10 MAGGIO 2019 |

GAETANO PECORELLA,

LA CORTE INTERPRETA SE STESSA. L'ASTENSIONE ALLA LUCE DELLA SENTENZA N. 14/2019 DELLA CORTE COSTITUZIONALE

CORTE COST., SENT. 31 GENNAIO 2019 (C.C. 9 GENNAIO 2019), N. 14, PRES. LATTANZI, RED. AMOROSO

1. La Corte Costituzionale è intervenuta sulla normativa riguardante l'astensione degli avvocati nei processi con imputati detenuti, con due sentenze, in un breve arco di tempo: con la sentenza n. 180 del 10 luglio 2018^[1], su rimessione del Tribunale di Reggio Emilia, e con la sentenza n. 14 del 9 gennaio 2019, su rimessione della Corte d'Appello di Venezia^[2].

Con la sentenza n. 180/2018, la Corte ha dichiarato la illegittimità costituzionale dell'art. 2-*bis* della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali, per violazione dell'art. 13, co. 5, Cost., nella parte in cui consente che il codice di autoregolamentazione interferisca con la disciplina della libertà personale dell'imputato, nei processi con imputati detenuti. In sostanza: la norma primaria, e cioè l'art. 2-*bis* della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali, non avrebbe dovuto consentire ciò che poi la norma sub primaria, o regolamentare, e cioè l'art. 4 del codice di autoregolamentazione, ha consentito: ovvero, che - aderendo o meno all'astensione - sia rimessa alla volontà dell'imputato la scelta in ordine alla restrizione della propria libertà personale, atteso che la durata della custodia cautelare in carcere può e deve dipendere dalla legge.

Poiché l'art. 13 Cost. dispone che non sia ammessa forma alcuna di detenzione se non nei soli casi e modi previsti dalla legge, bisogna chiarire subito che eventualmente il vizio dell'art. 2-*bis* non sarebbe quello di aver permesso che il codice di autoregolamentazione interferisca con la libertà personale dell'imputato, ma più propriamente che a livello normativo non abbia dettato una regola sul punto. Mancherebbe, in sostanza, in relazione all'art. 4, lett. b), e agli effetti del dissenso-assenso del detenuto, una copertura legislativa.

Ma non è così. La Corte, nel prendere questa decisione, non si è posta il problema della collocazione sistematica dell'art. 4, lett. b), del codice di autoregolamentazione, in relazione ad altre norme del codice di procedura penale. Conviene partire dalla formulazione letterale della norma: *“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, del c.p.p., che si proceda malgrado l'astensione del difensore, l'astensione non è consentita. In tal caso il difensore di fiducia o d'ufficio, non può legittimamente astenersi e ha l'obbligo di assicurare la propria prestazione professionale”*. Lo

schema dell'art. 420 *ter*, in effetti, è sovrapponibile a quello dell'art. 4 del codice di autoregolamentazione. Nel caso di assenza del difensore per legittimo impedimento, il processo è rinviato, salvo che *“l'imputato chieda che si proceda”*. Il codice di autoregolamentazione, perciò, altro non ha fatto che ritenere applicabile, per analogia, o per rinvio ricettizio, la disposizione del codice di procedura penale, relativa al legittimo impedimento, ai casi di astensione collettiva dalle udienze. La volontà dell'imputato, in entrambi i casi, è determinante ai fini della durata della custodia cautelare, ed in entrambi i casi trova fondamento in una disposizione di legge, o direttamente o per richiamo espresso[3].

Con ciò non si vuole dire che il codice di autoregolamentazione abbia qualificato l'astensione come una ipotesi di legittimo impedimento, bensì che l'astensione deve essere regolamentata – *per analogia* – alla stregua delle ipotesi di legittimo impedimento[4]. È quanto accadeva, del resto, prima della introduzione dell'autoregolamentazione come testo normativo oggettivamente vincolante per le parti e per il giudice[5].

