

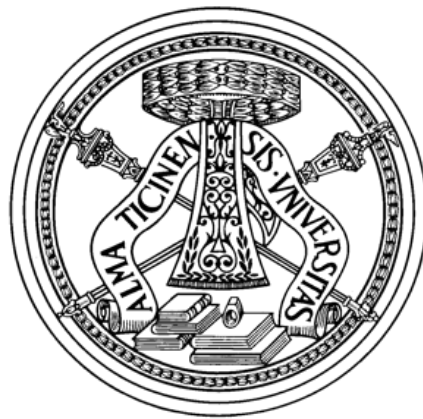
Università degli Studi di Pavia

Dipartimento di Giurisprudenza

Dottorato di ricerca in

Diritto pubblico, giustizia penale e internazionale

XXX ciclo



**Lo “sciopero” dei difensori nel
Processo penale**

Relatore:

Chiar.mo Prof. Livia Giuliani

Tesi dottorale di

Chiara Garavani

Anno Accademico 2016/2017

INDICE

Capitolo I	1
Astensione collettiva forense e Costituzione	1
1. Gli elementi distintivi dell’astensione collettiva forense: un fenomeno eccentrico	1
2. L’esigenza di verificare l’esistenza di un fondamento costituzionale delle astensioni collettive forensi. Il bilanciamento tra valori di pari dignità costituzionale come principio generale dell’ordinamento.....	10
3. L’astensione collettiva dalle udienze come forma di esercizio del diritto di sciopero <i>ex art. 40 Cost.</i>	13
4. Segue. La tesi contraria all’assimilazione del diritto di astenersi dell’avvocato allo sciopero in senso tecnico.....	18
5. Segue. L’ipotesi interpretativa della serrata	26
6. Alla ricerca di un fondamento costituzionale del diritto di astensione dell’avvocato: le opinioni della dottrina. La libertà di associazione e di organizzazione sindacale e la garanzia di libertà economica	31
7. Le manifestazioni di protesta collettiva nelle considerazioni della Corte costituzionale: l’individuazione del fondamento costituzionale delle astensioni forensi nel diritto di associazione <i>ex art. 18 Cost.</i> attraverso la sentenza del 27 maggio 1996, n. 117	40
8. Segue. Le reazioni dottrinali alla sentenza costituzionale n. 171 del 1996: la critica alla ricostruzione del diritto di associarsi <i>ex art. 18 Cost.</i> del difensore come diritto di azione	47
9. I valori costituzionali sottesi al processo penale in potenziale conflitto con il diritto di astensione del difensore	54
10. Segue. Le proteste collettive forensi e il canone oggettivo della ragionevole durata del processo <i>ex art. 111 comma 2 Cost.</i>	62
Capitolo II	70
L’astensione collettiva forense nel processo penale: al bivio tra impedimento legittimo del difensore e abbandono della difesa	70
1. L’adesione del difensore all’astensione collettiva dalle udienze: uno sguardo al sistema previgente.....	70
2. L’adesione all’astensione collettiva sotto la vigenza del codice di rito del 1988: il mutamento di prospettiva imposto dall’adozione di un sistema processuale a vocazione accusatoria.....	79
3. Lo “sciopero” dalle udienze come legittimo impedimento del difensore. La discussa compatibilità della scelta di aderire all’iniziativa di categoria con l’assoluta impossibilità a partecipare all’udienza	84

4.	L'adesione all'astensione collettiva come abbandono della difesa giustificato dall'esercizio di un diritto del difensore costituzionalmente tutelato.....	93
5.	Il delicato rapporto tra "sciopero" dei difensori e prescrizione del reato.....	97
6.	L'impatto delle proteste forensi sulla condizione dell'imputato <i>in vinculis</i>	107
7.	Il monito rivolto al legislatore espresso dalla Corte costituzionale attraverso la sentenza 31 maggio 1994, n. 114.....	114
8.	Una riforma legislativa ben poco risolutiva: la modifica della disciplina delle cause di sospensione della prescrizione del 1995 e la difficile interpretazione del combinato disposto degli artt. 159 c.p. 304 c.p.p.....	119
9.	Il principio dell'addebitabilità o imputabilità del rinvio elaborata dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione.....	126
10.	Il definitivo abbandono della qualificazione dello "sciopero" forense dalle udienze al legittimo impedimento attraverso la legge del 5 dicembre 2005, n. 251	130
	Capitolo III	139
	Le astensioni collettive e il processo penale:	139
	il diritto al rinvio del difensore.	139
1.	La riconduzione dell'astensione collettiva dalle udienze alla disciplina dello sciopero nei servizi essenziali ad opera della sentenza costituzionale n. 171 del 1996.....	139
2.	Segue. L'impianto della legge 12 giugno 1990, n. 146 e la dichiarazione di illegittimità costituzionale operata dalla sentenza n. 171 del 1996.....	146
3.	Segue. Il riconoscimento del diritto al rinvio dell'udienza in capo al difensore	153
4.	La sottoposizione delle iniziative di protesta dei lavoratori autonomi alla normativa sul conflitto collettivo nel settore dei servizi pubblici essenziali attuata attraverso la l. 11 aprile 2000, n. 83.....	158
5.	La difficile fase di attuazione della legge n. 83 del 2000 e l'approvazione del codice di autoregolamentazione del 25 gennaio 2007. L'individuazione delle prestazioni indispensabili 166	
6.	Il valore e l'efficacia del codice di autoregolamentazione di cui all'art. 2 <i>bis</i> della l. 12 giugno 1990, n. 146 sotto la lente delle Sezioni Unite Lattanzio.....	176
7.	Segue. La residuale sussistenza in capo al giudice di un autonomo potere di bilanciamento dei valori in conflitto	186
8.	L'applicazione dei principi enucleati nella sentenza a Sezioni Unite: il riconoscimento del diritto al rinvio del difensore nell'ambito delle udienze camerale a partecipazione facoltativa del difensore	191
9.	Rilievi critici al sistema normativo vigente e considerazioni conclusive.....	197
	Bibliografia	208

Capitolo I

Astensione collettiva forense e Costituzione

1. Gli elementi distintivi dell'astensione collettiva forense: un fenomeno eccentrico

Se riesce difficile scrivere di sciopero nel nostro ordinamento¹, appare senza dubbio ancora più arduo il compito di soffermarsi sul fenomeno delle astensioni collettive forensi: queste ultime, infatti, si sono rivelate di difficile qualificazione dal punto di vista della natura giuridica e della disciplina, anche a causa della mancata considerazione delle medesime all'interno della Carta costituzionale. A differenza di ciò che avviene – seppur in termini scarni e telegrafici – per lo sciopero con l'art. 40 Cost.², infatti, il diritto degli avvocati di astenersi dalla prestazione dell'attività lavorativa non riceve alcun riscontro testuale all'interno della fonte suprema dell'ordinamento.

La difficoltà di elaborazione della materia deriva indubbiamente dal carattere innovativo del fenomeno: ci si trova di fronte, infatti, a un nuovo tipo di rivendicazione di categoria, o di protesta civile o politica, «esplosa nel settore terziario e affermatosi con forza nella realtà delle cose, rompendo le gabbie giuridiche nelle quali tradizionalmente lo avevano rinserrato i giuristi»³.

Di conseguenza, il punto di partenza della presente indagine non può essere che la paziente ricerca, raccolta ed elaborazione dei tratti costitutivi dell'eccentrica forma di protesta in questione, al fine di individuarne la natura giuridica e scoprirne un'eventuale copertura costituzionale.

¹ PERA, *Sciopero (dir. cost. e del lav.)*, in *Enc. dir.*, XLI, Giuffrè, 1989, 699.

² GIANFRANCESCO, “*Sciopero*” *degli avvocati e costituzione*, Giuffrè, 2002, 1 ss.

³ RUGA RIVA, *Lo sciopero degli avvocati e modifiche alla legge sui servizi pubblici ed essenziali*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, 770.

A livello generale, l'astensione collettiva appartiene alla categoria generale delle azioni collettive⁴, tese a soddisfare un interesse collettivo in senso tecnico, ossia quello «di una pluralità di persone a un bene idoneo a soddisfare un bisogno comune»⁵; infatti, «l'assenza non del singolo difensore, ma di tutti i difensori»⁶ dall'attività di udienza in adesione alla protesta deliberata dagli organismi di categoria si risolve essenzialmente in un'azione condivisa da una collettività di individui che, coalizzandosi, sono in grado di esercitare pressione nei confronti di altri per ottenere dei vantaggi per la collettività medesima⁷. La locuzione di astensione collettiva forense indica, più precisamente, la «mancata comparizione dell'avvocato all'udienza o all'atto d'indagine preliminare o a qualsiasi altro atto o adempimento per il quale sia prevista la sua presenza ancorché non obbligatoria»⁸, conseguente all'adesione alle manifestazioni di protesta indette dagli organismi di rappresentanza della categoria forense.

In primo luogo, preme sottolineare una caratteristica delle proteste forensi di lapalissiana evidenza, relativa al lato soggettivo delle medesime: a differenza dal soggetto a cui si riconosce tradizionalmente la titolarità della più conosciuta forma di azione collettiva tutelata dall'art. 40 Cost.⁹, l'avvocato è un lavoratore autonomo che presta la sua opera intellettuale in condizioni di indipendenza¹⁰. L'assenza di un legame di subordinazione o

⁴ Del quale *genus* lo sciopero garantito ex art. 40 Cost. costituisce indubbiamente la *species* più celebre. La riconducibilità dell'astensione forense alla categoria delle azioni collettive è stata autorevolmente affermata dalla Corte costituzionale nella sentenza Corte cost., 27 maggio 1996, n. 171, in *Cass. pen.*, 1996, 2872.

⁵ Si fa riferimento a quelle azioni poste in essere da una pluralità di persone, le quali, coalizzandosi e attraverso uno sforzo comune, esercitano una pressione nei confronti di altri soggetti al fine di soddisfare un interesse condiviso dalla medesima collettività; tale interesse si presenta come la combinazione, e non la somma, dei plurimi interessi individuali: la dimensione collettiva, quindi, non si rinviene solo sul lato soggettivo della protesta, la quale interessa una intera categoria di lavoratori, ma si estende anche alla finalità a cui la medesima tende. Così SANTORO PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*, 35^a ed., Jovene, 1987, 29.

⁶ Corte cost., 31 marzo 1994, n. 114, in *Cass. pen.*, 1994, 2006.

⁷ Tali manifestazioni, infatti, risultano dirette «a difendere peculiari interessi di categoria» e a «garantire un corretto svolgimento della libera professione»; così Corte cost., 27 maggio 1996, n. 171, cit.

⁸ Tale definizione si rinviene nella disciplina regolamentare attualmente in vigore, ossia il codice di autoregolamentazione delle astensioni forensi adottato in data 4 aprile 2007 dagli organismi della categoria OUA, UCPI, ANFI, AIGA, UNCC, valutato idoneo dalla Commissione di Garanzia con delibera n. 749 del 13 dicembre 2007 e pubblicato in *Gazzetta Ufficiale* il 4 gennaio 2008.

⁹ Sulla questione della possibile titolarità del diritto costituzionale di sciopero in capo a soggetti diversi rispetto ai lavoratori subordinati, quali i lavoratori autonomi e, in particolare, gli avvocati, si rimanda al paragrafo successivo della trattazione.

¹⁰ La disciplina delle professioni intellettuali è contenuta nel capo II, titolo III del libro V, dedicato al lavoro autonomo. L'art. 2230 c.c. stabilisce che il contratto che ha per oggetto prestazioni d'opera intellettuale è regolato dal capo II e, per quanto compatibili con esse e con la natura del rapporto, dalle norme contenute

di dipendenza rispetto a un datore di lavoro colloca l'astensione in una dimensione totalmente estranea rispetto a quella bilaterale, da sempre caratterizzante lo sciopero in senso tecnico.

In base ad un'osservazione delle manifestazioni pratiche del fenomeno è possibile inoltre notare come la forma di tale particolare azione collettiva sia plasmata sulle caratteristiche e sulle peculiari modalità lavorative dell'avvocato: l'attività svolta da quest'ultimo non è unitaria ma scomponibile in plurime sfaccettature, scindibili tra loro. All'interno della prestazione intellettuale di consulenza legale fornita dall'avvocato, infatti, è possibile distinguere, da una parte, l'attività di assistenza processuale svolta in udienza, e dall'altra l'attività di carattere extra processuale, ossia il ricevimento e colloquio con i clienti, lo studio e la preparazione del caso concreto. La manifestazione di dissenso posta in essere dagli avvocati ha carattere settoriale perché incide solamente su un unico segmento dell'attività dell'avvocato astinente: l'astensione collettiva si manifesta attraverso la sospensione della sola attività strettamente processuale, mentre in costanza di "sciopero" l'avvocato proseguirà normalmente l'attività di tipo stragiudiziale.

Tale particolare caratteristica può connotare le proteste sia dei lavoratori autonomi che di quelli subordinati: la forma dell'astensione dal lavoro è inevitabilmente «correlata alle caratteristiche e alle modalità della prestazione di lavoro stesso»¹¹. D'altronde, il rifiuto da parte dell'avvocato di prestare la propria attività nella sua interezza risulterebbe inutile: solamente attraverso l'astensione dall'attività di udienza il medesimo riesce ad esercitare quella «capacità di pressione» che costituisce la «ragion d'essere» di qualsiasi manifestazione di protesta¹².

Dalla particolare caratteristica appena illustrata consegue un'altra, ulteriore: l'inesistenza di contropartite economiche per l'avvocato astinente. In effetti, l'avvocato che si astiene dalla sola attività d'udienza continua a percepire reddito per l'attività extragiudiziale che continua a svolgere in studio e, di conseguenza, l'adesione alla protesta, non produce

dal capo precedente, dedicato al contratto d'opera. Per ulteriori approfondimenti sui caratteri di tali figure professionali si veda MAGNANI, *Diritto del contratto di lavoro*, Giuffrè, 2009, 12.

¹¹ Cass., 29 giugno 1978, in *Giur. it.*, 1978, II, 2071.

¹² PULITANO, *Sciopero (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, XLI, Giuffrè, 1989, 737.

perdite economiche per chi la pratica¹³. Da un lato, l'avvocato continuerà a lavorare presso il suo studio e quindi a percepire il reddito nascente dalla suddetta attività¹⁴, dall'altro, la percezione del reddito nascente dall'attività processuale sembrerebbe per lo più rimandata. Infatti, la conseguenza della mancata partecipazione dell'avvocato astinente consiste in un rinvio a nuova udienza, cosicché la ricezione del compenso dovuto al professionista correlata all'attività processuale si sarebbe solo ritardata, e non definitivamente persa¹⁵.

Un altro tratto di originalità che già in prima battuta è opportuno mettere in luce risiede nella finalità a cui la protesta rivendicativa degli avvocati risulta tendere: lo scopo dell'iniziativa forense, infatti, si colloca in una dimensione totalmente estranea a quella economica professionale strettamente intesa. Gli avvocati, storicamente, hanno utilizzato questa forma di protesta in funzione di un condizionamento delle scelte politiche, creando in questo modo un nuovo canale di comunicazione, alternativo a quello elettorale-parlamentare¹⁶.

Attraverso le agitazioni promosse dagli organismi rappresentativi forensi, infatti, nel corso degli anni sono stati perseguiti obiettivi perseguiti di politica del diritto relativi a

¹³ Come vedremo più approfonditamente in seguito, l'assenza di un sacrificio economico per l'avvocato aderente alla protesta costituisce una caratteristica che permette di distinguere l'astensione del lavoro degli avvocati da quella dei lavoratori subordinati, ai quali un giorno di sciopero costa una corrispondente quota di retribuzione e pure rispetto a quella degli altri lavoratori autonomi, quali «i benzinai, gli autotrasportatori» le cui astensioni, proprio perché onerose, sono assai meno lunghe e frequenti». In questo senso, RUGA RIVA, *op. cit.*, 770. Tale peculiarità ha permesso agli organismi rappresentativi della categoria forense di ricorrere allo strumento dell'astensione collettiva con una disinvoltura e una frequenza di gran lunga superiore a quella concessa ai sindacati delle altre categorie di lavoratori summenzionate.

