

L'interpretazione "costituzionalmente orientata" dell'incidentalità: la Corte e il Codice di autoregolamentazione dell'astensione collettiva degli avvocati, tra riserva di legge e disapplicazione*

di Tommaso F. Giupponi **
(30 maggio 2019)

Sommario: 1. Incidentalità e sospensione di singoli "segmenti" processuali. 2. La natura "subprimaria" del Codice di autoregolamentazione dell'astensione collettiva degli avvocati e il problema della disapplicazione. 3. Quale spazio per il legislatore? Gli effetti della decisione e la "interpretazione autentica" di cui alla sent. n. 14/2019.

1. Incidentalità e sospensione di singoli "segmenti" processuali

Tra gli aspetti maggiormente interessanti della sent. n. 180/2018 vi sono, senza dubbio, sia la ricostruzione, da parte delle Giudice delle leggi, dei presupposti e delle conseguenze dell'attivazione del giudizio in via incidentale, sia la problematica connessa alla natura (primaria o secondaria) delle norme oggetto della questione di legittimità costituzionale.¹ Quanto al primo problema, derivante dalla scelta del giudice *a quo* di limitare gli effetti sospensivi della questione di costituzionalità alle attività previste nel corso delle udienze in cui era stato chiesto un rinvio da parte dei difensori per la proclamata astensione collettiva degli avvocati, la Corte ha fornito un'interpretazione costituzionalmente orientata di quanto previsto dall'art. 23 della l. n. 87/1953.²

Ribadita la pregiudizialità che caratterizza il giudizio incidentale di costituzionalità, la Corte ha infatti valorizzato il principio costituzionale di ragionevole durata del processo, ex art. 111 Cost., per giungere ad affermare che qualora "il giudizio si svolga in distinti momenti o segmenti processuali, identificabili in ragione del fatto che la rilevanza della questione di costituzionalità possa ragionevolmente circoscriversi solo ad uno di essi [...], è sufficiente che il giudice rimettente sospenda anche solo quel distinto momento processuale in cui la questione è rilevante", potendo invece "proseguire con il compimento di attività rispetto alle quali la questione sia del tutto irrilevante".

* Scritto sottoposto a *referee*.

1 Per un primo commento a tale decisione, cfr. E. Gianfrancesco, *Il codice di autoregolamentazione degli avvocati come fonte del diritto di natura secondaria*, in *Giur. cost.*, n. 4/2018, pag. 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.*, n. 4/2018, pag. 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.*, n. 4/2018, pag. 1942 ss.; 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 *Giurisprudenza penale*, n. 7-8/2018 (www.giurisprudenzapenale.com); G. Pecorella, *Una sentenza della Corte costituzionale (apparentemente) oscura. Può ancora esercitarsi il diritto di astensione nei processi con imputati detenuti?*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2018 (www.penalecontemporaneo.it); R. Rudoni, *Promovimento in via incidentale del processo costituzionale e sospensione "parziale" del processo principale*, in *Forum di Quaderni costituzionali Rassegna*, n. 3/2019 (www.forumcostituzionale.it).

2 Il cui secondo comma 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".

Secondo il Giudice delle leggi, “il principio di economia degli atti processuali [...] verrebbe in sofferenza se il dubbio di costituzionalità in ordine ad un determinato atto processuale da compiere in una singola udienza [...] dovesse comportare una stasi generalizzata di ogni attività processuale anche nelle udienze su cui il dubbio di costituzionalità non rileva”. In questo modo, infatti, verrebbero “frustrati sia il diritto dell'imputato alla rapida verifica processuale della presunzione di non colpevolezza, sia l'istanza punitiva riconducibile all'esercizio dell'azione penale che tende anch'essa alla rapida conclusione del processo”. Ciò, poi, risulterebbe ancora più evidente di fronte ad imputati sottoposti a custodia cautelare, per cui la Costituzione impone alla legge di prevedere termini massimi in pendenza del processo (art. 13, comma 5, Cost.).

Rimane, in ogni caso, fermo il controllo da parte della Corte “dell'effettiva possibilità di circoscrivere la rilevanza della questione, che rimane pure sempre incidentale e che, come tale, è pregiudiziale rispetto ad una decisione del giudice rimettente”, con tutte le conseguenze del caso.