È l'art. 304 c.p.p., poi, a regolamentare, i termini di durata massima della custodia cautelare: i termini sono sospesi, nella fase del giudizio, durante il tempo in cui il dibattimento è rinviato per impedimento dell'imputato o del difensore, ovvero *su richiesta dell'imputato* o del suo difensore. Se anche non ci fosse stato l'art. 4 del codice di autoregolamentazione, questa sarebbe stata la norma applicabile: a richiesta dell'imputato, ovviamente per motivi legittimi, il dibattimento è rinviato, ma i termini della custodia cautelare sono sospesi. Era, ed è, la legge a consentire all'imputato di poter decidere della durata della custodia in carcere, e quindi del suo diritto di libertà. Il codice di autoregolamentazione non ha fatto altro che chiarire, nell'alveo del legittimo impedimento, che le regole poste dagli artt. 304, 420 *ter*, c.p.p. si applicano anche alle ipotesi di astensione dalle udienze per l'esercizio del diritto di associazione da parte degli avvocati. L'art. 2-bis, e con esso l'art. 4 dell'autoregolamentazione, alla luce dell'intero sistema processuale, appaiono certamente compatibili con l'art. 13 della Costituzione.

C'è anche una ragione più propriamente politica per sostenere questa tesi. Come la stessa Corte ha scritto, l'*habeas corpus* deve essere inteso *“come autonomia e disponibilità della propria persona”* (sent. n. 23/1975)[6]: la riserva di legge, in materia di libertà personale, è a tutela dell'individuo, anche dell'imputato detenuto, e non può costituire un limite al diritto di far valere le proprie idee con forme di protesta che possano incidere sulla libertà personale di chi consente alla protesta. Ciò che la sentenza n. 180 non ha considerato è che il mancato dissenso del detenuto è - o, almeno, si presume che sia - l'effetto della condivisione dei motivi della iniziativa dell'avvocatura, che si è sempre astenuta a tutela delle garanzie, e cioè a tutela (anche) dei propri assistiti[7].

2. Ciò posto, si tratta di vedere se la pronuncia della Corte ha cancellato dall'ordinamento il diritto di astensione dell'avvocatura nei procedimenti con imputati detenuti, o ne abbia soltanto modificato la regolamentazione, e in che termini, o se, addirittura, non abbia inciso affatto sulla situazione esistente. Va detto, in primo luogo, che la sentenza n. 180/2018 non ha toccato direttamente l'art. 4 del codice di autoregolamentazione, né avrebbe potuto farlo trattandosi di una norma sub primaria. Sennonché, la sentenza della Corte Costituzionale n. 14/2019, che della

precedente parrebbe quasi una interpretazione autentica, lascia intendere che la dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 2-bis avrebbe comportato la “cancellazione” dell'art. 4, lett. b). La dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 2-bis della legge 146/1990, quindi, comporterebbe, a cascata, il divieto di dare rilevanza alla volontà del detenuto, e, quindi, la disapplicazione dell'art. 4. Tuttavia, la Corte non ha cancellato una parte della norma primaria, che della norma secondaria fosse il fondamento, ma ha censurato l'art. 2-bis in quanto “non prevede” che il codice di autoregolamentazione non abbia una incidenza sulla libertà personale dell'imputato. L'abrogazione, anche parziale, il venir meno, in tutto, o in parte, della norma primaria, di cui la norma secondaria fosse una attuazione, avrebbe comportato il venir meno anche di quest'ultima, che sarebbe rimasta priva della sua fonte. Diverso è il nostro caso: il quadro è più complesso, perché c'è una lacuna nella legge, da cui è derivata una norma secondaria il cui contenuto era “libero”, e cioè non era vincolato dalla norma primaria. Ciò che non c'è, deve essere riempito con una regola, il cui contenuto, nel caso di specie, non può essere lasciato alle determinazioni della Corte Costituzionale, visto che sono possibili più soluzioni: infatti, si potrebbe prevedere il divieto di affidare alla volontà dell'imputato l'esercizio del diritto di astensione, o, al contrario, riscrivere l'attuale art. 4, lett. b), in forma di norma di legge, ed inserirlo nell'art. 2-bis. Non lo esclude certamente l'art. 13, co. 5, Cost. come lo dimostrano talune disposizioni del codice di procedura penale, di cui si è detto e delle quali si tornerà a parlare.

