende la definizione del giudizio e, al contempo, non sospende il processo”, mentre “la Corte ha più volte affermato che «l’art. 1 della legge costituzionale 9 febbraio 1948, n. 1, nel prevedere che la questione di legittimità costituzionale può essere “rilevata d’ufficio o sollevata da una delle parti nel corso di un giudizio”, non ha conferito al giudice la facoltà di sollevare una questione di legittimità costituzionale dalla cui risoluzione non dipenda la decisione del giudizio di cui è investito» e che «l’art. 23 della legge 11 marzo 1953, n. 87, nel richiedere il requisito della rilevanza, si uniforma alla predetta norma costituzionale» (ordinanze n. 130 del 1998, n. 225 del 1982 e n. 130 del 1971)” (Corte Costituzionale, ordinanza 12 gennaio 2012, n. 5).

In altre parole la questione di costituzionalità può essere sollevata dal giudice sospendendo nel contempo il processo, perché appunto tale questione deve riguardare una disposizione rilevante ai fini del decidere.

17. Ciò è ancora più evidente, nella specie, in quanto la stessa ordinanza di rimessione del Tribunale di Reggio Emilia afferma che “*se la Corte dovesse dichiarare l’illegittimità della norma che si sottopone allo scrutinio di costituzionalità non si avrebbe la sospensione dei termini (di custodia e di prescrizione) come effetto del riconosciuto diritto insindacabile del difensore di astenersi dall’udienza, in assenza di espressa richiesta contraria dell’imputato, ma come conseguenza della sospensione dell’incidente di costituzionalità. Il che produce una significativa differenza giuridica posto che la sospensione del termine non*

deriva direttamente dalla richiesta degli imputati e dei loro difensori ma dalla necessità di sollevare l'incidente di costituzionalità per fare dichiarare l'illegittimità della norma che sancisce il diritto di rinvio nella fattispecie considerata'. In altre parole, per lo stesso giudice *a quo* gli effetti della sentenza della Corte rilevano ai fini del decorso del termine di sospensione dei termini di prescrizione (o meglio, delle ragioni di tale sospensione), e non della decisione di merito.

18. Non solo. Alla stregua dei parametri fissati dalle Sezioni Unite penali con la sentenza n. 25957 del 26.3.2009², secondo cui è da qualificarsi abnorme – sotto il profilo funzionale – l'atto che imponga il compimento di una ulteriore attività viziata e dunque ponga in pericolo l'equilibrio funzionale del procedimento e la stessa nozione di processo come serie ordinata di atti tendenti alla stabilità della sua conclusione, è da ritenersi che l'ordinanza in questione presenti proprio tali caratteri nella parte in cui sospende il giudizio limitatamente alla richiesta di rinvio dell'udienza formulata dai difensori. Infatti, siffatto provvedimento non solo è del tutto atipico (la sospensione riguarda il processo e non la richiesta di rinvio), ma è altresì è suscettibile di produrre una catena di patologie processuali, perché in caso di non accoglimento della questione (o di sua inammissibilità) le fasi del processo che si saranno svolte nelle more del giudizio di costituzionalità, nell'evenienza che nel prosieguo i difensori dovessero esercitare di nuovo il diritto di astensione, sarebbero sicuramente colpite da nullità per difetto di contraddittorio.

Ad ogni modo, l'ordinanza, poiché non sospende il processo, a) o è seguita, in caso di ulteriori astensioni, da rinvii coerenti con il codice di autoregolamentazione, e allora vuol dire per *facta concludentia* che invece la questione non era affatto rilevante; b) oppure non ci

² Di recente confermati da Cass. pen., Sez. VII, ordinanza 28 settembre 2015, n. 46775.

sono più astensioni, dal che ancora una volta emerge la non rilevanza; c) oppure infine in caso di ulteriori astensioni non seguite da rinvii, il diritto di astensione viene pregiudicato e allora saremo di fronte ad una disapplicazione della legge: il che è abnorme in sé, e ancora più abnorme (per le conseguenze) in caso di non accoglimento della questione da parte della Corte Costituzionale.

G) CONCLUSIONI

20. Riassumendo conclusivamente quanto fin qui esposto, è mia opinione che la attuale disciplina in materia di astensione dalle udienze degli avvocati non presenti profili di incostituzionalità laddove consente che nei procedimenti e nei processi in relazione ai quali l'imputato si trovi in stato di custodia cautelare o di detenzione l'avvocato possa legittimamente astenersi dalle udienze qualora l'imputato non richieda espressamente di procedersi. E comunque al giudice che dubiti della legittimità costituzionale di tale disciplina non è consentito sospendere il giudizio limitatamente alla richiesta di rinvio dell'udienza formulata dai difensori con il consenso degli imputati, dovendo invece sospendere il processo *tout court*.

Prof. Avv. Giuseppe Morbidelli