Dunque, la Corte ha ritenuto convincenti le argomentazioni del Tribunale di Reggio Emilia, fondate sulla possibilità di una sospensione, ex art. 23 della l. n. 87/1953, della sola decisione circa la concessione del rinvio dell'udienza di fronte all'adesione dei difensori di imputati in custodia cautelare all'astensione collettiva degli avvocati (con il consenso degli imputati stessi), dal momento che la questione di costituzionalità riguardava proprio la disciplina relativa a tale ipotesi (art. 2-bis della l. 146/1990, introdotto dalla l. n. 83/2000;³ art. 4, comma 1, lett. b), del Codice di autoregolamentazione del 2008).⁴

E' dunque solo in relazione a tali specifiche udienze che deve essere verificata la rilevanza delle questioni sollevate in via incidentale, ed è in relazione alla decisione di disporre o meno il rinvio delle stesse in relazione all'astensione collettiva degli avvocati che si verifica la sospensione in attesa del giudizio della Corte. Proprio per questo viene specificato che “il Tribunale rimettente [...] dovrà provvedere (ora per allora) in ordine alla richiesta di rinvio dell'udienza presentata dal difensore in ragione dell'adesione all'astensione collettiva”, circostanza che già di per se “assicura la rilevanza della questione perché il Tribunale dovrà applicare proprio la disposizione censurata”.

Sul punto, la Corte evoca i principi affermati dalla (di poco) precedente sent. n. 77/2018, ritenuta “in sintonia” con le argomentazioni di cui sopra. In quella occasione, infatti, il giudice delle leggi ha affermato che (nell'ambito delle regole del processo civile) la decisione sulle spese, pur definita “accessoria” rispetto alla decisione sul merito, può avere “una sua distinta autonomia nella misura in cui è possibile l'impugnativa di questo solo capo della sentenza definitiva” sicché; in tale evenienza, il giudizio di impugnazione è

³ Il quale prevede che “l'astensione collettiva dalle prestazioni, a 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”.

⁴ Secondo il quale “l'astensione non è consentita nella materia penale [...] nei procedimenti e nei processi in relazione ai quali l'imputato si trovi in stato di custodia cautelare [...], ove l'imputato chiedo espressamente [...] che si proceda malgrado l'astensione del difensore. In tal caso il difensore [...] non può legittimamente astenersi ed ha l'obbligo di assicurare la propria prestazione professionale”

destinato ad avere ad oggetto la sola regolamentazione delle spese di lite”. Proprio per questo, tale legame di accessorietà “non è quindi indissolubile”, ed anzi appare recessivo ogni qual volta il giudice abbia un dubbio di legittimità costituzionale “non manifestamente infondato in ordine soltanto alla disposizione che governa le spese di lite e di cui debba fare applicazione”.

Questo, ancora una volta, anche alla luce del principio della ragionevole durata del processo (ex art. 111 Cost.), “coniugato con il principio del *favor* per l’incidente di legittimità costituzionale il quale preclude che alcun giudice possa fare applicazione di una disposizione di legge della cui legittimità costituzionale dubiti”, i quali suggeriscono che “non sia ritardata la decisione del merito della causa” in relazione a “quanto possa essere deciso senza fare applicazione della disposizione indubbiata”.⁵

Sembra, però, che un conto sia interrogarsi sull’attualità della questione di costituzionalità, relativamente al dubbio se il giudice, avendo già applicato la norma della cui legittimità dubita, si sia definitivamente spogliato della *potestas iudicandi*, essendo divenuta quindi irrilevante la questione sollevata; altro sia il problema della possibilità, una volta sollevata la questione di costituzionalità, che il procedimento sia sospeso solo relativamente a quelle fasi o segmenti per i quali debba essere applicata la disposizione oggetto del dubbio di costituzionalità. La prima questione, infatti, sembra guardare all’interrogativo circa la conclusione, o meno, del giudizio (o del segmento del giudizio) *a quo*; la seconda, invece, alla possibilità o meno di una sua prosecuzione (sul presupposto che non si sia ancora esaurito).⁶