¹⁴ È evidente che, pure in costanza di astensione, l'avvocato possa prestare attività di consulenza legale che non implichi attività strettamente processuale per la quale l'avvocato percepisce un compenso dal cliente.

¹⁵ L'assenza di oneri economici equiparabili a quelli alla mancata percezione della retribuzione del lavoratore subordinato scioperante costituisce uno degli aspetti che hanno fondato l'ordinanza con la quale il Tribunale di Pesaro ha sollevato questione di legittimità costituzionale in riferimento agli artt. 2 e 2 *bis* della legge 12 giugno 1990, n. 146; il Tribunale *a quo* mirava all'imposizione per legge di oneri finanziari sugli avvocati astinenti parificabili a quelli sopportati in costanza di sciopero dai lavoratori subordinati: una delle proposte formulate dal medesimo, infatti, consisteva nella creazione di un fondo in cui l'avvocato sarebbe stato costretto a versare una somma corrispondente al valore dell'udienza, da determinarsi per legge in relazione all'importanza dell'attività processuale che avrebbe dovuto svolgersi e che è stata invece rinviata a causa dell'astensione. Tali richieste sono state recisamente respinte dalla Corte costituzionale attraverso un'ordinanza di manifesta inammissibilità: Corte cost., 24 aprile 2008, n. 116, in *Giur. cost.*, 2008, 2661.

¹⁶ CARINCI, *op. cit.*, 936.

questioni di rilevanza generale, dei quali gli avvocati si sono fatti promotori quali operatori giuridici direttamente coinvolti¹⁷.

Differentemente dai lavoratori dipendenti, infatti, gli avvocati si astengono dal lavoro – non al fine di rivendicare condizioni economiche e professionali migliori, ma – «in difesa di interessi generali e collettivi: il rispetto dei diritti fondamentali dei cittadini, una giustizia efficiente nel pieno rispetto delle regole, l'equilibrio tra accusa e difesa, la terzietà del giudice, la possibilità per tutti di accedere alla giustizia»¹⁸. La presa di coscienza, da parte della categoria, di poter influire sulle scelte di politica del diritto attraverso il veicolo delle astensioni collettive dalle udienze è stata graduale: vi è stato un periodo passato in cui il fenomeno si manifestava sporadicamente e in modo circoscritto a determinati distretti giudiziari¹⁹. In tale primo momento è interessante notare come l'avvocatura avesse assunto innanzi al fenomeno una posa di sdegno e irritazione: tali proteste erano descritte da autorevoli esponenti della categoria quale il segnale di «uno scadimento di prestigio e la perdita di dignità» della classe forense. L'astensione dalle udienze, infatti, era vista come una macroscopica violazione dei doveri professionali a cui il professionista era tenuto nei riguardi del cliente²⁰.

¹⁷ La maggior parte delle iniziative sono nate per protestare contro provvedimenti legislativi o prassi giudiziarie avvertite come ingiuste dalla categoria: le organizzazioni rappresentative forensi, infatti, il più delle volte sono ricorse all'agitazione collettiva allo scopo di denunciare delle situazioni ritenute lesive dell'art 24 Cost.; in questo senso, gli avvocati hanno trovato nell'astensione dalle udienze il modo per rivendicare i diritti connessi alla loro funzione. In questo senso, PULITANÒ, *op. cit.*, 7, nonché CONFALONIERI, *La prescrizione come causa di elusione del diritto al difensore di fiducia*, in *Cass. pen.*, 1994, 2461.

¹⁸ MATI, *In attesa delle regole sulle astensioni le toghe agiranno con senso di responsabilità*, in *Guida dir.*, 1996, fasc. 24, 52. Una conferma circa la natura di tipo prettamente politico dell'astensione collettiva è rinvenuta dalla lettura di una norma che gli stessi avvocati in passato si erano dati per autoregolamentarsi, ossia il Codice di autoregolamentazione del 6 giugno 1997, approvato dalla giunta dell'OUA e dell'UCA il 6 giugno 1997, il quale però era stato giudicato inidoneo dalla Commissione di garanzia con delibera n. 447 del 1997; in particolare l'art. 2 comma 3 prevedeva delle ipotesi eccezionali in cui la protesta era legittimata addirittura in «difesa dell'ordine costituzionale» o come difesa rispetto a «gravi attentati ai diritti fondamentali dei cittadini e alle garanzie essenziali del processo».

¹⁹ Si pensi all'astensione proclamata per protestare della carenza di personale che interessò la sezione distaccata della pretura di Ravanusa (Palermo) e che si prolungò dal 24 febbraio 1994 al 15 dicembre 1994, come si evince dalla lettura del parere sul disegno di legge intitolato «Norme in materia di astensione collettiva degli avvocati e dei procuratori legali dall'attività giudiziaria», contenuto nella circolare del Consiglio Superiore della Magistratura, consultabile su www.csm.it/circolari.it, 2.

²⁰ Così sostenne l'avvocato Dall'Ora nella sua relazione al Congresso Nazionale Giuridico Forense di Milano del 1965, il quale, per asserire l'illegittimità di tali manifestazioni, affermò l'impossibilità di accostarle al diritto di sciopero perché quest'ultimo è una forma di pressione del lavoratore nei confronti del datore di lavoro di cui l'avvocato è invece privo; l'unico soggetto leso ingiustamente dalla protesta è,

Dopo una prima fase di generale rifiuto, da un particolare momento – precisamente dalla primavera del 1995 – si è inaugurata una fase del tutto nuova, nella quale la categoria forense ha iniziato a guardare all’astensione collettiva con un’inedita consapevolezza, intravedendovi la potenziale forza dirompente di orientamento di scelte di politica legislativa. Più precisamente, è possibile individuare il momento di tale svolta nell’astensione collettiva dalle udienze civili, penali e amministrative prolungatesi dal 24 aprile al 26 giugno 1995, alla quale aderì l’intera avvocatura italiana e che, per la sua durata e portata così generale²¹, non può essere accostata ad alcun precedente storico. Oltre al clima di delegittimazione generalizzata della classe politica di quel periodo²², diverse erano le «spinte motivazionali» che portarono gli avvocati civilisti e penalisti a ripensare in termini positivi al fenomeno in questione, anche se tali motivazioni risultano essere unite dal comune denominatore di essere volte a protestare avverso scelte – o assenza di scelte – di politica legislativa²³. Per quanto riguarda gli avvocati civilisti, infatti, a non essere condivise erano le novità legislative concretizzatesi nella riforma della giustizia civile e nell’istituzione del giudice di pace, contestate sia a livello

infatti, il cliente, il quale, oltretutto, risulta soggetto terzo rispetto ad essa. In questo senso, BERTI ARNOALDI VELI, *Breve storia dei sindacati forensi (1964-1966)*, in *Rass. For.*, 1997, 17.

²¹ L’astensione in questione, infatti, ha coinvolto oltre settantamila iscritti all’albo e ha superato i sessanta giorni consecutivi di sospensione dell’attività di udienza. Da quel momento in poi, le proteste degli avvocati cresceranno esponenzialmente nel numero e nella frequenza, superando sia quelle degli altri esponenti del settore Giustizia, quali magistrati, ufficiali giudiziari e personale amministrativo, sia quelle di altri lavoratori autonomi e piccoli professionisti esterni dal circuito giudiziario. Come è stato già affermato, prima di tale momento erano stati registrati dei periodi di astensione collettiva, anche di durata considerevole, ma circoscritti a determinate località o a particolari ambiti di attività, in particolare quello penalistico: si pensi, ad esempio, all’astensione collettiva nazionale – limitata, però, alle sole udienze penali – indetta nel giugno del 1992 dalle Unioni delle Camere Penali al fine di protestare contro l’attuazione del decreto c.d. Scotti Martelli, reo, in concorso con la giurisprudenza costituzionale di quegli anni, di uno stravolgimento dell’assetto accusatorio del codice di procedura penale del 1988, la cui attuazione – secondo i fautori della protesta – avrebbe portato a una marginalizzazione del ruolo del difensore all’interno della dinamica processuale. In questo senso, FRIGO, *Le ragioni di uno “sciopero” senza precedenti*, in *Dir. pen. proc.*, 1995, 799.

²² Tale cambiamento, infatti, sembra legato intimamente al particolare momento storico in cui è avvenuto: i primi anni Novanta sono profondamente segnati dallo scandalo Mani Pulite che mette fine alla Prima Repubblica, foriero di una crisi e di una conseguente delegittimazione politica senza precedenti. In questa prospettiva, l’impulso che ha condotto la categoria forense a diventare un vero e proprio interlocutore politico con la pretesa di far sentire la propria voce attraverso le astensioni collettive deve essere rintracciato proprio nella scarsa fiducia riposta in una classe politica messa così profondamente in discussione nella capacità di assolvere il principale compito affidatole, ossia quello di rappresentare i cittadini.

²³ GIOSTRA, *Quando il fine non giustifica i mezzi*, in *Dir. pen. proc.*, 1995, 801.

contenutistico sia per la preoccupazione per l'impatto su una realtà giudiziaria considerata impreparata a livello strutturale e organizzativo²⁴.

In ambito penale, il discorso è destinato a complicarsi in ragione della presenza di peculiari e gravi motivi di destabilizzazione: le astensioni collettive degli avvocati, infatti, appaiono come la reazione al "tradimento" dello spirito accusatorio del nuovo codice Vassalli del 1988, il quale, dopo pochi anni dalla sua entrata in vigore, si scontrò con delle forti resistenze, soprattutto dei magistrati, che, per motivi non del tutto comprensibili, si aggrapparono al sistema previgente²⁵.

Subito dopo l'entrata in vigore del nuovo sistema, infatti, il giudice costituzionale fu interpellato in molte occasioni dai giudici di merito: le frequenti questioni di legittimità costituzionale rendevano testimonianza del malcontento diffuso in una parte consistente della magistratura, la quale – forse perché abituata alle dinamiche del vecchio impianto processuale – parve assai recalcitrante ad abbandonare dei criteri interpretativi modellati sulle scelte ideologiche risalenti al codice di procedura penale del 1930, dimostrando in questo modo un pervicace rifiuto culturale rispetto ai tratti più qualificanti del nuovo sistema²⁶.

A pochi anni dalla sua entrata in vigore, i gangli vitali del nuovo sistema accusatorio, ossia la netta separazione tra fase procedimentale e quella processuale e la centralità del dibattimento – terreno privilegiato della formazione della prova – furono duramente colpiti dalla Corte costituzionale: con le sentenze del 22 gennaio 1992, n. 24 e del 18 maggio 1992, n. 245 e n. 255²⁷, i giudici costituzionali cancellarono poche ma

²⁴ Assai critico GIOSTRA, *op. ult. cit.*, il quale osserva quanto sia grave pretendere di «cambiare una legge attraverso la sua protratta disapplicazione», tanto più se compiuta da un soggetto essenziale al processo, ossia il difensore; L'A. si interroga sull'utilizzo dell'astensione da parte dei soggetti processuali in funzione della modifica di una legge sgradita, chiedendosi «cosa diremmo se pubblici ministeri o giudici si rifiutassero di applicare leggi a loro non gradite, sino all'auspicata modifica? Certo, il magistrato è un pubblico funzionario, ma la pari dignità processuale giustamente pretesa dai difensori passa anche attraverso una pari responsabilità».

²⁵ A un aggravamento ulteriore della diffidenza nei confronti del neonato codice contribuì decisamente l'emergenza terroristica e mafiosa: l'apparato spiccatamente garantistico del codice si rivelò fin da subito assai poco compatibile rispetto alla comprensibile pressione della pubblica opinione alla punizione dei colpevoli di tali odiosi delitti, caratterizzati dalla loro marcata offensività.

²⁶ ILLUMINATI, *Giudizio*, in Conso-Grevi-Bargis, *Compendio di procedura penale*, 8ª ed., Cedam, 2016, 696 ss.

²⁷ Corte cost., 22 gennaio 1992, n. 24, in *Giur. cost.*, 1992, 114, relativa all'art. 195 comma 4 c.p.p.; Corte cost., 18 maggio 1992, n. 254, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 1115, relativa all'art. 500 c.p.p.; Corte cost., 18 maggio 1992, n. 255, in *Giur. cost.*, 1992, 1961.

fondamentali disposizioni tese ad assicurare la prevalenza dei risultati probatori acquisiti in dibattimento rispetto a elementi di prova raccolti durante l'indagine preliminare²⁸.

Lo stravolgimento dell'impianto accusatorio del codice²⁹, inaugurata dalle suddette sentenze della Corte costituzionale, continuò ad opera dell'esecutivo attraverso l'approvazione, all'indomani delle stragi di Capaci e di via D'Amelio, del d.l. c.d. Scotti Martelli del 8 giugno 1992, n. 306: tale intervento legislativo non faceva che aggravare lo squilibrio tra le parti processuali causato dalla «mutazione genetica» impressa al codice dalla Corte costituzionale³⁰. La protesta degli avvocati penalisti del 1995 fu indubbiamente ricollegata al “tradimento” dello spirito accusatorio di un codice imperniato sulla parità ed equilibrio tra le parti processuali inaugurato dalla Corte costituzionale; più in particolare, il *casus belli* che portò gli avvocati penalisti ad aderire alla protesta della primavera del 1995 fu costituito dalla mancata abrogazione di una disposizione introdotta proprio dal summenzionato d.l. Scotti Martelli: ci si riferisce all'art. 371 *bis* c.p., il quale puniva chiunque, richiesto dal pubblico ministero di fornire informazioni utili alle indagini, si rifiutasse di farlo o rendesse dichiarazioni mendaci³¹.

²⁸ In questo modo, il baricentro del procedimento si vide così scivolare in una fase anteriore e molto diversa da quella del dibattimento, la fase delle indagini preliminari, in cui si prescinde dal contraddittorio e dalle garanzie tipiche del giudizio. In ossequio al principio della “non dispersione della prova”, i giudici costituzionali aprivano a un recupero probatorio delle conoscenze raccolte in modo unilaterale dalle parti durante le indagini. Il principio della non dispersione della prova era stato ideato come funzionale alla ricerca della verità processuale, considerata il fine primario e ineludibile del processo penale. La Corte giustificò la propria ricostruzione appellandosi al parametro del libero convincimento del giudice, con cui quest'ultimo avrebbe dovuto soppesare la rilevanza e la valenza probatoria di ciascun elemento reperito in ogni fase del procedimento. L'origine di questa teoria è da rinvenire in un orientamento epistemologico ben preciso, che guarda alla conoscenza del fatto storico come a un insieme di frammenti sparsi, disseminati nella realtà, che devono essere raccolti e ricomposti: più frammenti si rinvengono, più il giudice potrà osservare il quadro d'insieme e, quindi, sarà in grado di pronunciarsi con sicurezza. In questo senso, GIOSTRA, *Contraddittorio (principio del), II) Diritto processuale penale*, in *Enc. giur.*, VIII, Treccani, 2001, 4.

²⁹ Parla di una vera e propria «controriforma» rispetto a quella operata dal codice, ORLANDI, *Diritti individuali e processo penale nell'Italia Repubblicana*, in *Quaderni per la storia del pensiero giuridico moderno*, a cura di Negri, Pifferi, Giuffrè, 2011, 76.

³⁰ Come affermato da GIOSTRA, *Quando il fine*, cit., 801, la Corte costituzionale prima, e il legislatore poi, hanno stravolto l'anima del codice «anziché accompagnarne il collaudo con oculati interventi correttivi e migliorativi». «Risultato: ad un solo lustro dalla sua entrata in vigore, il codice di procedura penale ha ormai un volto senza fisionomia».