3. L'art. 2-bis, dunque, necessita di un intervento del legislatore che detti le regole per riscrivere l'art. 4 lett. b), in materia di processi con detenuti[8]. Ora può soltanto prendersi atto che la volontà del detenuto non può più agire come condizione per l'esercizio del diritto di astensione da parte dell'avvocato. Che sia così risulta dalle stesse parole della Corte, nelle due sentenze gemelle, ed in particolare, più sinteticamente, ma con più evidenza dalla sentenza n. 14/2019.

Rispetto alla sentenza n. 180/2018, un fatto è certo: oggetto del giudizio della Corte non è stato il diritto di astensione della categoria forense in processi con imputati detenuti, bensì la possibilità che sia rimessa alla volontà dell'imputato la scelta in ordine alla restrizione della propria volontà personale, atteso che la durata della custodia cautelare in carcere può e deve dipendere dalla legge, e soltanto dalla legge. La questione decisa, dunque, non ha avuto per oggetto il diritto di astensione nei processi penali, con imputati detenuti, ma la facoltà attribuita ai detenuti di incidere, con il loro consenso o dissenso, sulla durata (complessiva) della custodia cautelare, e ciò per contrasto con la riserva di legge di cui all'art. 13 Cost. Ciò è detto già nelle conclusioni della sentenza n. 180/2018 (§ 21): “La disposizione censurata viola la riserva di legge posta dall'art. 13, quinto comma, Cost., nella parte in cui consente al codice di autoregolamentazione di interferire nella disciplina della libertà personale, interferenza consistente nella previsione che l'imputato sottoposto a custodia cautelare possa richiedere, o no, in forma espressa, di procedere malgrado l'astensione del suo difensore, con l'effetto di determinare, o no, la sospensione, e quindi il prolungamento, dei termini massimi (di fase) di custodia cautelare”[9]. Ma la Corte ha dato una lettura autentica del suo pensiero – almeno così sembra – con la successiva sentenza, la n. 14/2019.

Con ordinanza del 24 maggio 2017, la Corte d'Appello di Venezia ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 2, commi 1, 2 e 5 della legge 12 giugno 1990, n. 146, nella parte in cui - in caso di plurime astensioni degli avvocati dalle udienze accomunate, per espressa dichiarazione dell'associazione promotrice, dalle medesime ragioni di protesta - non prevede che la preventiva comunicazione obbligatoria del periodo di astensione e della relativa motivazione debba riguardare tutte le iniziative tra loro collegate, con l'indicazione di un termine finale, e non la singola astensione di volta in volta proclamata. La disposizione violerebbe i principi costituzionali di ragionevolezza, nonché di efficienza del processo penale. La Corte, con la sentenza n. 14/2019 ha dichiarato non fondate le questioni di legittimità costituzionale, sollevate dalla Corte d'Appello di Venezia, ma è tornata, *incidenter tantum*, sul tema affrontato con la sentenza n. 180/2018, chiarendo così il suo pensiero, e confermando l'interpretazione secondo cui il diritto di astensione dell'avvocato nei processi con detenuti continua a sussistere, ma non è più soggetto al consenso dell'imputato. Si legge, infatti, in motivazione (§ 4): *“Per effetto di questa pronuncia (e cioè la 180/2018) la prescrizione di cui all'art. 4 del codice di autoregolamentazione delle astensioni dalle udienze degli avvocati va posta a raffronto con la citata norma primaria (art. 2-bis) che più non consente – mentre prima (illegittimamente) non precludeva – che il codice predetto (nel regolare all'art. 4, comma 1, lett. b), l'astensione degli avvocati nei procedimenti e nei processi in relazione ai quali l'imputato si trovi in stato di detenzione) interferisca con la disciplina della libertà personale dell'imputato in ragione degli effetti sui termini di custodia cautelare secondo, alternativamente, la richiesta espressa dall'imputato di proseguire nel processo ovvero, all'opposto, il suo consenso anche tacito all'astensione del difensore. Sicché non è più applicabile la condizione ostativa al dispiegarsi della regola posta dallo stesso codice di autoregolamentazione (art. 4, comma 1) che non consente l'astensione del difensore allorché l'imputato versi in stato di custodia cautelare”*. Ciò che è venuta meno, dunque, è la *“condizione ostativa”*, ovvero il consenso - dissenso dell'imputato detenuto, prevista dal codice di autoregolamentazione, in virtù della quale era interdetto all'avvocato di esercitare il diritto di astensione.