In questo caso, sembra però che la Corte consideri assorbente il già citato principio della ragionevole durata del processo,⁷ con particolare riferimento ad un “giudizio penale pervenuto alla fase dibattimentale” che “si articola in distinte udienze secondo un fitto calendario predeterminato tipico dei processi con numerosi imputati (cosiddetti maxi-processi)”.⁸ Dunque, a ben vedere, un criterio non certo generale, individuato solo in relazione a contesti e problemi del tutto particolari, ed in relazione alla necessità di garantire la libertà personale degli imputati sottoposti a carcerazione preventiva, ex art. 13, comma 5, Cost.⁹

5 In questo caso, la Corte richiama anche la sua precedente giurisprudenza relativa alla possibilità per il giudice, nell’ambito dei procedimenti cautelari, di sollevare questione di legittimità costituzionale anche dopo aver adottato la misura richiesta, vertendo il suo dubbio proprio sulla “disposizione di cui abbia fatto applicazione provvisoria e temporanea” (cfr., tra le altre, le decisioni nn. 25/2006, 161/2008, 236/2010, 83/2013, 162/2014, 96/2015, 133/2016). Sul punto, da ultimo, cfr. E. Malfatti, S. Panizza, R. Romboli, *Giustizia costituzionale*, Torino, 2018, in particolare pagg. 105-106; G. Zagrebelsky, V. Marcenò, *Giustizia costituzionale*, II, Bologna, 2018, pagg. 117-118; A. Ruggeri, A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2019, pag. 256.

6 G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, pag. 217: “Non necessariamente [...] deve sospendersi tutto il procedimento a quo, quando la questione di costituzionalità riguardi, per così dire, subprocedimenti inseriti sul tronco di quello principale”.

7 Più defilato, infatti, appare il riferimento all’art. 18 delle *Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale* il quale, stabilendo che “la sospensione, l’interruzione e l’estinzione del processo principale non producono effetti sul giudizio davanti alla Corte costituzionale” implicherebbe “che non possa escludersi un’attività processuale nel giudizio a quo successiva all’ordinanza di rimessione”.

8 In questi, casi, secondo la Corte, “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, oppure proseguire nell’attività processuale per rispettare il principio di ragionevole durata del processo, tenendo in non cale un dubbio di legittimità costituzionale che pure egli nutre in ordine alla norma che va ad applicare”.

9 Chiaro è, infatti, il riferimento della Corte alla circostanza che “le censure sono circoscritte alla fattispecie del processo penale con imputato sottoposto a custodia cautelare” e non già, in generale, a quella con imputato detenuto, il quale “può esser tale per altra causa estranea al processo in corso”.

2. La natura “subprimaria” del Codice di autoregolamentazione dell’astensione collettiva degli avvocati e il problema della disapplicazione

Per quanto riguarda la seconda questione, la Corte si trova a fare i conti con la sua precedente giurisprudenza in materia di sindacato “indiretto” su norme regolamentari. Tra i diversi aspetti connessi a tale problematica,¹⁰ particolare rilievo assume il caso del c.d. diritto vivente regolamentare, che si verifica tutte le volte in cui la Corte è chiamata a valutare la legittimità costituzionale di disposizioni legislative così come interpretate, eseguite ed integrate da norme regolamentari espressamente richiamate dall’atto legislativo. Anche sulla scia di un’autorevole dottrina,¹¹ non sono mancati accenni in questo senso in alcune decisioni del Giudice delle leggi; tuttavia si tratta di una giurisprudenza non certo consolidata, mentre rimane ferma la chiusura della Corte per ogni forma di giudizio che investa direttamente gli atti di natura regolamentare.¹²

In particolare, vengono qui in rilievo i casi di cui alle sentt. nn. 1104/1988 e 456/1994, in cui disposizioni legislative e norme regolamentari si combinavano tra loro, al fine di determinare una specifica disciplina di settore. In questi casi il giudizio della Corte si è incentrato sulla disciplina legislativa per come specificata e resa in concreto applicabile dalle norme regolamentari,¹³ limitando, però, tale possibilità solo nel caso in cui una determinata disposizione di legge trovi applicazione “attraverso le specificazioni espresse dalla normativa regolamentare, i cui contenuti integrano il precetto della norma primaria”. In questo caso, infatti, “il rapporto che così si determina tra la legge e la fonte secondaria, che ne concretizza un preciso significato, consente lo scrutinio di costituzionalità” di un complesso normativo sostanzialmente integrato.¹⁴