³¹ Tale formulazione, come è facilmente intuibile, prestava il fianco a un utilizzo strumentale e distorto della norma perché aveva l'effetto di consegnare nelle mani del pubblico ministero «un notevole potere di pressione della pubblica accusa sul teste che non si conformava alla sua verità», soprattutto se si considera che quest'ultimo avrebbe potuto essere arrestato in flagranza dalla polizia giudiziaria: GIOSTRA, *op. ult. cit.*

Attraverso questa protesta d'inedita durata e ampiezza l'avvocatura italiana per la prima volta si è finalmente resa "visibile" quale soggetto politico, così iniziando ad affrancarsi dal ruolo gregario o «addirittura servente» che fino a quel momento aveva mantenuto sulla scena del dibattito sui problemi della giustizia³². L'agitazione del 1995 riesce a catalizzare l'attenzione del legislatore, imponendogli gli aggiustamenti normativi rivendicati dalla categoria: tale riscontro positivo ha costituito la prova dell'esistenza di un vero e proprio potere di coazione delle proteste forensi; inoltre, tale episodio ha dimostrato un'insospettabile unità tra gli avvocati, «che fino a non molto tempo prima era impensabile»³³; come vedremo più approfonditamente in seguito, sarà proprio la combinazione tra questi due elementi, il potere di coazione e l'esistenza di una coalizione tra avvocati, che decreterà il successo delle astensioni collettive quale strumento di politica del diritto³⁴.

³² FRIGO, *Le ragioni*, cit., 799.

³³ BERTI ARNOALDI VELI, *op. cit.*, 73.

³⁴ CARUSO, NICOSIA, *Il conflitto collettivo post moderno: lo "sciopero" dei lavoratori autonomi*, in WP C.S.D.L.E., Massimo D'Antona, in www.lexunict/eurolabor.it, 2006, 4. Il fine prettamente politico delle rivendicazioni della categoria forense è confermato esplicitamente dalla disciplina di autoregolamentazione, in particolare dall'art. 2 comma 3 del Codice del 6 giugno 1997, per il quale il ricorso alla protesta poteva essere legittimato in funzione della difesa dell'ordine costituzionale o come difesa ad attentati ai diritti fondamentali dei cittadini e alle garanzie essenziali del processo. Tale fine traspare chiaramente anche dalle dichiarazioni dei rappresentanti delle principali associazioni forensi, nelle quali è assai frequente il richiamo all'intenzione di assicurare, attraverso le proteste, il rispetto degli interessi generali e collettivo o dei diritti fondamentali della cittadinanza. Così MATI, *op. cit.*, 52; PECORELLA, *I codici di autodisciplina vanno consolidati, il legislatore intervenga solo successivamente*, in *Guida dir.*, 1996, fasc. 24, 53.

2. L'esigenza di verificare l'esistenza di un fondamento costituzionale delle astensioni collettive forensi. Il bilanciamento tra valori di pari dignità costituzionale come principio generale dell'ordinamento

È opportuno mettere in chiaro fin da subito che l'acceso dibattito dottrinale e giurisprudenziale relativo all'inquadramento giuridico delle astensioni collettive forensi – al quale saranno dedicati i prossimi paragrafi della trattazione – non fu una sterile diatriba dogmatica.

Infatti, l'esigenza di comprendere l'esatta qualificazione delle proteste – dalla quale consegue la definizione della portata e della rilevanza giuridica delle medesime – era derivata dalla necessità impellente di moderarne e governarne le manifestazioni concrete. Tale urgenza emerse, infatti, allorché le astensioni, indette senza preavviso e a tempo indeterminato, divennero così frequenti da provocare una paralisi della funzione giurisdizionale non più tollerabile³⁵: a fronte di un'inescusabile latitanza del legislatore, le manifestazioni incontrollate di protesta stavano concretamente arrecando un grave «pregiudizio per l'amministrazione della giustizia e conseguentemente per i diritti fondamentali della persona che in essa trovano tutela»³⁶.

A essere messi a repentaglio dalle astensioni dalle udienze degli avvocati e dalla conseguente paralisi della funzione giurisdizionale erano indubbiamente dei beni costituzionali prioritari, quali il diritto di azione e di difesa *ex art. 24 Cost.* dei soggetti coinvolti nel procedimento e il principio di buon andamento della pubblica amministrazione previsto dall'*art. 97 Cost.*³⁷

³⁵ In particolare per le nefaste conseguenze sui termini di prescrizione e di custodia cautelare in carcere, come avremo modo di esaminare più approfonditamente nel seguente capitolo. Nei due anni seguenti al monito espresso nella sentenza n. 171 del 1996, infatti, il legislatore ha continuato a rimanere indifferente di fronte al fenomeno astensionista forense, mentre la situazione ha continuato a precipitare, «a tal punto da destare allarme per il ripetersi di astensioni non regolamentate, sì che acuto è il disagio e concreto il pregiudizio per l'amministrazione della giustizia e, conseguentemente, per i diritti fondamentali della persona che in essa trovano tutela». Così Corte cost., 27 maggio 1997, 171, cit.

³⁶ Corte cost., 27 maggio 1996, n. 171, cit.

³⁷ In questo modo, l'esercizio smodato dell'astensione da parte della categoria forense rischiava di compromettere anche i beni primari della convivenza civile. Così GREVI, *Dal giudice unico all'astensione degli avvocati: il Governo presenta la Giustizia che verrà*, in *Guida al diritto*, fasc. 33, 1996, 12.

Di conseguenza, è parso subito chiaro agli interpreti che il riconoscimento e la tutela del diritto di astenersi in capo al difensore dovesse essere fondato sul «presupposto logico» imprescindibile del comune ancoraggio costituzionale dei diritti contrapposti³⁸.

Solo presupponendo l'esistenza di un fondamento costituzionale per le manifestazioni conflittuali degli avvocati, infatti, è possibile giustificare il sacrificio, in ottica di un ragionevole bilanciamento, con i diritti costituzionalmente protetti dei soggetti che, in vario modo, sono destinatari della funzione giurisdizionale, nonché degli interessi dell'ordinamento, di rilevanza altrettanto primaria³⁹. Viceversa, sarebbe davvero assai arduo motivare «che un comportamento privo di garanzia costituzionale» possa «operare quale elemento di condizionamento del godimento di situazioni giuridiche dotate, invece, di tale caratteristica»⁴⁰.

La possibilità di contemperamento tra diritti di pari dignità costituzionale appare a oggi un principio generale ormai acquisito nel nostro ordinamento, mirante alla realizzazione di quella «convivenza “mite”» tra valori configgenti, la quale «richiede che ciascuno di tali valori e tali principi sia assunto in una valenza non assoluta», bensì nei limiti della compatibilità «con quelli con i quali deve convivere»⁴¹. In quest'ottica, nessun diritto

³⁸ MITTICA, *Astensione del difensore e diritto di ottenere il differimento dell'udienza*, in *Proc. pen. giust.*, 2015, 144; in questo senso, anche GIANFRANCESCO, *op. cit.*, 43.

³⁹ Il carattere imprescindibile del riconoscimento del rango costituzionale del diritto all'astensione è stato in seguito affermato nella sentenza Cass., Sez. Un., 27 marzo 2014, Lattanzio, in Cass. pen., 2015, 4389, che, in riferimento all'art. 2 *bis* della legge 12 giugno 1990, n. 146, osserva come la legge in questione si basi proprio «sulla premessa del riconoscimento di un diritto costituzionalmente garantito di astensione collettiva dal lavoro per tutti i soggetti compresi nel suo campo di applicazione, in quanto, senza questa implicita ammissione del comune rilievo quali diritti di rango costituzionale, l'operazione di contemperamento tra contrapposte situazioni giuridiche non avrebbe potuto essere realizzata. In particolare, non sarebbe stato possibile, senza un comune radicamento costituzionale, inserire manifestazioni di conflitto collettivo, diverse dallo sciopero di cui all'art. 40 Cost., in una legge che, proprio per consentire il contemporaneo esercizio dei diritti per certi aspetti inconciliabili, ma insopprimibili, impone il principio del loro reciproco contemperamento».

⁴⁰ GIANFRANCESCO, *op. cit.*, 44 ss.

⁴¹ ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Einaudi, 1992, 126. Nello stesso senso si veda NANIA, *Sciopero e sistema costituzionale*, Giappichelli, 1995, p. 35, il quale ha evidenziato che nella legge n. 146 del 1990 «l'art. 2» Cost. «ed il canone della solidarietà in esso racchiuso riprende il posto ricostruttivo che gli compete: quello cioè che porta ad escludere la sussistenza di diritti (...) autonomi ed incondizionabili, del tutto disinteressati rispetto agli effetti vulnerativi a carico di altri diritti che la loro realizzazione può comportare».

potrebbe considerarsi senza confini, essendo sempre necessario ricercare un punto di equilibrio ragionevole con gli altri valori costituzionali⁴².

In primo luogo, quindi, si rivela necessario verificare l'esistenza di un vero e proprio diritto di rango costituzionale in capo all'avvocato astinente e, in caso di esito positivo, ricercare nel catalogo costituzionale il preciso parametro al quale ancorare il fenomeno in parola.

Solo dopo la scoperta della sussistenza di un fondamento costituzionale dell'adesione all'astensione da parte dell'avvocato, infatti, l'interprete può dedicarsi al problema delle concrete modalità in cui deve avvenire il contemperamento del diritto di astensione e degli altri diritti configgenti.

Come vedremo approfonditamente nel prossimo paragrafo, alcune voci in dottrina e in giurisprudenza hanno individuato la radice costituzionale delle proteste forensi nell'art. 40 Cost., dimostrando in tale modo di considerare le iniziative collettive degli avvocati come veri e propri scioperi di categoria.

⁴² DI NICOLA, GUZZETTA, *L'esercizio del diritto e suo abuso. L'astensione degli avvocati tra disciplina costituzionale ed ordinamento penale*, in *Cass. pen.*, 1998, 461.

3. L'astensione collettiva dalle udienze come forma di esercizio del diritto di sciopero *ex art. 40 Cost.*

Il tratto essenziale di quella particolare forma di autotutela collettiva chiamata astensione forense, come abbiamo visto, è rinvenibile nell'abbandono o nel rifiuto all'attività di udienza. L'adesione alla protesta collettiva da parte dell'avvocato si traduce sul piano pratico in una condotta di tipo omissivo, implicante la sospensione temporanea di una prestazione lavorativa cui il medesimo è tenuto contrattualmente.

Il comportamento astensionista dell'avvocato coincide, almeno a livello esteriore, con l'esercizio della tipica forma di azione collettiva, ossia lo sciopero *ex art. 40 Cost.*, il quale, secondo l'opinione prevalente, sul piano materiale si concretizza nell'astensione collettiva dal lavoro da parte dei lavoratori subordinati⁴³.

Tale analoga fisionomia materiale ha causato una sovrapposizione delle due fattispecie: l'astensione collettiva degli avvocati è stata per lungo tempo assimilata alla figura dello sciopero *ex art. 40 Cost.*

Il dato, infatti, che colpisce immediatamente l'interprete che si accosta per la prima volta allo studio del controverso tema in esame è l'apparente inconsistenza della nozione di astensione collettiva, che appare sfuggente e priva di una forte autonomia. Attraverso una prima e superficiale analisi, tale caratteristica è percepibile fin dalla scelta linguistica di numerosi studiosi e degli stessi protagonisti delle astensioni⁴⁴ di utilizzare, al fine di indicare il fenomeno, l'espressione "quasi sciopero"⁴⁵ o, semplicemente, "sciopero" degli avvocati⁴⁶. Se l'interprete, ad esempio, si fermasse alla lettura dei principali quotidiani – i quali, nel corso degli anni, hanno dedicato numerosi articoli alla tematica – la soluzione all'interrogativo in tema di qualificazione giuridica del fenomeno potrebbe apparire

⁴³ PERA, *op. cit.*, 707. Per le diverse e ulteriori manifestazioni concrete del diritto di sciopero vedi CARINCI, DE LUCA TAMAJO, TOSI, TREU, *Il diritto sindacale*, in *Diritto del lavoro*, 5^a ed., Utet, 2006, 247 ss.

⁴⁴ PECORELLA, *Relazione di accompagnamento alla proposta concernente direttive per l'autoregolamentazione dell'astensione dalle udienze penali*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, 103 ss.

⁴⁵ PULITANÒ, *Lo sciopero degli avvocati: se, come, quando*, in *Dir. pen., proc.*, 1999, 6.

⁴⁶ L'utilizzo delle virgolette tradisce la consapevolezza da parte degli interpreti della non perfetta coincidenza e sovrapposibilità dei due fenomeni e, forse, il disagio di avvalersi di un'etichetta non corretta.

addirittura scontata a fronte di una sorta di *communis opinio* che senza alcuna esitazione definisce l'astensione dalle udienze come "sciopero degli avvocati"⁴⁷.

In realtà, al fine della riconduzione di una determinata forma di protesta alla nozione di sciopero, la denominazione generalmente adottata all'interno di una società è un dato del tutto insignificante⁴⁸; ciò che rileva, piuttosto, è la ricorrenza degli elementi costitutivi dello sciopero garantito dall'art. 40 Cost.⁴⁹.

Appare quindi necessario accertare se l'omologazione delle due figure possa considerarsi un'operazione ermeneutica fondata; in altre parole, si tratta di appurare se, con riferimento alle peculiari azioni collettive indette dagli avvocati, possa parlarsi di sciopero in senso tecnico: l'eventuale soluzione positiva permetterebbe di individuare la natura giuridica del fenomeno, oltre che rintracciare nell'art. 40 Cost. il fondamento costituzionale delle astensioni collettive forensi.

In via preliminare, è opportuno chiarire che non è da considerarsi un ostacolo all'assimilazione delle due forme di autotutela collettiva la particolare caratteristica dell'astensione forense consistente nella mancanza di una sospensione totale dell'attività lavorativa da parte dell'avvocato, il quale continua a ricevere i clienti, a studiare i casi e a elaborare gli atti⁵⁰.

Come abbiamo visto poco sopra⁵¹, infatti, l'astensione collettiva si manifesta attraverso la sospensione di una particolare estrinsecazione dell'attività lavorativa dell'avvocato, ossia di quella compiuta dal professionista in udienza. Inizialmente, la parzialità della sospensione della prestazione lavorativa era considerata un elemento preclusivo al riconoscimento della qualità di sciopero⁵²: la concezione tradizionale, infatti, non tollerava forme di dissenso alternative alla sospensione totale del lavoro, quali lo sciopero

⁴⁷ VALCAVI, *Sulla presunta illegittimità dell'astensione dalle udienze degli avvocati*, in *Dir. lav.*, 1995, fasc. 5, 415.

⁴⁸ CARINCI, DE LUCA TAMAJO, TOSI, TREU, *op. cit.*, 285 ss. Si pensi all'utilizzo improprio del termine sciopero con cui si suole comunemente indicare le proteste dei contribuenti o degli studenti, le quali non possono certamente essere accostate al diritto di sciopero protetto dall'art. 40 Cost.

⁴⁹ VALCAVI, *op.cit.*, 415.

⁵⁰ GIANFRANCESCO, *op. cit.*, 27 ss.

⁵¹ Vedi *supra*, par. 1.

⁵² *Ex multis*, Cass., 28 luglio 1952, Pains, in *Riv. dir. lav.*, 1956, II, 520: Il diritto di sciopero era inteso unicamente come un sospensione totale del rapporto di lavoro al fine di tutelare i diritti professionali da parte dei prestatori d'opera contro i datori di lavoro; di conseguenza, tutte le altre forme di lotta sindacale dovevano reputarsi illegittime.

a singhiozzo, a scacchiera, la non collaborazione⁵³. La severa concezione originaria fu però oggetto di una rivisitazione in chiave estensiva da parte della Corte di cassazione⁵⁴, la quale ricondusse all'art. 40 Cost. anche tali anomale forme di manifestazione di dissenso, molto spesso preferite all'astensione totale dall'attività lavorativa a causa del loro maggiore impatto sul tessuto organizzativo aziendale.