In realtà, la frase conclusiva sembrerebbe contenere due affermazioni contraddittorie: l'una, quella ora indicata, secondo la quale è venuta meno la condizione ostativa del consenso del detenuto, e nient'altro; l'altra, secondo cui non sarebbe consentita l'astensione del difensore allorché l'imputato versi in stato di custodia cautelare. Sennonché, la lettura unitaria dell'intera frase, anche alla luce delle norme del codice, non può che essere la seguente: secondo l'art. 4 comma 1 del codice di autoregolamentazione non era consentita l'astensione del difensore nel caso in cui l'imputato fosse in stato di custodia cautelare, stante che il diritto dell'avvocato era sottoposto alla condizione ostativa che sussistesse il consenso del detenuto; ora, per l'appunto, non è più applicabile tale condizione. Che questa sia la lettura corretta discende anche da un dato d'ordine costituzionale: tanto il diritto del detenuto, quanto quello del difensore, sono dello stesso rango, talché uno non può eliminare l'altro, dovendosi procedere, come si vedrà, al loro bilanciamento.

Concludendo su questo punto: la *“scomparsa”* (o meglio: la *“disapplicazione”*) dell'art. 4, lett. b), non ha fatto venir meno, di per sé, il diritto di astensione nei processi con imputati detenuti. È

venuto meno un divieto, e, dunque, il diritto di rango costituzionale di astenersi incontra soltanto i limiti ancora previsti dal codice di autoregolamentazione[10].

Sotto il profilo processuale l'astensione non può che essere regolata alla stregua di un impedimento legittimo del difensore, e, dunque, ai sensi degli artt. 304, 420 *ter*, c.p.p.: se il detenuto chiede che il processo prosegua, nonostante l'astensione del difensore, o nomina altro difensore, o il giudice designa un difensore d'ufficio; se chiede che il processo sia rinviato, i termini massimi della custodia cautelare resteranno sospesi.

La soluzione, tuttavia, non può essere così semplice, né così meccanica: allorché sia il singolo difensore ad allegare un impedimento, l'imputato può agevolmente rivolgersi ad altro avvocato, e vedere così garantita la sua libertà personale. L'astensione collettiva, invece, ha per effetto, almeno in teoria, che nessun altro difensore sia disponibile, creandosi così uno sbilanciamento tra due valori costituzionali, quello del difensore all'esercizio del diritto di astenersi, e quello dell'imputato alla libertà personale. La Corte Costituzionale più volte, e anche in materie diverse, ha riaffermato il principio secondo cui, in casi di questa natura, sta al giudice ristabilire il bilanciamento tra i diritti in conflitto[11]. Allo stato appare la sola strada percorribile se si vuole evitare che uno dei due diritti, entrambi di rango costituzionale, e cioè il diritto alla libertà personale, dell'imputato, e quello alla libertà di associazione, dell'avvocato, resti definitivamente sacrificato[12].

Ma, ancora una volta, la soluzione presenta delle obiettive difficoltà, perché, da un lato, c'è un diritto ben definito, quello alla libertà personale, mentre, dall'altro, c'è un diritto politico che è per sua natura sfuggente, ed il cui contenuto è determinato volta a volta, a seconda delle finalità dell'astensione. Ciò rende discrezionale, e fuori controllo, la valutazione del giudice, anche per le sempre possibili divergenze sulle riforme giudiziarie. Allo stato, tuttavia, non si vede a chi altro si potrebbe affidare il bilanciamento tra i diritti in gioco. Ciò rende urgente l'intervento del legislatore sull'art. 2-*bis* che potrebbe essere integrato con un comma che riproduca l'art. 4, lett. b), norma che rendeva perfettamente compatibili il diritto dell'imputato alla libertà personale e quello del difensore ad astenersi per motivi attinenti alla tutela del giusto processo e delle garanzie di un diritto penale di stampo liberale.