Tuttavia, nel dichiarare ammissibile la questione di costituzionalità, la Corte sottolinea che “il rimettente ha censurato la norma primaria [...] nella parte in cui consente alla norma subprimaria [...] di regolare l’esercizio del diritto del difensore di astenersi dall’udienza, in ipotesi di processo penale con imputato in custodia cautelare [...], individuando le prestazioni indispensabili in termini tali che la regolamentazione così posta interferisce con la disciplina della libertà personale ed entra in conflitto con numerosi parametri costituzionali”. Dunque, secondo il Giudice delle leggi, “la censura [...] è diretta proprio alla norma primaria che non avrebbe dovuto consentire ciò che poi la norma subprimaria ha regolamentato”.

In questo caso, la Corte non sembra quindi nemmeno porsi nell’ottica del “diritto vivente” regolamentare,¹⁵ anche se il suo ragionamento appare sotto molti profili analogo. Quale la differenza, infatti, tra un sindacato sulla legge per ciò che ha consentito (sul piano integrativo) alle fonti regolamentari rispetto ad un sindacato sulla legge per quanto specificato e individuato dalle fonti regolamentari, in attuazione della legge stessa?

10 Su cui, per tutti, vedi ora M. Massa, *Regolamenti amministrativi e processo. I due volti dei regolamenti e i loro riflessi nei giudizi costituzionali e amministrativi*, Napoli, 2011, in particolare pag. 171 ss.

11 Ci si riferisce alla nota impostazione di C. Esposito, *Diritto vivente, legge e regolamento di esecuzione*, in *Giur. cost.*, 1962, I, pag. 605 ss.

12 Sul punto, vedi le decisioni richiamate da A. Pugiotto, *Sindacato di costituzionalità e “diritto vivente”. Genesi, uso, implicazioni*, Milano, 1994, in particolare pag. 456 ss. Da ultimo, si veda il noto caso deciso con l’ord. n. 389/2004, relativo all’obbligo di esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche (ma in senso sostanzialmente analogo vedi anche la successiva sent. n. 162/2008).

13 In entrambi i casi si trattava della disciplina concernente la responsabilità dei gestori di servizi telefonici, di cui al d.p.r. n. 156/1973.

14 In senso sostanzialmente analogo, si vedano anche le successive sentt. nn. 354/2008, 34/2011 e 242/2014.

15 “La norma primaria [...] si limita e definisce il perimetro di riferimento”, fissando per il resto “in termini ampi la missione affidata al Codice: assicurare in ogni caso un livello di prestazioni compatibile con le finalità [...] della medesima legge”.

A questo punto, la Corte costituzionale coglie l'occasione per chiarire la natura del codice di autoregolamentazione delle astensioni dalle udienze degli avvocati, definito "vera e propria normativa subprimaria e non già solo atto di autonomia privata" delle associazioni rappresentative dell'avvocatura, ex art. 18 Cost. Secondo il Giudice delle leggi, infatti, "una norma primaria può autorizzare un'altra fonte, come tale sottordinata e quindi subprimaria, a dettare una determinata disciplina avente carattere generale ed astratto; fonte che può anche originare nell'ambito dell'autonomia privata, se mediata da un atto di ricezione, derivazione o validazione di natura pubblicistica".

In questo, la Corte richiama la più recente giurisprudenza della Cassazione,¹⁶ secondo la quale, con l'approvazione della l. n. 83/2000, "il legislatore primario [...] ha previsto che la normativa secondaria e di dettaglio, di rango regolamentare, sia attribuita alla competenza di una specifica fonte, appositamente creata"; in questo modo si è avuta la creazione di "norme poste dalla speciale fonte normativa alla quale le norme di rango legislativo sulla produzione hanno attribuito la specifica competenza a porre la disciplina secondaria della materia, [...] vere e proprie norme che fanno parte del diritto oggettivo" e "che rientrano nell'ambito delle norme di legge cui si riferisce l'art. 101, comma secondo, Cost." alle quali il giudice è soggetto e di cui deve fare applicazione.¹⁷ A bene vedere, si tratterebbe allora di una delle ipotesi che sono state definite come di autoregolamentazione "guidata", "assistita" o di "seconda generazione",¹⁸ in cui atti espressione di autonomia collettiva trovano "una specifica norma di riconoscimento nelle leggi istitutive delle Autorità indipendenti".¹⁹