Considerato, quindi, che oggi la nozione di sciopero in senso tecnico è connotata da maggiore «elasticità»⁵⁵ – accogliendo anche le forme di lotta sindacale caratterizzate da una sospensione intermittente e irregolare della prestazione professionale – il fatto che l'astensione collettiva forense sia una forma selettiva di protesta, incidente solo su un singolo aspetto dell'attività dell'avvocato, non può costituire un ostacolo all'assimilazione tra le due figure⁵⁶.

Invero, secondo una tesi autorevolmente sostenuta, l'astensione collettiva forense ben potrebbe essere ricondotta al diritto consacrato all'art. 40 Cost.⁵⁷, a condizione che la nozione di sciopero sia ripensata in termini contemporanei.

⁵³ Queste diverse categorie di sciopero atipico sono comunemente indicate con l'espressione «sciopero articolato», il quale non si risolve in una contemporanea e continua interruzione della prestazione lavorativa, bensì una sospensione della medesima che si articola secondo una data combinazione spaziale e temporale. In particolare, lo sciopero a singhiozzo è costituito da un susseguirsi di interruzioni e riprese del lavoro, mentre lo sciopero a scacchiera è dato da un alternarsi di interruzioni lavorative da parte di lavoratori di determinati settori, reparti, profili professionali; in questo senso CARINCI, DE LUCA TAMAJO, TOSI, TREU, *op. cit.*, 248. Come spiega PERA, *op. cit.*, 708, la non collaborazione, invece, si sostanzia non nell'astensione dal lavoro ma dal rallentamento del normale ritmo di lavoro attraverso l'adozione di modalità lavorative diverse da quelle ordinarie.

⁵⁴ Cass., 30 gennaio 1980, in *Giur. it.*, 1980, I, 1022 ss. secondo la quale la nozione di sciopero non deve essere costruita a tavolino; di conseguenza, qualsiasi delimitazione temporale – costruita a priori – attinente all'ampiezza dell'astensione o ai suoi effetti deve ritenersi estranea alla nozione di sciopero. Per una ricostruzione dell'evoluzione del concetto di sciopero, *ex multis*, MANCUSO, *Diritto di sciopero ed esigenze di giustizia: quale interesse deve prevalere*, in *Giur. it.*, 2003, 1900 ss.; ROSELLI, *La dimensione costituzionale dello sciopero. Lo sciopero come indicatore delle trasformazioni costituzionali*, Giappichelli, 2005, 88 ss.

⁵⁵ L'espressione è di FILIPPUCCI, *Sciopero degli avvocati tra nuova regolamentazione e giusto processo*, in *Giur. it.*, 2002, 2130.

⁵⁶ DI DEDDA, *L'astensione collettiva degli esercenti le professioni forensi e i principi costituzionali. La sentenza della Consulta e il disegno di legge del Governo*, in *Doc. giust.*, 1996, 2101; MENGHINI, *Le regole applicabili allo "sciopero" degli avvocati e le competenze della Commissione di Garanzia dopo la sentenza 171/1996 della Corte costituzionale*, in *Riv. giur. lav.*, 1997, I, 294.

⁵⁷ Secondo BETTIOL, *Astensione dalle udienze: liceità penale?*, in *Arch. pen.*, 1987, 12, l'avvocato sarebbe titolare del diritto di sciopero ex art. 40 Cost. in quanto quest'ultimo non sarebbe più «espressione delle classi possidenti, persa l'immagine di notevole, attualmente il medesimo è un lavoratore che vive della propria professione»; Dello stesso avviso, seppur utilizzando diversi argomenti, NUNZIATA, *Nota a Corte cost. sent. n. 114/1994*, in *Nuovo dir.*, 1994, 624; TOPO, *L'astensione dei difensori dalle udienze come esercizio del diritto di sciopero*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1995, 691; SENESE, *Il diritto degli avvocati di astenersi dalle udienze. Riflessioni su recenti vicende*, in *Crit. Dir.*, 1995, 110; SUPPIEJ, *Sciopero degli*

A tale scopo è necessario guardare allo sciopero come concetto in divenire: dagli anni Ottanta in poi, infatti, la più conosciuta forma di autotutela collettiva ha iniziato ad allontanarsi dalla sua fisionomia classica di strumento di riscatto sociale riservato ai lavoratori subordinati, utilizzato dai medesimi nei confronti del datore di lavoro, finendo per assumere sempre più contorni inediti; infatti, progressivamente, questo strumento è sfuggito dalle maglie del lavoro dipendente per essere utilizzato da diverse collettività di lavoratori.

L'utilizzo di tale strumento di lotta da parte di soggetti tradizionalmente estranei al conflitto collettivo è una conseguenza del fenomeno che si è descritto nella dottrina giuslavorista come «terziarizzazione del conflitto», effetto a sua volta della «terziarizzazione dell'economia», consistente in una modifica delle strutture produttive e occupazionali: a seguito del rafforzamento del settore dei servizi alla persona, i lavoratori impegnati in quell'ambito si sono scoperti titolari di un potere di coalizione⁵⁸.

Il conflitto collettivo, di conseguenza, ha cambiato profondamente i propri connotati, smarcandosi dalle tradizionali caratteristiche consistenti, da una parte, nell'esistenza di un rapporto di subordinazione e, dall'altra, nella tipica debolezza economica del soggetto scioperante, oltre ad abbandonare l'originale finalità prettamente economica e contrattuale. In questo senso, l'avvento della società post industrializzata avrebbe segnato la trasformazione dello sciopero inteso come strumento monopolizzato dai soli lavoratori dipendenti: con il tramonto della produzione di tipo industriale⁵⁹, finisce per modificarsi anche la tradizionale funzione dello sciopero stesso, ossia la finalità economica diretta al miglioramento degli standard di trattamento contrattuali⁶⁰.

A partire dagli anni Novanta, infatti, la terziarizzazione inizia ad interessare – non solo i lavoratori subordinati, ma – anche i lavoratori autonomi e i professionisti, i quali

avvocati, Corte costituzionale, Commissione di Garanzia e Consiglio forense, in *Arg. Dir. lav.*, 1997, 237 ss.; RUGA RIVA, *op. cit.*, 770 ss.

⁵⁸ ACCORNERO, *La "terziarizzazione" del conflitto e i suoi effetti*, in *Gior. dir. lav. rel. ind.*, 1985, 17. Secondo CARINCI, *op. cit.*, 935, le modifiche della struttura sociale, e in particolare quelle intervenute nelle modalità di acquisizione della forza lavoro costituiscono una delle premesse dell'espansione dell'area del conflitto anche a professionisti e lavoratori autonomi, con o senza dipendenti.

⁵⁹ Nell'ambito della quale il lavoro era quello subordinato e consisteva nella produzione di manufatti destinati a un mercato ristretto nei confini nazionali.

⁶⁰ CARUSO, NICOSIA, *Il conflitto collettivo post moderno: lo "sciopero" dei lavoratori autonomi*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".it*, in www.lex.unict/eurolabor, 2006, 3.

cominciano ad astenersi dal lavoro nell'ambito del settore dei servizi pubblici essenziali; tale forma di rivendicazione, però, non è rivolta alla controparte contrattuale del soggetto astinente, ossia il cliente⁶¹, bensì risulta indirizzata al potere politico⁶², al fine di «ottenere, attraverso interventi legislativi o di altra natura, benefici non limitati allo stretto scambio economico»⁶³.

Secondo l'interpretazione in esame⁶⁴, in considerazione di queste importanti modificazioni – al fine di discernere ciò che è sciopero da ciò che non lo è – non rileverebbe tanto la natura del rapporto di lavoro esistente, ovvero la qualificazione del soggetto scioperante come lavoratore autonomo o subordinato, ma il «contenuto concreto» della protesta collettiva posta in essere dagli avvocati, consistente nell'«astensione dal lavoro, naturalisticamente identica a quella dei lavoratori subordinati»⁶⁵; secondo tale opinione, quindi, una concezione aggiornata e innovativa di sciopero dovrebbe valorizzare al massimo la vera essenza del medesimo, individuata nell'astensione parziale o totale dal lavoro, la quale può essere posta in essere indifferentemente da lavoratori subordinati, autonomi o piccoli imprenditori «nell'ambito di rivendicazioni di natura economica o *lato sensu* politica»⁶⁶.

Come vedremo nel paragrafo seguente, sembrano frapporsi altri, numerosi e difficilmente superabili ostacoli all'adozione di tale interpretazione, i quali inducono l'interprete a escludere l'accostamento tra le figure di sciopero e astensione collettiva forense,

⁶¹ Sul quale, però, ricadono le conseguenze negative.

⁶² PILATI, *I diritti di sciopero*, Cedam, 2004, 203, secondo il quale l'astensione collettiva dal lavoro si è andata diffondendo nella moderna società pluralista quale «una risorsa, a disposizione anche dei lavoratori autonomi, da utilizzare nel sistema sociale, quale strumento di affermazione degli interessi di categoria e di influenza sul complessivo assetto istituzionale del paese».

⁶³ CARINCI, *op. cit.*, 936.

⁶⁴ Si tratta, però, di un'opinione nettamente minoritaria, sia in dottrina che in giurisprudenza; in giurisprudenza si legga la decisione della Pret. Monza, 15 marzo 1993, Garlatti e a., in *Foro it.*, 1994, II, 186 e Corte App. Napoli, 15 giugno 1995, in *Arch. civ.*, 1995, 1415. In dottrina, si veda CORSINOVI, *Astensione degli avvocati dalle udienze e sciopero dei servizi pubblici essenziali*, in *Riv. dir. lav.*, 1996, II, 295 ss.

⁶⁵ RUGA RIVA, *op. cit.*, 770. La giurisprudenza, infatti, ha sottolineato come l'astensione sia, in senso naturalistico, pienamente parificabile allo sciopero in senso classico: questa, infatti, si risolve in un sacrificio in chi la compie perché vi consegue il mancato pagamento da parte del cliente e in un danno alla controparte (individuata nell'amministrazione della giustizia), oltretutto in un disservizio per la collettività. Così, Pret. Monza, 15 maggio 1993, cit.

⁶⁶ RUGA RIVA, *op. cit.*, 771.

costringendolo a volgere lo sguardo a una diversa qualificazione e a ricercare altrove il fondamento costituzionale.

4. Segue. La tesi contraria all'assimilazione del diritto di astenersi dell'avvocato allo sciopero in senso tecnico

L'opinione che nega l'assimilazione tra astensione forense e sciopero *ex art. 40 Cost.*, largamente maggioritaria, è imperniata su due pilastri argomentativi fondamentali: l'assenza assoluta di un vincolo di subordinazione tra avvocato e assistito e la mancanza della finalità di natura economica della protesta collettiva forense⁶⁷.

Con riferimento alla posizione di sotto-protezione economica e contrattuale del lavoratore rispetto a quella del datore di lavoro⁶⁸ può affermarsi che l'elemento in questione costituisca un cardine nella storia del diritto del lavoro: il diritto del lavoro, infatti, nasce come il diritto del lavoro subordinato⁶⁹.

Nell'epoca del conflitto industriale d'inizio Novecento, lo sciopero si collocava all'interno della spaccatura dicotomica tra due classi sociali in lotta: da una parte, i lavoratori dipendenti, economicamente svantaggiati, spinti dalla necessità di lavorare al fine di permettersi i mezzi elementari di sussistenza, e, dall'altra, i datori di lavoro, detentori del capitale, dotati di uno spropositato potere contrattuale rispetto al singolo lavoratore⁷⁰.

⁶⁷ Gli argomenti appena ricordati costituiscono certamente le fondamenta della tesi che nega l'equiparazione dell'astensione collettiva forense allo sciopero, ma sarebbe errato considerare questi ultimi come gli unici: alcuni autori, come RUGA RIVA, *op. cit.*, 770, infatti, per escludere la riconduzione della protesta collettiva degli avvocati all'art. 40 Cost. utilizzano un argomento ulteriore, ossia quello della mancanza di oneri finanziari per l'adesione dell'avvocato all'astensione paragonabile alla privazione del salario, conseguenza dello sciopero del lavoratore subordinato; infatti, il sacrificio economico sarebbe, secondo alcuni interpreti, una caratteristica connaturata ed ineludibile dello sciopero *ex art. 40 Cost.*, che nobilita – poiché le rende serie e credibili – le pretese avanzate dal lavoratore attraverso la protesta sindacale. In questo senso, GIANFRANCESCO, *L'ord. n. 116 del 2008 e lo "sciopero" degli avvocati: piccoli casi, gravi questioni*, in *Giur. cost.*, 2008, 2662.

⁶⁸ Tale primo carattere, come scopriremo, è strettamente collegato alla seconda caratteristica dello sciopero *ex art. 40 Cost.* appena ricordata, ossia quello della finalità tipicamente economica e contrattuale.

⁶⁹ CARINCI, DE LUCA TAMAJO, TOSI, TREU, *op. cit.*, 1.

⁷⁰ Parla di «dittatura contrattuale del patronato» in riferimento al potere dei datori di lavoro di imporre unilateralmente le condizioni di lavoro PERA, *op. cit.*, 700: il contratto di lavoro del dipendente con l'impresa si risolve in un contratto di adesione, nel quale la parte economicamente più debole accetta alle condizioni dettate dalla controparte poiché il lavoro è la sua unica possibilità di sussistenza; tale sproporzione si sarebbe accentuata dopo la diffusione delle teorie di Adam Smith, le quali avevano teorizzato una

Lo sciopero nasce storicamente come uno strumento di lotta utilizzato dalla classe operaia allo scopo di riequilibrare la forza contrattuale posseduta dal datore di lavoro: l'art. 40 Cost. è stato inserito in Costituzione proprio per dare attuazione, all'interno delle relazioni industriali tra lavoratori e datori di lavoro, al principio di uguaglianza sostanziale di cui all'art. 3 comma 2 Cost.⁷¹ e, non a caso, è stato collocato nel titolo terzo dedicato ai rapporti economici, in stretto collegamento con l'art 39 Cost. che lo precede⁷².

In questo specifico contesto, lo sciopero costituisce «lo strumento per piegare il padronato alla contrattazione delle condizioni di lavoro» con il quale il lavoratore subordinato riesce, coalizzandosi, a conquistare «una relativa libertà contrattuale», costringendo il datore di lavoro «a trattare le condizioni salariali e normative di lavoro»⁷³. Il diritto allo sciopero è così riconosciuto, e poi consacrato nella Carta fondamentale⁷⁴, in funzione dell'ottenimento, in sede di contrattazione collettiva, di migliori condizioni di lavoro da parte dei lavoratori subordinati, in particolare retributive, allo scopo di riequilibrare la propria debolezza contrattuale, mettendo «sulla bilancia delle trattative l'argomento della loro astensione collettiva dal lavoro, senza trovarsi esposti al pericolo di essere licenziati per inadempienza contrattuale»⁷⁵.

Nel periodo coevo e successivo all'entrata in vigore della Costituzione era invalsa tra i giuristi una concezione assai «angusta e restrittiva» dello sciopero legittimo, che riconosceva la titolarità del diritto unicamente ai lavoratori subordinati per le

suddivisione del lavoro tale da attribuire al singolo lavoratore mansioni assai semplici e realizzabili da chiunque; all'assenza del carattere personale del lavoro conseguiva direttamente l'estrema fungibilità del singolo lavoratore, il quale era facilmente sostituibile con un altro lavoratore. In questo senso, vedi VALCAVI, *op. cit.*, 416.

⁷¹ MANCINI, sub *art. 3, comma 2*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di Branca, Zanichelli, 1975, 162 ss.

⁷² Nel senso che lo sciopero è il mezzo con cui i lavoratori fanno pressione sulla controparte datoriale per ottenere la stipulazione di un contratto collettivo contenente determinate condizioni retributive e, più in generale, lavorative; APOSTOLI, sub *art. 40*, in *Commentario breve alla Costituzione*, a cura di Bartole - Bin, 2^a ed., Cedam, 2008, 396 ss.; si veda anche GIUGNI, *Il diritto sindacale*, Cacucci, 1988, 215.