[1] Per un commento "a caldo", rinvio a G. Pecorella, *Una sentenza della Corte Costituzionale (apparentemente) oscura. Può ancora esercitarsi il diritto di astensione nei processi con imputati detenuti?*, in questa *Rivista*, 17 ottobre 2018, V. anche: S. Lonati, *Il diritto del difensore all'astensione dalle udienze*, in *Nuovi orizzonti del diritto di difesa tecnica. Un itinerario tra questioni attuali e apertura del quadro normativo*, a cura di Negri e Renon, Torino, 2017, p. 247 ss.; E. Gianfrancesco, *Il codice di autoregolamentazione degli avvocati come fonte del diritto di natura secondaria*, in *Giur. cost.*, 2018, fasc. 4, p. 1918 ss; L. Diotallevi, *La Corte costituzionale si pronuncia sull'astensione forense nei processi con imputati in stato di custodia cautelare: interrogativi di natura processuale e ragioni di ordine sostanziale*, in *Giur. cost.*, 2018, fasc. 4,

p. 1929 ss; S. Lonati, *L'astensione del difensore dalle udienze nei processi con imputati in custodia cautelare: In attesa di un intervento del legislatore riemerge per il giudice il potere di bilanciamento dei diritti costituzionali in conflitto*, in *Giur. cost.*, 2018, fasc. 4, p. 1942 ss.; A. Tassi, *Astensione degli avvocati e libertà personale: brevi osservazioni su Corte cost. n. 180 del 2018*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, fasc. 3, p. 1808 ss.

[2] Cfr. L. Scollo, *La Corte Costituzionale salva la disciplina delle astensioni degli avvocati dalle udienze: i limiti previsti assicurano un adeguato bilanciamento degli interessi e le prestazioni indispensabili*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2019, 3, p. 1 ss.

[3] Si è sostenuto - dalla Suprema Corte - che il legislatore secondario, con l'art. 4, sembra aver considerato l'astensione dalle udienze come non riconducibile ad un legittimo impedimento a comparire poiché, diversamente, il richiamo all'art. 420 *ter*, co. 5, c.p.p. sarebbe stato superfluo (Cass., sez. V, 7.5.2008, n. 21963, Del Duca; Cass. sez. II, 29.10.2008, n. 44391, Palumbo). Proprio per questo, e correttamente, la norma ha usato l'avverbio: "analogamente".

[4] Ha indotto ad assimilare l'astensione ad un legittimo impedimento, probabilmente, l'orientamento giurisprudenziale secondo cui l'astensione di categoria rientrasse in tale ipotesi (Cass., sez. I, 8.7.1991, n. 3113, Lo Iacono; Cass. sez. III, 28.8.1993, n. 8533, Capaci; Cass., sez. I, 7.9.1995, n. 9922, Esposito; Cass., sez. II, 3.2.1997, n. 3795, Quintini; Cass., sez. I, 14.10.1997, n. 5740, Ancler). L'orientamento è mutato dopo la modifica dell'art. 159 c.p., ad opera della legge 5 dicembre 2005, n. 251, affermandosi progressivamente la tesi che tecnicamente non possa parlarsi di legittimo impedimento perché si tratta di una libera scelta del difensore. Ciò sul piano della prescrizione, con riferimento all'art. 159, n. 3 c.p., ovvero nel caso in cui la sospensione del processo avvenga "su richiesta dell'imputato o del suo difensore". Tuttavia, com'è evidente, la formula, processualmente, è la stessa dell'art. 304 c.p.p., in cui si parifica la richiesta dell'imputato al legittimo impedimento.