Se, però, si tratta di fonti secondarie, si pone allora il problema della possibilità, per il giudice comune, di disapplicarle se in contrasto con disposizioni legislative, in omaggio al principio di preferenza della legge.²⁰ Sul punto, sottolineato in particolare dall'Avvocatura dello Stato, la Corte afferma però che "non è (nell'immediato) un problema di disapplicazione della disposizione subprimaria, in ipotesi illegittima per violazione dei limiti posti dalla norma primaria, ma è innanzitutto una questione di costituzionalità della norma primaria nella parte in cui ha consentito a quella subprimaria di incidere sulla durata della custodia cautelare", a causa della facoltà, riconosciuta all'imputato, di richiedere che si proceda o meno malgrado la dichiarazione di astensione del suo difensore.²¹

Senza poter qui affrontare i rilevanti profili teorici connessi al tema della disapplicazione, è sufficiente ricordare come vi sia un ampio dibattito circa i suoi presupposti e circa la natura dell'antinomia necessaria per farla scattare.²² Un ruolo centrale, da questo punto di vista,

16 In particolare, le recenti decisioni della Cassazione, SS.UU. penali, n. 26711/2013 e 40187/2014. Più nello specifico, l'ultima delle decisioni citate afferma che il Codice di autoregolamentazione delle astensioni dalle udienze degli avvocati, ritenuto idoneo dalla Commissione di garanzia nel 2007 e pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale nel 2008 "contiene una normativa di valore secondario, o regolamentare, che ha efficacia obbligatoria per tutti i soggetti dell'ordinamento".

17 Cfr. la sent. della Cassazione, SS.UU. penali, n. 40187/2014.

18 Su questi aspetti, tra gli altri, cfr. H. Simonetti, *Codici di autoregolamentazione e sistema delle fonti*, Napoli, 2009, pag., 102 ss.; S. Sileoni, *Autori delle proprie regole. I codici di condotta per il trattamento dei dati personali e il sistema delle fonti*, Padova, 2011, pag. 62 ss.

19 Così A. Morrone, *Fonti normative*, Bologna, 2018, pag. 239.

20 Secondo quanto previsto dall'art. 5 dell'Allegato e della l. n. 2248/1865: "le autorità giudiziarie applicheranno gli atti amministrativi e i regolamenti generali e locali in quanto siano conformi alle leggi".

21 "La disposizione del Codice di autoregolamentazione si è mossa nell'ampio perimetro assegnatole dalla normativa primaria che [...] le aveva demandato di assicurare in ogni caso un livello di prestazioni compatibile con le finalità di salvaguardia dei diritti della persona costituzionalmente tutelati". Tuttavia, nella parte in cui tale normativa ha consentito ciò, si è posta insanabile contrasto con l'art. 13, comma quinto, Cost., nella parte in cui prevede che sia la legge a stabilire i limiti massimi della custodia cautelare.

22 Sui quali, tra gli altri, si vedano F. Cintioli, *Potere regolamentare e sindacato giurisdizionale. Disapplicazione e ragionevolezza nel processo amministrativo sui regolamenti*, Torino, 2007; M. Massa, *op. cit.*, in particolare pag. 461 ss.; da ultimo, vedi anche E. Furno, *La disapplicazione dei regolamenti alla luce dei più recenti sviluppi dottrinari e giurisprudenziali*, in *Federalismi.it*, n. 2/2017, all'indirizzo

assume il fatto che il contrasto avvenga con disposizioni legislative puntuali oppure di principio, evidenziando nel secondo caso più che una vera e propria antinomia una potenziale incompatibilità tra norme primarie e norme secondarie. Sul punto, infatti, è stato osservato come “il principio *iura novit curia*” debba valere anche “per le norme che non stabiliscono direttamente una regola di condotta, ma pongono solo un frammento di norma, ossia una norma – una definizione, l’attribuzione di un potere normativo, una regola per l’esercizio del potere normativo – che concorrerà insieme ad altre a dar vita alla regola di una fattispecie concreta”, pur non essendo “autosufficiente allo scopo”.²³