⁷³ PERA, *op.cit.*, 700. Anche CALAMANDREI, *Significato costituzionale del diritto di sciopero*, in *Riv. giur. lav.*, 1952, 221 ss., considera lo sciopero come strumento per riequilibrare la minore forza contrattuale del singolo lavoratore rispetto al proprio datore di lavoro.

⁷⁴ Per un approfondimento sulla genesi e sull'evoluzione seguente del diritto di sciopero, vedi MICALI, *Lo sciopero quale diritto naturale nell'esegesi storico - giuridica secondo i lavori preparatori dell'art. 40 Cost.*, in *Arch. civ.*, 1993, 657; ROMAGNOLI, *Il diritto di sciopero: ieri e oggi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, 1165.

⁷⁵ Sono le parole di CALAMANDREI, *op. cit.*, 221 ss.

rivendicazioni dirette alla tutela di un interesse professionale ed economico⁷⁶: di conseguenza, da tale concezione rimanevano al di fuori dell'ombrello dell'art. 40 Cost. tutte le pretese avulse dal contesto contrattuale e, quindi, non disponibili dalla controparte datoriale⁷⁷.

Una tale impostazione conduceva inesorabilmente a escludere che l'astensione collettiva dalle udienze degli avvocati potesse essere considerata uno sciopero, in considerazione, da una parte, della carenza dell'elemento della subordinazione e dall'assenza di una controparte contrattuale in grado di soddisfare le pretese dei lavoratori in agitazione e, dall'altra, dalla mancanza del carattere economico e professionale della pretesa vantata dai professionisti⁷⁸.

Tale conclusione, però, deve essere verificata alla luce dell'evoluzione interpretativa dell'art. 40 Cost., elaborata dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità nel corso dei decenni: tale lavoro giurisprudenziale ha rivisitato in senso estensivo il concetto di sciopero, riuscendo finalmente ad allargare gli angusti confini originari, risalenti alla stagione postcostituzionale.

In relazione al primo elemento, la subordinazione ha costituito per lungo tempo un requisito soggettivo imprescindibile all'attribuzione della titolarità del diritto

⁷⁶ Non era considerato sciopero in senso tecnico e, quindi, integrava reato, lo sciopero realizzato per pretese non suscettibili di accoglimento in sede di contrattazione collettiva da parte del datore di lavoro, come lo sciopero per solidarietà ad altre categorie di lavoratori o lo sciopero politico. In questo senso, PERA, *op. cit.* 703.

⁷⁷ PERA, *op. ult. cit.* Negli anni Cinquanta e Sessanta lo sciopero era riconosciuto dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità come un diritto esercitato di lavoratori subordinati al fine di tutelare interessi di natura professionale; infatti, all'indomani della consacrazione del diritto di sciopero come diritto fondamentale attraverso la previsione dell'art. 40 Cost., la Corte costituzionale è stata chiamata a verificare la compatibilità rispetto a quest'ultima disposizione di diverse fattispecie incriminatrici contenute nel Codice penale del 1930 che punivano la condotta astensionista dei lavoratori. In tali pronunce, si scorge la restrittiva concezione originaria di sciopero: a titolo esemplificativo, si veda Corte cost., 28 dicembre 1962, n. 123, in *Foro it.*, 1963, I, 5, nonché Corte cost., 17 marzo 1969, n. 31, in *Giur. cost.*, 1969, 410, in cui si afferma che lo sciopero è «caratterizzato dalla sospensione dell'attività di lavoro da parte di lavoratori dipendenti, strumentale per il conseguimento dei beni economici-sociali che il sistema costituzionale collega alle esigenze di tutela e di sviluppo della personalità». L'orientamento secondo il quale lo sciopero in senso tecnico dovesse essere riconosciuto solamente nell'astensione dal lavoro attuata dal lavoratore dipendente al fine di tutelare i propri interessi economici rispetto al datore di lavoro era condiviso anche dalla giurisprudenza di legittimità: si veda ad esempio Cass., Sez. Un., 24 febbraio 1951, Chiappini, in *Dir. lav.*, 1951, 365.

⁷⁸ PEDRAZZI, *Lo sciopero nella legge penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1963, 1085, sottolineava in particolare come, in riferimento alla categoria degli avvocati, di sciopero si potesse parlare solo in modo improprio, mancando del tutto qualsiasi carattere di subordinazione giuridica ed economica del professionista rispetto al cliente. Vedi anche VALCAVI, *op. cit.*, 417.

costituzionale consacrato nell'art. 40 Cost.⁷⁹: la nozione di subordinazione era originariamente fatta coincidere dalla giurisprudenza e dalla dottrina con il concetto di etero-determinazione della prestazione lavorativa, ossia con la soggezione alle altrui decisioni e direttive nello svolgimento della medesima, tratto tipicamente caratterizzante il lavoro subordinato. Inizialmente, infatti, la concezione di subordinazione aveva natura tecnico-giuridico, legata sostanzialmente più al dato formale che a quello sostanziale: ciò che rilevava, infatti, non era tanto l'effettiva e fattuale etero-determinazione della prestazione lavorativa – condizione che può ben manifestarsi anche in rapporti di lavoro non inquadrabili come subordinati⁸⁰ – bensì la formale qualificazione di un rapporto come dipendente. In altre parole, la titolarità del diritto di sciopero era negata ogni qualvolta il rapporto non potesse essere qualificato come dipendente, a prescindere dalla concreta e attuale necessità di riequilibrare una situazione di sotto-protezione economica di un contraente rispetto all'altro.

La Corte costituzionale fu la prima a smarcarsi dalla rigida concezione in esame e a scardinare la necessità dell'esistenza di un rapporto formalmente subordinato al fine del riconoscimento del diritto di sciopero *ex art. 40 Cost.*

Attraverso la sentenza del 17 luglio 1975, n. 222 la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 503 c.p. che puniva la serrata di esercenti di piccole industrie e commerci, per contrasto con l'art. 40 Cost.⁸¹. La questione posta all'attenzione

⁷⁹ Fino ai primi anni Settanta era sostanzialmente pacifico in giurisprudenza e in dottrina che le astensioni dall'attività lavorativa posta in essere dai lavoratori autonomi in attuazione a forme di protesta collettiva non integrassero l'esercizio del diritto di sciopero tutelato dall'art. 40 Cost., proprio perché tale diritto veniva riconosciuto unicamente ai lavoratori subordinati. In questo senso, in dottrina, *ex multis*, LEGA, *Le libere professioni intellettuali*, Giuffrè, 1974, 668; in giurisprudenza si legga Cass., 15 settembre 1965, in *Foro it.*, 1966, I, 302, relativa proprio alla particolare categoria di lavoratori autonomi degli avvocati; in tale pronuncia, l'astensione collettiva forense, in una posizione poi molto ripresa nella giurisprudenza di poco successiva, viene definita «esercizio del diritto che ogni cittadino ha di astenersi dal compimento di un'attività che per legge non è obbligato a compiere». Tale concezione assai restrittiva, «sicuramente non copriva la responsabilità penale per mancata assunzione della difesa d'ufficio, obbligatoria per legge» ma, probabilmente non permetteva di elidere nemmeno la responsabilità civile dell'avvocato nei confronti del proprio assistito; in questo senso MENGHINI, *L'astensione dalle udienze da parte degli avvocati e il problema dell'estensibilità del diritto di sciopero oltre il limite della subordinazione*, in *Riv. giur. lav.*, II, 1997, 98.

⁸⁰ Si pensi, ad esempio, ad alcuni contratti d'opera in cui il committente partecipa attivamente all'esecuzione della prestazione da parte dell'impresa appaltatrice e quest'ultima, pur non potendo certamente inquadrare il rapporto nell'ambito del lavoro subordinato, si ritrovi nei fatti in una situazione di soggezione rispetto alle decisioni e direttive della controparte,.

⁸¹ Corte cost., 17 luglio 1975, n. 222, in *Giur. it.*, I, 1976, 1.

della Corte ineriva alla legittimità di un comportamento di alcuni esercenti di piccole aziende industriali o commerciali, privi di lavoratori alle proprie dipendenze, che avevano chiuso i loro esercizi per protestare contro alcuni provvedimenti incidenti in senso negativo sulla loro attività⁸². Oltre ad escludere la natura di serrata, la Corte ha ricondotto la protesta di tali commercianti a «quel più ampio concetto di sciopero che trovato modo di esprimersi nell'attuale mondo del lavoro»⁸³, attraverso un ragionamento che è stato oggetto di aspre critiche in dottrina⁸⁴. L'affermazione che ha provocato una reazione di così vigoroso biasimo nel panorama dottrinale consiste proprio nella definizione della protesta di una categoria di lavoratori autonomi – in quanto svincolati da alcun vincolo di subordinazione – ad una nozione assai allargata di sciopero *ex art. 40 Cost.*⁸⁵. La Corte, in tale decisione, ha valorizzato al massimo l'elemento della mancanza, in riferimento al piccolo esercente, della qualità di datore di lavoro, ossia il dato dell'assenza di lavoratori dipendenti; è così riuscito a scorgere, nella situazione del piccolo commerciante, la condizione di debolezza economica e sociale che giustifica l'attribuzione ai lavoratori dello strumento di riequilibrio e promozione per eccellenza⁸⁶.

La Corte di legittimità, pochi anni dopo, ha intrapreso lo stesso percorso di estensione della nozione di sciopero, e, pur seguendo un percorso argomentativo differente da quello seguito dalla Corte costituzionale⁸⁷, è riuscita a emanciparsi dalla rigida concezione

⁸² Come vedremo tra poco, progressivamente si è ammessa la legittimità dello sciopero cd politico-economico, ossia quello diretto avverso fatti o provvedimenti incidenti sul contenuto economico dell'attività industriale.

⁸³ La Corte costituzionale sostenuto che «non poteva considerarsi serrata l'astensione dal lavoro di un soggetto che personalmente gestisce un'azienda, in quanto non avendo persone alle proprie dipendenze, e non essendo perciò datore di lavoro nei termini propri di questa espressione, non può col suo contegno dar luogo a quella sospensione del rapporto di lavoro subordinato» che coincide con l'essenza della serrata. Così, Corte cost., 17 luglio 1975, n. 222, cit.

⁸⁴ GIUGNI, *op.cit.*, 220-221; PERA, *op.cit.*, 709; SCOGNAMIGLIO, *Diritto del lavoro*, Jovene, 342-343.

⁸⁵ Il percorso argomentativo seguito dalla Corte costituzionale è stato oggetto di numerose critiche per aver riconosciuto il diritto di sciopero anche a lavoratori autonomi, per i quali è totalmente mancante l'elemento della soggezione personale rispetto a un altro soggetto con poteri direttivi. *Ex multis*, GIANFRANCESCO, *Lo "sciopero"*, cit., 29.

⁸⁶ Si pensi, in quest'ottica, allo svantaggio economico in cui i piccoli commercianti si ritrovano rispetto ai concorrenti della grande distribuzione. Il ragionamento è stato poi ripreso dalla Corte in una pronuncia successiva, Corte cost., 18 marzo 1986, in *Giur. cost.* 1986, 383 ss.; in tale sentenza, la Corte ha negato la natura di sciopero dell'abbandono del lavoro da parte di un imprenditore con uno o due dipendenti, ribadendo in questo modo che lo *status* di datore di lavoro non è compatibile con una situazione di debolezza economico e sociale, non ritenendo sussistente, di conseguenza, per tali lavoratori una condizione di sotto-protezione, la quale avrebbe giustificato il riconoscimento della titolarità del diritto di sciopero.

⁸⁷ L'operazione interpretativa compiuta dalla Corte costituzionale era apparsa agli interpreti una forzatura diretta ad assimilare il lavoro autonomo a quello subordinato; vedi, ad esempio, PERA, *op. cit.*, 709.

tecnico-giuridico di subordinazione, la quale richiedeva la qualificazione formale di lavoratore dipendente al fine del riconoscimento del diritto *ex art. 40 Cost.*

Adottando una concezione socio-economica di subordinazione⁸⁸, la Corte di legittimità ha riconosciuto la titolarità del diritto di sciopero anche in quei casi in cui l'attività di un lavoratore autonomo sia caratterizzata da una forte ingerenza della controparte; quest'ultimo dato è interpretato dalla giurisprudenza di legittimità come il sintomo di una sottoprotezione economico-sociale accostabile a quella del lavoro dipendente: seguendo tale via, l'ambito di applicazione dell'*art. 40 Cost.* si allarga sensibilmente, fino a ricomprendere anche quei soggetti solo formalmente autonomi che si collocano in una zona grigia ricompresa tra il lavoro autonomo e quello subordinato, chiamata dagli studiosi del diritto del lavoro «parasubordinazione»⁸⁹.

Date queste premesse, è necessario chiedersi se l'avvocato possa essere considerato un lavoratore parasubordinato: in caso di risposta affermativa, a quest'ultimo, in virtù dell'interpretazione estensiva adottata dalla Corte Suprema appena illustrata, dovrebbe essere riconosciuta la titolarità del diritto di sciopero *ex art. 40 Cost.* Tale eventualità, però, è facilmente esclusa dalla constatazione dell'assoluta mancanza del requisito dell'effettiva «condizione di debolezza o soggezione economica»⁹⁰ dell'avvocato rispetto alla propria controparte, ossia il proprio assistito; in mancanza di tale caratteristica, infatti, allo sciopero non è dato esprimere la propria tipica funzione di «riequilibrio di posizioni di forza economica e differenziate»⁹¹. In merito è stato autorevolmente sostenuto che proprio l'assenza dell'elemento della subordinazione impedirebbe di assimilare l'astensione collettiva forense allo sciopero *ex art. 40 Cost.*: la mancanza di questa circostanza risulta decisiva poiché, quest'ultima «permea di sé, da sempre, la nozione di sciopero» e, alla luce delle più recenti interpretazioni giurisprudenziali, può affermarsi che continua a costituirne «un presupposto di configurabilità»⁹².

⁸⁸ Tale concezione adotta un'interpretazione di etero-determinazione per la quale ciò che rileva unicamente è l'effettiva presenza di una condizione di sotto-protezione economica assimilabile a quella sottesa a un rapporto di lavoro dipendente; quindi, tale accezione di etero-determinazione risulta slegata dal dato della qualificazione del rapporto di lavoro come formalmente subordinato. In questo senso, Cass., 29 giugno 1978, Gasca, in *Giur. it.*, 1978, I, 2071.

⁸⁹ CARINCI, DE LUCA TAMAJO, TOSI, TREU, *op. cit.*, 31.

⁹⁰ CARINCI, DE LUCA TAMAJO, TOSI, TREU, *op. ult. cit.*

⁹¹ GIANFRANCESCO, *Lo "sciopero"*, cit., 28.

⁹² GIANFRANCESCO, *op. ult. cit.*

Come affermato in apertura al presente paragrafo, l'assenza della condizione di subordinazione non costituisce l'unica ragione per escludere la natura di sciopero in senso tecnico dell'astensione collettiva forense; infatti, la tesi che nega l'assimilazione della forma di autotutela collettiva degli avvocati a un vero e proprio sciopero si poggia anche su un secondo pilastro, ossia sull'impossibilità di rintracciarvi la finalità tipicamente economica-contrattuale dello sciopero.

In riferimento a quest'ultima caratteristica, dagli anni Sessanta si è attestata la consapevolezza per cui la debolezza della classe dei lavoratori subordinati non dovesse essere considerata circoscritta all'angusto ambito contrattuale ma che, in realtà, tale aspetto investisse anche la più ampia dimensione economica e, di conseguenza, politica⁹³. Lo sciopero per la prima volta è stato sganciato dalla dinamica strettamente contrattuale per essere interpretato quale mezzo per colmare la debolezza della categoria dei lavoratori dipendenti su un orizzonte più generale: quest'ultimo diventa, infatti, anche lo strumento privilegiato per rimuovere la disuguaglianza economica, sociale, politica derivante dall'appartenenza a una classe considerata svantaggiata⁹⁴.