[5] Per la verità, anche dopo la introduzione del codice di autoregolamentazione l'interpretazione offerta dalla giurisprudenza sembrava asseverare l'affermazione per cui il codice di autoregolamentazione non esaurisce il novero delle situazioni potenzialmente idonee a fondare la potestà valutativa del giudice, di fronte a situazioni create dall'adesione del difensore all'astensione proclamata dall'associazione, dovendosi tener conto, da parte del giudice, delle altre situazioni, non catalogabili a priori, idonee ad incidere su diritti costituzionalmente rilevanti, da bilanciare col diritto del difensore all'esplicazione della propria libertà sindacale. Sono state le Sezioni Unite, con la sentenza del 14.3.2014, n. 40187, ad affermare l'opposto principio secondo cui il codice di autoregolamentazione "*contiene una normativa di valore secondario, o regolamentare, che la efficacia obbligatoria per tutti i soggetti dell'ordinamento, ed in primo luogo, quindi, nei confronti del giudice, il quale è tenuto a rispettarla e applicarla*". Il che vale, naturalmente, per ciò che è previsto: per ciò che non è previsto dovrebbe valere ancora il principio del bilanciamento. Questo, come si vedrà, sembra essere l'attuale situazione rispetto ai processi in cui entrano in conflitto il diritto ad astenersi dell'avvocato, e la libertà personale dell'imputato.

[6] I costituzionalisti ricordano che le definizioni correnti della libertà personale (ex art. 13 Cost.) sono due: quella che la identifica nella possibilità di disporre in via esclusiva del proprio

essere fisico, nei limiti e con l'osservanza degli obblighi posti dall'ordinamento (S. Galeotti, *La libertà personale*, 1953, 10), e l'altra secondo cui essa consisterebbe nella disponibilità non solo fisica, ma anche psichica o morale, di se stessi (P. Grossi, *Libertà personale, libertà di circolazione e obbligo di residenza dell'imprenditore fallito*, in *Giur. cost.*, 1962, p. 205). Sul punto, cfr. A. Pace, *Libertà personale (dir. cost.)*, in *Enc. del dir.*, XXIV, p. 287. La riserva di legge, in materia di libertà personale, dunque, è in funzione di garanzia per i cittadini nei confronti degli arbitrii sia dei giudici, sia del potere esecutivo, e non, evidentemente, come limite alle determinazioni dei titolari del diritto (cfr. I. Pellizzone, *Profili costituzionali della riserva di legge in materia penale*, 2015, p. 11 ss.).

[7] Quanto alle motivazioni delle astensioni è sufficiente scorrere le delibere di Giunta dell'U.C.P.I. Un esempio: le delibere del 4.3.2017, 17.3.2017, 12.4.2017, 9.5.2017, 24.5.2017, da cui è poi derivato l'intervento della Corte, avevano per oggetto "la irragionevolezza e la incostituzionalità delle riforme della prescrizione e dell'istituto del c.d. processo a distanza".

[8] Sottolinea particolarmente questa necessità, S. Lonati, *L'astensione del difensore dalle udienze*, op. cit., p. 1948.

[9] In questo senso: G. Pecorella, *Una sentenza della Corte Costituzionale (apparentemente) oscura*, op. cit., p. 1; A. Tassi, *Astensione degli avvocati e libertà personale*, op. cit., p. 1815; S. Lonati, *L'astensione del difensore dalle udienze*, op. cit., p. 1951.

[10] Così L. Scollo, *La Corte Costituzionale salva la disciplina delle astensioni degli avvocati dalle udienze*, op. cit., p. 4. Non è di questo avviso la Suprema Corte che in tre sentenze ha escluso che, a seguito della sentenza della Corte Costituzionale n. 180, sia ancora possibile l'astensione del difensore nei processi con imputati detenuti (Cass., sez. VI, 19.2.2019, n. 7618; Cass., sez. VI, 22.11.2018, n.ri 6801 e 54656). Critico, giustamente, L. Scollo, *La Cassazione dice "no" all'astensione con imputati in stato di custodia: ma è davvero così?*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2019, 3, p. 1 ss, che ha osservato che la pronuncia, quanto meno, è priva di motivazione.

[11] V., in particolare, Corte Costituzionale, sentenza n. 225 del 2001 in *Giur. cost.* 2001, fasc. 4, p. 1974 con nota di G. Spangher, in materia di impedimento per l'esercizio di attività parlamentare.

[12] È questa la conclusione a cui sono pervenuti sia S. Lonati, *L'astensione del difensore dalle udienze*, op. cit., p. 1951, che A. Tassi, *Astensione degli avvocati e libertà personale*, op. cit., p. 1815.