Secondo questa prospettiva “il principio si applica, dunque, [...] anche per quei criteri generalissimi che – come i principi di uguaglianza, ragionevolezza ecc. – guidano l’esercizio di qualsiasi potere pubblico [...] riconosciuto dall’ordinamento”. Tra questi, allora, sembra rientrare anche il principio di legalità, da ultimo valorizzato dalla giurisprudenza costituzionale anche nella sua declinazione “sostanziale”, e non meramente “formale”.²⁴ Per tutti questi motivi “quando [...] la disciplina della fattispecie possa essere attinta, invece che al regolamento illegittimo, [...] a principi generali” non si vede perché non dovrebbero essere questi “il parametro con cui giudicare la legittimità dell’azione amministrativa”, pur consapevoli di tutti i rischi che tali “operazioni di scucitura e ricucitura in via interpretativa dell’ordinamento possano risultare difficili e aprire la via a rilevanti incertezze”.²⁵

Per questi motivi desta qualche perplessità l’affermazione della Corte che non si tratti “nell’immediato” di un problema di disapplicazione; pur con tutti i *caveat* già evidenziati, infatti, sembra che la disapplicazione possa essere logicamente esclusa o meno, ma non meramente evocata quale eventuale rimedio successivo alla decisione della Corte. Quale, infatti, l’oggetto di un’eventuale disapplicazione, una volta caducata la fonte secondaria per effetto della dichiarazione di illegittimità della disposizione legislativa che la fondava?

3. Quale spazio per il legislatore? Gli effetti della decisione e la “interpretazione autentica” di cui alla sent. n. 14/2019

Il ragionamento della Corte, nel complesso, segue quindi sostanzialmente gli argomenti della prospettata questione di costituzionalità, e costruisce la decisione in commento sul piano della tutela dei diritti fondamentali e del connesso bilanciamento, compito primario del legislatore. Punto di partenza è, infatti, la ricostruzione dell’astensione degli avvocati dalle udienze quale “vero e proprio diritto di libertà”, da porre in bilanciamento con altri valori costituzionali meritevoli di tutela, quali quelli connessi all’amministrazione della giustizia “con particolare riferimento ai provvedimenti restrittivi della libertà personale ed a quelli cautelari ed urgenti”.²⁶ Tali valori, secondo la Corte, hanno tuttavia “una forza prevalente”, e in caso di conflitto con il citato diritto dei difensori, devono inevitabilmente essere considerati recessivi.²⁷

www.federalismi.it

23 Così M. Massa, *op. cit.*, pag. 499.

24 Cfr., in particolare, la sent. n. 115/2011.

25 In questo senso, ancora una volta, M. Massa, *op. cit.*, 501.

26 Cfr. la sent. n. 171/1996, anche in relazione a quanto previsto dall’art. 1, lett. a, della l. n. 146/1990.

27 Affermazione, questa, che forse va oggi riletta alla luce di quella più recente giurisprudenza della stessa Corte che ha sottolineato come “tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri [...] se così non fosse, si verificherebbe l’illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe tiranno nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona” (così, in particolare, la sent. n. 85/2013, anche in riferimento alla precedente sent. n. 264/2012).

Di tali principi si è fatto carico, sulla base delle indicazioni della Corte, il legislatore, approvando la già citata l. n. 83/2000. Tuttavia, la scelta è stata quella di non indicare direttamente le fattispecie che richiedono l'effettuazione di prestazioni indispensabili, effettuando il bilanciamento più volte evocato, ma di rinviare tale disciplina ad una fonte secondaria espressione di "autoregolamentazione assistita", il Codice sulle astensioni dalle udienze degli avvocati. Da un lato, quindi, "la norma primaria [...] si limita a definire il perimetro di riferimento", mentre quella secondaria "prescrive che l'astensione non è consentita nella materia penale in riferimento ai procedimenti e nei processi in relazione ai quali l'imputato si trovi in stato di custodia cautelare [...] ove l'imputato chieda espressamente [...] che si proceda malgrado l'astensione del difensore".