Per questa via e progressivamente, quindi, viene legittimato anche lo sciopero c.d. economico politico, ossia quello indirizzato – non al datore di lavoro al fine di conquistare una determinata posizione contrattuale, bensì – al potere pubblico⁹⁵.

Come è facilmente deducibile dalla sua denominazione, tale sciopero deve essere necessariamente realizzato per fini che «si inquadrano, direttamente o indirettamente, sul

⁹³ PERA, *op.cit.*, 712.

⁹⁴ Nel senso che gli appartenenti a quest'ultima categoria hanno eletto lo sciopero come strumento per conseguire un'uguaglianza sostanziale ai sensi dell'art. 3 comma 2 Cost. non solo nel ristretto rapporto bilaterale con il proprio datore di lavoro ma anche, più in generale, nell'ambito della vita sociale economica e politica. In questo senso, CARINCI, DE LUCA TAMAJO, TOSI, TREU, *Il diritto sindacale*, cit., 243, nonché PILATI, *op. cit.*, 13.

⁹⁵ In altre parole, consiste nello sciopero diretto ad ottenere o a impedire un determinato intervento legislativo o governativo di immediato rilievo per il mondo del lavoro subordinato. La legittimità dello sciopero a fine non contrattuale è l'esito di un percorso che la Corte costituzionale ha intrapreso fin dagli anni Sessanta, attraverso la sentenza Corte cost., 28 dicembre 1962, n. 123, cit., nella quale i giudici costituzionali, interpellati sulla legittimità costituzionali di alcune fattispecie incriminatrici in riferimento all'art. 40 Cost., riconosce la legittimità dello sciopero economico politico, caratterizzato, come si è detto, dall'aver il datore di lavoro come soggetto passivo dello sciopero (poiché ne subisce le ripercussioni negative) ma non come destinatario della rivendicazione: tale protesta, infatti, è rivolta verso il potere pubblico incarnato dal Governo e dal Parlamento. La sentenza in questione, ha ricondotto all'art. 40 Cost. anche lo sciopero indirizzato ai poteri costituiti al fine di far valere «gli interessi di categoria e di classe che sono largamente condizionate dalle determinazioni pubbliche». In questo senso, PERA, *op. cit.*, 713.

piano degli interessi economici di ordine generale dei lavoratori, desumibili dal titolo terzo della Costituzione»⁹⁶.

Come abbiamo visto nei paragrafi precedenti⁹⁷, fin dalle origini le astensioni degli avvocati erano dirette a protestare contro l'indirizzo politico e giudiziario prescelto dai pubblici poteri: proprio perché tali proteste non erano volte in alcun modo a soddisfare «rivendicazioni riguardanti il complesso degli interessi dei lavoratori, che trovano disciplina nelle norme poste sotto il titolo terzo, parte prima della Costituzione»⁹⁸, si dovrebbe escludere che le medesime possano essere qualificate quali esercizio del diritto costituzionale di sciopero⁹⁹.

⁹⁶ Corte cost, 14 gennaio 1974, n. 1, in *Giur. it.*, 1974, 707.

⁹⁷ Ci si riferisce, in particolare, al primo paragrafo dedicato ai tratti costitutivi delle proteste forensi.

⁹⁸ Corte cost, 14 gennaio 1974, n. 1, cit.

⁹⁹ Secondo VALCAVI, *op. cit.*, 417, l'astensione collettiva forense dovrebbe essere accostata più propriamente al c.d. sciopero politico "puro", ossia «quella forma di protesta diretta ad influire su scelte di natura esclusivamente politica o, più in generale, sull'indirizzo politico adottato dal Governo». La Corte costituzionale, nella sentenza Corte cost., 27 dicembre 1974, n. 290 ha qualificato tale peculiare forma di sciopero l'esercizio di una semplice libertà e non come diritto di sciopero in senso tecnico, chiarendo come l'abbandono del lavoro a fini puramente politici – indirizzato, cioè, a influenzare o condizionare l'indirizzo politico generalmente considerato – costituisce una manifestazione di libertà, risolvendosi in un atto penalmente lecito anche se non rientrante nell'alveo dell'art. 40 Cost. Secondo VALCAVI, *op. cit.*, 418, gli avvocati avrebbero esercitato «una libertà di agire e di manifestare il proprio dissenso, del cui uso l'ordinamento si disinteressa salvo che essa non sfoci nella contravvenzione di norme penali o nella violazione del generale principio del *nemini laedere*».

5. Segue. L'ipotesi interpretativa della serrata

Alcuni autori, dopo aver preso atto che l'opinione affermata si come prevalente in dottrina e giurisprudenza escludeva senza molti tentennamenti l'assimilazione delle astensioni collettive forensi allo sciopero in senso tecnico, hanno proposto l'ipotesi interpretativa fondata sull'accostamento delle medesime all'altra forma tradizionale di manifestazione collettiva, ossia la serrata.

Partendo dalla constatazione per la quale, nel caso dell'avvocato astinente, manca totalmente l'elemento della sottoprotezione economica e sociale rispetto a un datore di lavoro – la quale, come abbiamo appena constatato, alla luce della giurisprudenza più recente¹⁰⁰ continua a costituire un requisito imprescindibile al fine dell'attribuzione del diritto costituzionale di sciopero a un lavoratore¹⁰¹ – l'interprete è quasi naturalmente portato a chiedersi se questa particolare tipologia di sospensione dalla prestazione lavorativa possa essere fondatamente accostata alla figura di protesta storicamente alternativa nell'ambito del conflitto di classe, simmetrica rispetto a quella dello sciopero, ossia la serrata¹⁰².

Tale automatismo è spiegabile con l'impostazione classica della concezione di conflitto collettivo, per la quale, in un'ottica marcatamente binaria, «ai soggetti protagonisti dello scontro sociale inerivano consustanzialmente le due forme socialmente e giuridicamente tipiche di conflitto: lo sciopero/diritto e la serrata/libertà, *tertium non datur*»¹⁰³.

¹⁰⁰ Anche se in un'accezione decisamente più estesa rispetto a quella originaria, finendo per ricomprendervi anche i lavoratori c.d. parasubordinati, i quali sono solamente sul piano formale e dell'inquadramento tecnico giuridico dei lavoratori autonomi ma, nella realtà, versano in una condizione di sottoprotezione economico e sociale rispetto al proprio contraente, la quale giustifica l'attribuzione a tali soggetti della titolarità del diritto costituzionale di sciopero.

¹⁰¹ Come abbiamo visto *supra*, costituisce uno degli argomenti fondanti della tesi che esclude la riconduzione del fenomeno all'art. 40 Cost. più approfonditamente, leggi par. 3.

¹⁰² Il dualismo sciopero/serrata è riscontrabile anche nella sentenza Corte cost. 17 luglio 1975, n. 222, cit. che abbiamo già considerato nel par. 3, allorché la Corte non aveva scorto altra possibilità di ricomprendere la protesta posta in essere dagli esercenti di aziende commerciali e industriali senza dipendenti nel novero del diritto di sciopero, essendo irriducibile all'unica alternativa, ossia la serrata, per la carenza di lavoratori subordinati alla dipendenza dei medesimi. In questo senso, PILATI, *op. cit.*, 199 ss.

¹⁰³ CARUSO, NICOSIA, *op. cit.*, 14 ss.

Infatti, secondo l'interpretazione maggioritaria, tale forma di azione collettiva non può vantare alcun presidio costituzionale, risolvendosi, appunto, in una semplice libertà¹⁰⁴: difatti, a differenza dello strumento di lotta a disposizione dei lavoratori subordinati che affonda saldamente le sue radici nell'art. 40 Cost., la serrata manca di alcun referente all'interno della Carta fondamentale¹⁰⁵; secondo l'opinione in esame, la considerazione della serrata come esercizio di una mera libertà avrebbe come unica conseguenza l'esclusione della rilevanza penale¹⁰⁶.

Conseguentemente, nel caso in cui si riuscisse a dimostrare la possibilità di assimilare le astensioni forensi alla figura della serrata, non solo il fondamento delle medesime non potrebbe essere rinvenuto in un diritto costituzionalmente garantito ma, al contrario, l'astensione dalle udienze da parte dell'avvocato potrebbe costituire – non un illecito penale, bensì – un illecito sul piano civile o amministrativo¹⁰⁷. In questa ipotesi, quindi, non sarebbe ipotizzabile un contemperamento tra la facoltà degli avvocati di astenersi dalle udienze e i diritti costituzionali sottesi alla funzione giurisdizionale: il minor peso della prima la farebbe senza dubbio arretrare rispetto a diritti primari, quali il diritto di azione e di difesa *ex art. 24 Cost.* e il principio oggettivo di buon andamento della pubblica amministrazione *ex art. 97 Cost.*, i quali verrebbero senza dubbio pregiudicati da un'interruzione delle udienze provocata dall'assenza dell'avvocato astinente.

Tale configurazione, è opportuno chiarirlo immediatamente, si rivela assai difficile da sostenere con serietà in relazione all'avvocato, principalmente a causa della mancanza nella manifestazione di protesta posta in essere da tale figura professionale della tipica

¹⁰⁴ CARINCI, DE LUCA TAMAJO, TOSI, TREU, *op. cit.*, 265 ss.: partendo dalla mancanza di un'esplicita menzione all'interno della Costituzione del «tipico mezzo di lotta padronale», si ritiene che lo sciopero debba essere elevato a diritto costituzionale, e la serrata, invece, proprio perché ignorata dal costituente, non costituisca un diritto ma una semplice libertà: «ciò risulta con evidenza non solo dalla lettera ma anche dalla *ratio* della nostra Carta costituzionale», in ragione del ben diverso rilievo rivestito dalla medesima nella lotta sindacale.

¹⁰⁵ Corte cost., 4 maggio 1960, in *Giur. cost.*, 1960, 497 ss., con il commento adesivo di SANTORO PASSARELLI, *Diritto di sciopero, libertà di serrata*, in *Riv. dir. lav.*, 1960, 7 ss; la Corte in questa occasione riconosce nell'art. 40 Cost. un rango superiore rispetto alla serrata poiché considera lo sciopero un comportamento civilmente e penalmente lecito: invece, considera «l'interruzione temporanea dell'attività aziendale (...) con finalità di pressione e lotta» una mera libertà, la quale non costituisce un illecito penale ma rimane civilmente illecito. Il contenuto della sentenza è stato ripreso in seguito nella pronuncia Corte cost., 15 dicembre 1967, in *Giur. cost.*, 1967, 1671 ss.

¹⁰⁶ In questo senso, GROSSI, *I diritti di libertà ad uso di lezioni*, Giappichelli, 1988, 210 ss.

¹⁰⁷ GIANFRANCESCO, *Lo "sciopero"*, cit., 38.

dimensione bilaterale che caratterizza storicamente la lotta di classe: la contrapposizione frontale tra lavoratore dipendente e datore di lavoro; infatti, nella concezione generalmente accolta di serrata, è «sempre implicita la considerazione dell'esistenza di lavoratori dipendenti contrapposti al datore di lavoro e nei confronti dei quali, anzi, la serrata è funzionalmente diretta»¹⁰⁸.

La dinamica in questione, infatti, si rivela una componente strutturale della serrata, e, come abbiamo notato fin dalle prime riflessioni della presente indagine¹⁰⁹, la medesima non è una caratteristica che appartiene al fenomeno delle astensioni collettive forensi, in quanto l'avvocato è un lavoratore che versa in condizioni di assoluta autonomia rispetto al proprio cliente; il concetto di serrata, infatti, sottende l'attualità dell'esistenza di rapporti di lavoro subordinati, proprio perché attraverso la chiusura dell'esercizio commerciale il soggetto astinente mira a riequilibrare a suo vantaggio il rapporto di lavoro e di forza coi propri dipendenti¹¹⁰.

Il fenomeno astensionista forense, inoltre, possiede altre caratteristiche¹¹¹ che ne impediscono l'inquadramento all'interno della categoria della serrata: l'azione collettiva forense, infatti, è rivolta verso "l'esterno", nel senso che i destinatari finali della protesta sono costituiti da soggetti a carattere istituzionale – quali il Governo, il Parlamento, i titolari degli uffici giudiziari – mentre colui che subisce le conseguenze negative dell'azione dimostrativa degli avvocati è unicamente il cliente; tale particolare conformazione riproduce lo schema tipico di quella particolare tipologia di conflitto collettivo che si manifesta nell'ambito dei servizi pubblici essenziali, a cui l'astensione collettiva forense appartiene a pieno titolo; la condotta astensionista dell'avvocato risulta

¹⁰⁸ GIANFRANCESCO, *Lo "sciopero"*, cit., 39. In questo senso, MAZZONI, *Serrata*, in *Enc. giur.*, XXVIII, Treccani, 1992, 2; PERA, *Serrata e diritto di sciopero*, Giuffrè, 1969, 5 ss.; DI CERBO, *Serrata (libertà di)*, in *N. ssimo dig. it.*, 1987, Giappichelli, 150.

¹⁰⁹ Vedi *supra*, par. 1.

¹¹⁰ Corte cost., 17 luglio 1975, n. 222, in *Giur. it.*, 1976, 1 ss. Come abbiamo visto nel paragrafo precedente, con tale pronuncia, oltre a dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 503 c.p.p., la Corte ha escluso che la chiusura degli esercizi da parte dei piccoli commercianti senza dipendenti costituisca serrata: l'impossibilità di causare la sospensione del rapporto di lavoro subordinato a causa della mancanza di dipendenti precluderebbe la configurazione di serrata perché la dinamica bilaterale datore di lavoro - lavoratore subordinato è considerato un «elemento fondamentale per la configurazione di questa forma di autotutela». Da qui la Corte ha qualificato, con un passaggio logico assai criticato, la sospensione del lavoro degli esercenti privi di personale come sciopero *ex art. 40 Cost.* Per un esame più approfondito della pronuncia, si veda il par. precedente.

¹¹¹ Vedi par. 1, dedicato agli elementi costitutivi del fenomeno in esame.

così irriducibile alla categoria della serrata: quest'ultima, infatti, si esaurisce nel rapporto lavorativo interno tra datore di lavoro e lavoratore dipendente, risolvendosi nel rifiuto da parte del primo a ricevere delle prestazioni lavorative provenienti dal dipendente¹¹².

Dopo aver categoricamente escluso che l'astensione collettiva forense possa integrare la fattispecie della libertà di serrata, l'interprete si trova nella difficoltà di individuare una fattispecie alternativa in cui inquadrare il fenomeno; anche il filone interpretativo maggioritario, che nega con così tanta decisione la riconduzione del fenomeno dell'astensione collettiva forense all'alveo costituzionale dello sciopero, non ha mostrato altrettanta sicurezza nell'indicare costruttivamente un diritto costituzionale al quale collegare tali manifestazioni di protesta, alternativo all'art. 40 Cost.¹¹³: in seno a tale indirizzo interpretativo, infatti, alcuni autori hanno riconosciuto il fondamento delle astensioni collettive forensi in un non meglio specificato diritto costituzionale¹¹⁴, ovvero nell'esercizio della libertà di manifestazione del proprio pensiero *ex art. 21 Cost.*¹¹⁵, o nell'esercizio del diritto di partecipare concretamente alla vita politica, economica e sociale del proprio Paese¹¹⁶, fino ad arrivare alla posizione di coloro che le consideravano una mera libertà¹¹⁷, o l'«esercizio di una facoltà»¹¹⁸, disconoscendone in questo modo la copertura costituzionale.