Proprio in questo, secondo la Corte, sta il contrasto con la garanzia costituzionale della libertà personale, con particolare riferimento ai limiti massimi della custodia cautelare che, in base all'art. 13, quinto comma, Cost., devono essere indicati dal legislatore, nell'ambito di quella che è considerata una vera e propria riserva di legge assoluta. I limiti massimi di custodia cautelare, infatti, "discendono direttamente dalla natura servente che la Costituzione assegna alla carcerazione preventiva rispetto al perseguimento delle finalità del processo [...] e alle esigenze di tutela della collettività [...] tali da giustificare, nel bilanciamento tra interessi meritevoli di tutela, il temporaneo sacrificio delle libertà personale di chi non è ancora stato giudicato colpevole in via definitiva".²⁸

Dunque la disposizione appare in contrasto con la riserva assoluta di legge che presidia "lo statuto costituzionale della libertà personale", consentendo ad una normativa secondaria di interferire in tale disciplina, dal momento che prevede che "che l'imputato sottoposto a custodia cautelare possa richiedere, o no, [...] 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 custodia cautelare".

A ben vedere, sembra però che la Corte sovrapponga argomenti formali e sostanziali: il problema centrale, infatti, è la sorta di delega "in bianco" ad un fonte subprimaria di una disciplina che incide su una materia riservata in via assoluta alla legge oppure l'irragionevole bilanciamento tra i diritti e i valori costituzionali in gioco, attorno ai quali la Corte costruisce la parte centrale del suo ragionamento in merito allo statuto costituzionale della libertà personale? Ancora più direttamente, potrebbe (o avrebbe potuto) tale disciplina essere (o essere stata) introdotta con atto legislativo, senza incorrere in una violazione della Costituzione?

Qualche dubbio, a tale proposito, potrebbe sorgere dalla lettura della decisione²⁹ le cui conseguenze (in attesa di un intervento chiarificatore del legislatore) sembrano, quindi, poter essere due: o, in modo più radicale, un sostanziale divieto di astensione degli avvocati dalle udienze nei processi con imputati sottoposti a custodia cautelare; oppure, secondo un approccio più graduale, una decisione rimessa "caso per caso" al giudice del dibattimento (una sorta di delega di bilanciamento). Sul punto, da ultimo, vedi però anche quanto affermato dalla recente sent. n. 14/2019 dalla stessa Corte costituzionale, la quale in un inciso ha affermato che per effetto della sent. n. 180/2018 "non è più applicabile la condizione ostativa al dispiegarsi della regola posta dallo stesso codice di

²⁸ In questo senso la decisione in commento, analogamente a quanto stabilito, tra le altre, anche dalle precedenti sentt. nn. 299/2005 e 219/2008).

²⁹ Anche se, in più passaggi, la Corte richiama l'analogia delle contestate previsioni del Codice di autoregolamentazione con quanto previsto dall'art. 420-ter, comma quinto, c.p.p., fonte primaria. Tuttavia, secondo la Corte, la normativa secondaria in questo caso "non si limita a fare il contemperamento tra diritto del difensore di aderire all'astensione collettiva e i diritti della persona costituzionalmente tutelati, ma introduce una regolamentazione dell'assenso dell'imputato sottoposto a custodia cautelare che ha una diretta ricaduta sul suo stato di libertà". Ma la libertà personale non rientra tra i "diritti della persona costituzionalmente tutelati"? E il bilanciamento, in tale materia, non spetta comunque (e sempre) al legislatore?

autoregolamentazione (art. 4, comma 1) che non consente l'astensione al difensore allorché l'imputato versi in stato di custodia cautelare". Una soluzione, dunque, che sembrerebbe avallare l'intervenuta impossibilità di astenersi nei processi con imputati in stato di custodia cautelare (salvo sempre un auspicabile intervento chiarificatore del legislatore).³⁰

In entrambi i casi, però, si tratta di conclusioni coerenti con la ricostruzione dell'astensione degli avvocati come vero e proprio diritto di libertà e con la riserva di legge assoluta fortemente valorizzata dalla Corte nella sua decisione, tanto più che è rimasta invece ferma la regola in questione con riferimento ai processi con imputati detenuti per altra causa?³¹

** Professore ordinario di Diritto costituzionale, Università di Bologna

30 Per una lettura in parte diversa dell'inciso in questione, vedi però G. Pecorella, *La Corte interpreta se stessa. L'astensione alla luce della sentenza n. 14/2019 della Corte costituzionale*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2019 (www.penalecontemporaneo.it); L. Scollo, *La Corte 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*, n.3/2019 (www.giurisprudenzapenale.com).

31 Come confermato, da ultimo, ancora una volta dalla citata sent. n. 14/2019.