¹¹² Come sottolinea GIANFRANCESCO, *Lo "sciopero"*, cit., 41, non può escludersi in via di principio che all'interno della realtà degli studi legali la serrata possa eventualmente realizzarsi con riferimento sia al personale ausiliario dello studio sia agli avvocati assunti come lavoratori dipendenti (la cui presenza, seppur assai ridotta nella realtà lavorativa odierna, non può essere esclusa a priori); in queste ipotesi, sarà ben possibile la realizzazione da parte dell'avvocato-datore di lavoro una serrata, alla quale verranno applicate tutte le limitazioni elaborate in sede di riflessione dottrinale e giurisprudenziale; in primo luogo, l'obbligo del soggetto che serra di retribuire i propri dipendenti: tale obbligo consegue alla illiceità civile della sospensione del rapporto di lavoro da parte del datore di lavoro. In altre parole, «la presenza di una serrata in senso tecnico non si presenta (...) logicamente incompatibile con la sussistenza del fenomeno dell'astensione dalle udienze, diversamente qualificata e riconosciuta a livello costituzionale».

¹¹³ Per un approfondimento sulle alternative interpretazioni circa la qualificazione del diritto dell'avvocato di astenersi dalle udienze, si rimanda ai paragrafi successivi. In particolare, per la soluzione fornita dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 171 del 1996 e per le successive interpretazioni della suddetta pronuncia, vedi par. 5, 6.

¹¹⁴ Cass., 5 giugno 1986, Matrone, in *C.e.d.*, 174285; Cass., 16 maggio 1986, Autiero, *ivi*, 173499; Cass., Sez.Un., 1 febbraio 1991, in *Foro it.*, 1991, I, 1319.

¹¹⁵ NUNZIATA, *Sulla necessità e urgenza di regolamentare l'astensione collettiva dalle udienze di avvocati e procuratori legali*, in *Arch. n. proc. pen.*, 1995, 555.

¹¹⁶ LISI, *op. cit.*, 346.

¹¹⁷ Vedi VALCAVI, *op. cit.*, 417; parla di libertà degli avvocati di astenersi, Cass., Sez. Un., 1 febbraio 1991, in *Foro it.*, 1991, I, 1319; utilizza l'espressione «diritto di libertà» di ogni cittadino di astenersi da ciò che non è tenuto a fare per legge Pret. Roma, 9 giugno 1995, in *Riv. it. dir. lav.*, 1996, II, 293.

¹¹⁸ G.i.p. Roma, 8 giugno 1995, in *Arch. n. proc. pen.*, 1995, 555.

Nel paragrafo seguente si cercherà di illustrare le proposte definitorie più interessanti avanzate nell'ambito del panorama dottrinale: la varietà e diversità dei contenuti delle ricostruzioni che ci accingiamo ad esporre testimonia ancora una volta la rilevante difficoltà che gli interpreti hanno dovuto fronteggiare per inquadrare a livello giuridico il fenomeno oggetto della presente indagine.

6. Alla ricerca di un fondamento costituzionale del diritto di astensione dell'avvocato: le opinioni della dottrina. La libertà di associazione e di organizzazione sindacale e la garanzia di libertà economica

Esclusa la riconducibilità delle astensioni collettive dalle udienze degli avvocati alle figure dello sciopero e della serrata, è opportuno soffermare l'attenzione sulle posizioni della dottrina circa la qualificazione giuridica dell'astensione collettiva dalle udienze degli avvocati. Infatti, a fronte dell'effettiva difficoltà di inquadrare il fenomeno, in dottrina si sono registrati plurimi tentativi di ravvisare una giustificazione costituzionale del medesimo¹¹⁹.

L'esigenza, così avvertita dagli esponenti del panorama dottrinale italiano, di verificare l'esistenza o meno di un fondamento costituzionale delle astensioni collettive forensi deriva dalla necessità di fornire o, al contrario, negare una giustificazione a una condotta profondamente incidente sul godimento di diritti costituzionali immanenti al processo: infatti, solo qualora fosse stata accertata la natura costituzionale del diritto all'azione collettiva dell'avvocato, si sarebbe potuto considerare accettabile il «sacrificio» sofferto, a esito di un ragionevole bilanciamento, «dei diritti costituzionalmente protetti» dei soggetti coinvolti nel procedimento nonché di quelli generali dell'ordinamento¹²⁰; invece, nel caso in cui si fosse negato alcun ancoraggio costituzionale alle agitazioni, il diritto ad astenersi dalle udienze avrebbe dovuto di certo arretrare rispetto ai più importanti beni costituzionali in gioco, per l'impossibilità di «giustificare che un comportamento privo di garanzia costituzionale» potesse condizionare il godimento di diritti tutelati dalla Carta fondamentale¹²¹.

Nel panorama dottrinale, in particolare quello costituzionalista, non sono mancate le voci che hanno qualificato il fenomeno astensionista una manifestazione concreta del principio

¹¹⁹ LISI, *Brevi note sullo «sciopero» degli avvocati*, in *Giur. lav. Lazio*, 1995, 346.

¹²⁰ Per una più attenta analisi dei valori costituzionali inerenti il processo penale messi a repentaglio dalle suddette iniziative vedi par. 8.

¹²¹ GIANFRANCESCO, *Lo «sciopero»*, cit., 43, 44.

contenuto nel primo comma dell'art. 39 Cost., il quale stabilisce che «l'organizzazione sindacale è libera»¹²².

La suggestione che conduce a fondare l'azione collettiva sulla libertà sindacale ha origini lontane: un filone interpretativo inaugurato dalla Corte costituzionale ha portato a pensare che la suddetta libertà necessariamente comprenda in sé anche il profilo dinamico dell'organizzazione, ossia tutte quelle attività poste in essere dalle medesime a tutela degli interessi collettivi¹²³. Il riconoscimento della libertà di azione sindacale, quindi, ha come conseguenza l'attrazione alla garanzia costituzionale fornita dall'art. 39 Cost. – non solo delle attività di scelta delle forme e regole di disciplina dell'assetto interno, la definizione di obiettivi e degli strumenti dell'azione sindacale¹²⁴, ma, anche – di tutti gli altri comportamenti materiali rivolti alla tutela degli interessi dell'organizzazione, tra i quali, di conseguenza, dovrebbe essere ricompresa anche la condotta astensionista¹²⁵. La tesi per la quale la libertà sindacale dovrebbe essere intesa anche come libertà di lotta, per cui tutte le azioni collettive non riconducibili all'alveo dello sciopero in senso tecnico *ex art.* 40 Cost. dovrebbero essere ricondotte all'art. 39 Cost.¹²⁶, si infrange inesorabilmente contro alcune insuperabili obiezioni.

In primis, non è pacifico in dottrina se sia possibile riferire la suddetta libertà sindacale anche a lavoratori diversi da quelli subordinati, ossia datori di lavoro e lavoratori autonomi: osterebbe in questo senso la presenza di un interesse individuale del singolo,

¹²² CARINCI, DE LUCA TAMAJO, TOSI, TREU, *Il diritto sindacale*, 56. Di tale opinione è dato conto anche da GIANFRANCESCO, *Lo "sciopero"*, cit., 48 ss.

¹²³ È un'affermazione compiuta per la prima volta dalla Corte costituzionale nella sentenza Corte cost., 4 maggio 1960, n. 29, in *Giur. cost.*, 1960, 497 ss., in cui la Corte dichiarava l'illegittimità costituzionale della fattispecie penale che puniva la serrata dei datori di lavoro per la violazione della garanzia della libertà sindacale offerta dal combinato disposto dell'art. 39 e 40 Cost.; nella motivazione della sentenza, la Corte affermava che «il significato dell'art. 39 non può essere circoscritto entro i termini angusti di una dichiarazione di mera libertà organizzativa, mentre, invece, nello spirito delle sue disposizioni e del collegamento con l'art. 40, esso si presenta come affermazione integrale della libertà di azione sindacale». In questo senso, vedi anche Corte cost., 15 dicembre 1967, n. 141 in *Giur. cost.*, 1671; Corte cost., 17 marzo 1969, n. 31, in *Giur. cost.*, 1969, 431.

¹²⁴ Tali attività corrispondono al cosiddetto "profilo statico" dell'organizzazione, il quale inerisce, come è facilmente intuibile, alla pianificazione dell'organizzazione medesima.

¹²⁵ CARINCI, DE LUCA TAMAJO, TOSI, TREU, *Il diritto sindacale*, 56. L'unione dei due profili, quello statico-organizzativo e quello dinamico di azione sindacale, costituirebbe l'elemento discretivo tra la libertà sindacale *ex art.* 39 Cost. e quella più generale e ampia di associazione *ex art.* 18 Cost. In questo senso, GIUGNI, *Diritto sindacale*, Cacucci editori, 2008, 60.

¹²⁶ CARINCI, DE LUCA TAMAJO, TOSI, TREU, *Il diritto sindacale*, 56.

inconciliabile con la natura collettiva dell'interesse fatto valere dal gruppo attraverso l'iniziativa sindacale¹²⁷.

La principale critica mossa alla suddetta ricostruzione, però, inerisce all'impossibilità di far discendere da una norma posta a tutela di un fenomeno associativo un diritto d'azione in capo ai partecipanti, funzionale al raggiungimento delle finalità dell'organizzazione sindacale medesima; su tale piano, la dottrina ha sottolineato come la Costituzione abbia posto su due livelli distinti la garanzia dell'organizzazione in senso stretto dall'attività svolta dai partecipanti alla medesima, dedicando ai due aspetti disposizioni costituzionali distinte. Tale intenzione, infatti, traspare chiaramente dal fatto che il costituente abbia affermato la libertà di organizzazione sindacale in una disposizione costituzionale distinta rispetto a quella, contenuta nell'art. 40 Cost., dedicata al «più rilevante (...) dei mezzi di azione sindacale di tipo conflittuale»¹²⁸.

Altri autori¹²⁹, invece, hanno invocato il secondo comma dell'articolo 3 Cost., intendendo le astensioni forensi come lo strumento eletto dagli avvocati per realizzare una loro partecipazione quanto più attiva alla vita politica, economica e sociale del paese orientata all'obiettivo di raggiungere una sostanziale uguaglianza tra i cittadini. Tale affermazione risente di un'interpretazione della dottrina costituzionalista che valorizzava il suddetto parametro per legittimare l'esercizio dello sciopero *ex art.* 40 Cost., in particolare di quello a finalità politica¹³⁰.

¹²⁷ La non riferibilità dell'art. 39 Cost. a datori di lavoro e lavoratori autonomi è stata autorevolmente sostenuta da Santoro PASSARELLI, *Sulla libertà sindacale dell'imprenditoria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1976, 170 e GIUGNI, *Commento all'art. 39 Cost., Commentario alla Costituzione*, a cura di Branca e Zanichelli, Il Foro Italiano, 1979, 270: entrambi gli A. lo escludono, valorizzando la natura individuale, e non collettiva, dell'interesse fatto valere dall'imprenditore. La tesi che però oggi sembra prevalere è quella contraria: quest'ultima ravvisa un interesse collettivo nella coalizione di lavoratori non dipendenti che condividono interessi comuni e perseguono un vantaggio per il gruppo; la coesistenza dei suddetti elementi basterebbe per integrare i connotati fondamentali ed essenziali di un'organizzazione sindacale. GIANFRANCESCO, *Lo "sciopero"*, cit., 50. Per la riferibilità della libertà sindacale anche al datore di lavoro vedi ESPOSITO, *Lo Stato e i sindacati nella costituzione italiana*, in *La costituzione italiana. Saggi*, Cedam, 1954, 164. Più recentemente, TOPO, *Tutela e rappresentanza degli interessi collettivi nel lavoro autonomo*, in *Lav. Dir.*, 1997, 203 ss., oltre che SANTONI, *L'organizzazione e l'azione sindacale dei professionisti*, in *Dir. lav.*, 1999, I, 1.

¹²⁸ GIANFRANCESCO, *Lo "sciopero"*, cit., 52, 53. L'intenzione del legislatore traspare chiaramente anche dalla scelta compiuta all'interno dell'art. 39 Cost. di collocare al primo comma l'affermazione della libertà di organizzazione sindacale rispetto a quello in cui è disciplinata la contrattazione collettiva, ossia il comma che chiude la disposizione in esame.

¹²⁹ LISI, *op. cit.*, 347 e PANUCCIO, *Astensioni forensi: abbandono di difesa?*, in *Rass. For.*, 1996, 8.

¹³⁰ Parte della dottrina costituzionalista, infatti, commentando la sentenza Corte cost., 23 luglio 1974, n. 240, in *Giur. cost.*, 1974, 2758 – con la quale la Corte ha richiamato il secondo comma dell'art. 3 Cost. per

A un'analisi più attenta, però, dall'art. 3 comma 2 Cost. sarebbe possibile trarre solo un obbligo, in capo ai pubblici poteri di elidere quelle disuguaglianze economiche e sociali «che alterano la parità delle condizioni di partenza a scapito della capacità e del merito individuali e di una identica potenzialità di affermazione»¹³¹ e, di conseguenza, il precetto costituzionale non potrebbe essere invocato dagli avvocati per legittimare il loro comportamento astensionista¹³².

Pur mettendo da parte quest'ultima interpretazione e ammettendo la validità della tesi che valorizza massimamente la caratteristica della debolezza socio-economica di una determinata categoria al fine di legittimare comportamenti finalizzati alla propria inclusione nel circuito decisionale parlamentare e governativo, è evidente che quest'ultima condizione di sottoprotezione non connota la categoria forense, «da sempre centrale nella vita sociale, prima ancora che economica, del Paese»¹³³.

Una tesi affiorata in dottrina che, più di altre¹³⁴, offre spunti di riflessione è quella che ravvisa il fondamento costituzionale del fenomeno astensionista nella garanzia dell'iniziativa economica privata sancita dall'art. 41 Cost.¹³⁵

L'opportunità di ricollegare le astensioni forensi dalle udienze alla garanzia di libertà economica si è dimostrata assai suggestiva poiché la lettera della disposizione costituzionale sembra offrire una risposta soddisfacente all'esigenza che attraversa da

fondare la liceità penale dello sciopero – ha valorizzato il riferimento alla disposizione in questione per affermare che attraverso lo sciopero i lavoratori perseguono la realizzazione di una loro effettiva partecipazione all'organizzazione politica, sociale ed economica del paese; in questo senso si veda ONIDA, *Due passi avanti e uno indietro in tema di valutazione costituzionale dello sciopero*, in *Giur. cost.*, 1974, 3394; il diritto di sciopero per VILLONE, *Sciopero e solidarietà nella Costituzione italiana*, 12, ha un grado di intrinseca politicità in quanto lo definisce uno «strumento utilizzato dai componenti della collettività per modificare a proprio favore la distribuzione della ricchezza e, più in generale, gli equilibri esistenti nel sistema politico, economico e sociale».

¹³¹ GROSSI, *op. cit.*, 285.

¹³² Secondo GROSSI, *op. cit.*, 235, i diritti di libertà non consistono in situazioni attive di *agere licere*. Per la tesi opposta, vedi PACE, *op. cit.*, 25 ss.

¹³³ GIANFRANCESCO, *Lo "sciopero"*, cit., 75.

¹³⁴ Alcuni autori, anche se in maniera fugace e poco approfondita, come MENGHINI, *Le regole applicabili allo "sciopero"*, cit., 293 oltre a NUNZIATA, *Sulla necessità e urgenza di autoregolamentare*, cit., 555, hanno ritenuto di collegare il fenomeno astensionista al diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero ex art. 21 Cost., il cui richiamo è stato considerato come inconfidente da GIANFRANCESCO, *Lo "sciopero"*, cit., 58, il quale ha facilmente confutato la tesi secondo la quale l'astensione dalle udienze integri una delle possibili espressioni della libertà di manifestare il proprio pensiero attraverso la constatazione per cui, dal punto di vista ontologico, tale libertà costituzionale non può coincidere con il compimento di atti materiali diretti alla concretizzazione del proprio pensiero: in altre parole, la manifestazione delle proprie idee o propositi è cosa ben diversa dall'attuazione concreta delle medesime.

¹³⁵ Tale tesi è sostenuta da GIANFRANCESCO, *Lo "sciopero"*, cit., 79 ss.

sempre la tematica dei conflitti collettivi nell'ambito dei servizi pubblici, ossia quella di garantire un equilibrato contemperamento tra opposti interessi in conflitto tra loro.

In effetti, dopo aver sancito al comma 1 il carattere libero dell'iniziativa economica privata, al comma 2 il medesimo articolo limita la suddetta libertà, affermando che la medesima «non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana». Se il riferimento all'«utilità sociale» non pare assumere rilievo per la tematica ivi affrontata, si è invece valorizzato, al fine di sostenere la tesi in discorso, il limite della «libertà» e della «sicurezza»; il concetto di libertà, infatti, è stato interpretato come evocativo del complesso di libertà costituzionalmente garantite che possono essere pregiudicate dallo svolgimento dell'iniziativa economica privata¹³⁶, mentre il limite della sicurezza è stata intesa come necessità di proteggere e garantire «gli interessi essenziali per la continuità dell'ordinamento statale»¹³⁷.

In base a tale interpretazione, quindi, in un ottica di bilanciamento tra i contrapposti diritti in gioco – da una parte quello a protestare in capo alla categoria degli avvocati e dall'altra gli altri valori costituzionali coinvolti nel processo penale – l'art. 41 Cost. offrirebbe la possibilità di dare un corretto rilievo, grazie al richiamo al concetto di libertà, ai diritti individuali sottesi al procedimento penale, e contemporaneamente anche ai principi generali del medesimo processo attraverso il riferimento alla sicurezza¹³⁸.

La lettera del secondo comma dell'art. 41 Cost., oltre a stabilire la necessità di tale contemperamento, definisce con sufficiente chiarezza anche in quale modo deve concretamente avvenire suddetta operazione di bilanciamento, indicando il momento in cui la libertà economica deve cedere a fronte di altri diritti costituzionali¹³⁹: a norma del secondo comma dell'art. 41 Cost., infatti, l'iniziativa economica verrà sacrificata nel

¹³⁶ GIANFRANCESCO, *Lo "sciopero"*, cit., 102; In senso adesivo, BALDASSARRE, *Iniziativa economica e privata*, 602, per il quale il richiamo alla libertà contenuto nel secondo comma dell'art. 41 Cost. deve essere interpretato nel senso che l'attività economica privata non può in alcun caso «costituire in impedimento al concreto perseguimento del bene» che i diritti costituzionali individuali intendono proteggere.

¹³⁷ GIANFRANCESCO, *Lo "sciopero"*, cit., 85.

¹³⁸ GIANFRANCESCO, *op. ult. cit.*

¹³⁹ GIANFRANCESCO, *Lo "sciopero"*, cit., 104 parla in proposito di «punto di recessività» della libertà economica.

momento in cui rechi danno alla sicurezza e alla libertà¹⁴⁰. Alla previsione del comma secondo dell'art. 41 Cost. consegue, quindi, che la libera iniziativa privata debba recedere solamente nell'ipotesi di produzione di un danno effettivo ai beni di libertà e di sicurezza considerati nella medesima disposizione costituzionale, escludendone così la soccombenza automatica della libertà *ex art. 41 Cost.* in occasione di qualsiasi ipotesi di conflitto¹⁴¹. Alla tesi volta a ricondurre all'alveo dell'art. 41 Cost. il fondamento costituzionale del fenomeno delle astensioni collettive forensi sono state mosse plurime obiezioni. *In primis*, secondo l'opinione tradizionale, l'ambito di applicazione dell'art. 41 Cost. non potrebbe essere allargato fino a ricomprendervi anche l'attività svolta dagli avvocati poiché la garanzia assicurata dalla norma in esame sarebbe circoscritta alle sole attività imprenditoriali in senso stretto¹⁴², ossia quelle che si realizzano attraverso una «destinazione dei beni capitali al processo produttivo» che abbia come esito la produzione di risorse materiali¹⁴³. Tale angusta lettura del dettato costituzionale, però, non pare in linea con le intenzioni del legislatore costituzionale, il quale, quando ha voluto, ha utilizzato senza porsi particolari problemi la nozione specifica di impresa: tale dato suggerirebbe che la formula più generale utilizzata nell'art. 41 Cost. sia riferita a una gamma di fattispecie più ampia¹⁴⁴.

Di conseguenza, anche senza accogliere la tesi più estensiva che tende a ricomprendere ogni attività economicamente rilevante nell'ambito di applicazione dell'art. 41 Cost.¹⁴⁵,

¹⁴⁰ Il testo costituzionale recita, più precisamente: «Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana».

¹⁴¹ GIANFRANCESCO, *op. ult. cit.*, il quale aggiunge significativamente che è «la produzione di un danno effettivamente e direttamente lesivo della situazione protetta ad escludere ogni idea di aprioristica subordinazione della libertà economica nei confronti delle situazioni soggettive ed oggettive sottese ai limiti della libertà, sicurezza, dignità».

¹⁴² BALDASSARRE, *Iniziativa economica privata*, in *Enc. dir.*, XXI, Giuffrè, 1971, 594, oltre a CATELANI, *Gli ordini e i collegi professionali nel diritto pubblico*, Giuffrè, 1976, 101.

¹⁴³ BALDASSARRE, *op. cit.*, 594 e, prima ancora, SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, Jovene, 1959, 70 ss.

¹⁴⁴ Il costituente ha utilizzato il termine "impresa" nell'art. 43 Cost., a proposito delle nazionalizzazioni; in questo senso GIANFRANCESCO, *Lo "sciopero"*, cit., 92. Lo stesso A. ha osservato, inoltre, che la suddetta interpretazione, modellata sulla figura del capitalista, condurrebbe a escludere dall'ambito della tutela ampi ambiti del mondo economico contemporaneo, caratterizzato da una sempre più spiccata smaterializzazione dell'economia. In questo senso anche BALDASSARRE, *op. cit.*, 1203.

¹⁴⁵ Secondo la tesi formulata da ESPOSITO, *op. cit.*, 152 ss., l'art. 41 Cost. sarebbe la chiave di volta della disciplina dei rapporti economici contenuti nel titolo III della prima parte della Costituzione e disciplinerebbe, oltre all'attività imprenditoriale in senso stretto, anche il lavoro autonomo, quello subordinato ed, addirittura, l'attività sindacale. Qualsiasi «attività singola o associata per il perseguimento di fini economici e di benessere», secondo la visione espositiana, sarebbe regolata dalla suddetta

non dovrebbero sussistere dubbi circa l'idoneità della suddetta libertà a ricomprendere anche l'attività del libero professionista¹⁴⁶, e, quindi, anche quella dell'avvocato¹⁴⁷.

Il secondo ostacolo all'adozione della tesi appena esposta coincide con la delimitazione dei confini dell'oggetto della tutela offerta dalla disposizione costituzionale in questione; in particolare, ci si è chiesti se le iniziative di protesta poste in essere dalla categoria

disposizione. Tale interpretazione del dettato costituzionale, capace di conferire la massima latitudine possibile alla garanzia della libera iniziativa economica, è stata accolta anche da MAZZIOTTI, *Il diritto al lavoro*, Giuffrè, 152, il quale definisce atto di iniziativa economica privata «qualunque attività da cui possa derivare un vantaggio economico per chi la svolge». La suddetta impostazione, però, è stata criticata per aver assimilato la portata e i limiti, in realtà assai eterogenei, del lavoro subordinato, autonomo e del lavoro imprenditoriale. In particolare, BALDASSARRE, *Lo sciopero e i "limiti" dell'art. 41 della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1965, 1965 ss., sottolinea come i limiti posti dal secondo e terzo comma dell'art. 41 Cost. non siano applicabili al lavoro subordinato.

¹⁴⁶ A tale conclusione è arrivato GIANFRANCESCO, *Lo "sciopero"*, cit., 82, il quale ha rinnegato la risalente interpretazione per cui l'attività del professionista intellettuale, se pur esercitata per finalità economiche, non poteva essere considerata attività di per sé economica perché giudicata diversa e superiore rispetto a tutte le altre professioni minori che risultavano, invece, tese interamente alla realizzazione di utili economici. La professione intellettuale, caratterizzata dai connotati della liberalità, ossia l'impegno di competenze professionali personali al fine del soddisfacimento dei bisogni altrui, e dell'intellettualità, ossia la prevalenza dell'impiego di risorse psichiche rispetto a quelle fisiche, si sarebbe posta su un piano diverso rispetto alla dimensione pragmatica ed economicista permeante l'art. 41 Cost. Per questa «concezione trionfalistica delle professioni» vedi BUONOCORE, *Primi orientamenti della giurisprudenza onoraria in tema di società delle professionali*, in *Giur. comm.*, 1976, 100. Tale ostacolo è stato agilmente superato dall'osservazione per la quale l'attività del libero professionista è pur sempre un'attività volta alla produzione di ricchezza mediante l'investimento di risorse umane e strumentali e, quindi, è assai difficile negare, nell'ambito del contesto sociale contemporaneo, il carattere economico di un'attività che miri concretamente quantomeno a coprire la copertura dei costi sopportati attraverso i ricavi, ossia la remunerazione dei servizi resi. In questo senso, GIANFRANCESCO, *Lo "sciopero"*, cit., 92. Tali conclusioni valgono anche per le professioni intellettuali, svolte anch'esse attraverso il metodo economico, come constatato da MARCHETTO, PRADI, *Professioni intellettuali*, in *Dig. disc. priv.*, XV, Giappichelli, 1997, 356, il quale afferma che «i professionisti intellettuali sono al pari degli imprenditori, produttori di ricchezza, caratteristica questa non esclusa dalla componente conoscitiva del servizio offerto, produzione che avviene attraverso lo svolgimento di un'attività di intermediazione di servizi, intellettuali, che il prestatore d'opera intellettuale fornisce, dietro un corrispettivo di scambio».

¹⁴⁷ Per una conferma "estrinseca" della correttezza di tale conclusione, si guardi alla giurisprudenza della Corte di Giustizia europea, la quale ha dimostrato di ripudiare qualsiasi distinzione basata sul concetto restrittivo di "impresa", dando rilievo a qualsiasi attività economica, a prescindere dallo *status* giuridico e dalle modalità di finanziamento dell'entità che la pone in essere. In questo senso, Corte di Giustizia europea, 18 giugno 1998, Gulmann, in *Giur. it.*, 1999, 557, con nota di BERTOLOTTI, *Una pronuncia della Corte di Giustizia: lo spedizioniere doganale, il libero professionista, esercita attività di impresa. Sulla nozione comunitaria di impresa*. In riferimento alla particolare professione intellettuale forense, invece, si veda BASTIANON, *Due pronunce, tanti problemi, nessuna soluzione: ovvero gli avvocati e l'antitrust secondo la Corte di Giustizia*, in *Foro it.*, IV, 2002, 188 che commenta la sentenza della Corte di Giustizia europea, 19 febbraio 2002, Wouters, la quale accoglie gli avvocati nella categoria degli esercenti attività imprenditoriale ai sensi degli artt. 85, 86, 90 del Trattato, nonostante la natura complessa e tecnica dei servizi da medesimi offerti e il fatto che l'esercizio della professione sia oggetto di specifica regolamentazione: alla base di ciò traspare la considerazione per la quale gli avvocati forniscono, a fronte di un corrispettivo, un servizio di consulenza ed assistenza legale, assumendo i rischi connessi dall'esercizio di tale attività.

forense potessero essere ricomprese concretamente nella suddetta garanzia costituzionale. Infatti, secondo una prima tesi, l'esegesi della disposizione porterebbe a scindere nettamente il primo comma dell'art. 41 Cost. dalla restante parte della disposizione: l'affermazione della libertà dell'iniziativa economica privata, contenuta nel primo comma, è stata da alcuni interpretata nel senso di ritenere che l'oggetto della tutela costituzionale sarebbe da limitarsi all'atto «di determinazione allo svolgimento di un'attività economicamente ritenuta vantaggiosa», dovendosi negare l'inclusione nell'ambito della stessa garanzia lo «svolgimento» della stessa iniziativa, regolato dal secondo e terzo comma del medesimo articolo¹⁴⁸; tale interpretazione – che si basa sulla separazione netta della disposizione costituzionale in due parti distinte – non appare meritevole di accoglimento poiché un'azione senza il suo svolgimento non è altro che un'astrazione sterile¹⁴⁹: non avrebbe senso, infatti, riconoscere una libertà senza garantire tutte le iniziative che ne rappresentano il concreto compimento¹⁵⁰. Contrariamente a quanto sostenuto dalla suddetta tesi, infatti, è stato affermato che sia invece doveroso ricollegare un comportamento inerente allo svolgimento dell'attività economica, come quello astensionista degli avvocati, alla tutela offerta dall'art. 41 Cost.¹⁵¹.

Secondo tale ricostruzione, le astensioni collettive dalle udienze dovrebbero essere considerate garantite dalla disposizione poiché peculiare estrinsecazione pratica della libertà economica e professionale *ex art. 41 Cost.*: queste ultime, infatti, costituirebbero lo strumento con il quale il professionista forense cerca di tutelare la «potenzialità economica» della sua professione¹⁵². Tale ultima affermazione deve essere verificata alla

¹⁴⁸ Tale distinzione è operata da BALDASSARRE, *Iniziativa economica privata*, cit., 592 ss. Per il dibattito dottrinale sul punto, si rimanda a MARINI, *Il "privato" e la costituzione. Rapporto tra proprietà e impresa*, Giuffrè, 2000, 76 ss.; PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Lezione. Parte speciale*, 2^a ed., Cedam, 1992, 493.

¹⁴⁹ Secondo PACE, *op. cit.*, 462, la libertà economica privata si concretizza non solo nell'unica scelta di iniziativa economica ma pure in una serie di iniziative successive volte a rendere competitiva la propria attività economica nel mercato: si pensi, ad esempio, all'innovazione tecnologica, alla scelta della comunicazione pubblicitaria e alle modalità di espletamento del servizio.

¹⁵⁰ In questo senso, CAVALERI, *Iniziativa economica privata e costituzione "vivente". Contributo allo studio della giurisprudenza sull'art. 41 Cost.*, Cedam, 1978, 68, il quale definisce un «vicolo cieco» il riconoscimento della libertà di autodeterminarsi a una certa iniziativa economica senza che questa possa essere portata a compimento.

¹⁵¹ GIANFRANCESCO, *Lo "sciopero"*, cit., 85.

¹⁵² Per ricondurre le astensioni all'art. 41 Cost. è necessario dimostrare che le finalità perseguite attraverso tali iniziative rivendicative siano ricollegabili all'obiettivo ultimo di salvaguardare delle sufficienti condizioni di esercizio dell'attività professionale forense. In questo senso, GIANFRANCESCO, *op. cit.*, 96.

luce dell'esperienza concreta degli ultimi decenni: durante tale apprezzabile lasso di tempo, come abbiamo osservato in precedenza, le azioni di protesta forensi hanno perseguito finalità assai diverse¹⁵³. Vero è che storicamente si sono registrate delle iniziative di protesta indette dalla categoria forense al fine di contestare discutibili aspetti organizzativi degli uffici giudiziari e amministrativi, idonei a ostacolare l'ordinato svolgimento dell'attività professionale degli avvocati; rispetto a queste ultime iniziative, quindi, non pare possibile avanzare dubbi circa la possibilità di collegarle all'obiettivo della salvaguardia le condizioni di esercizio dell'attività professionale dell'avvocato. Al contrario, assai più problematico risulta giustificare la riconducibilità del fenomeno alla libertà costituzionale in questione in tutti quei casi in cui le iniziative rivendicative risultano organizzate per perseguire finalità politiche, ossia per protestare avverso discipline legislative in vigore o di futura introduzione o prassi e indirizzi interpretativi giurisprudenziali percepite come lesive di valori costituzionali inerenti alla difesa processuale¹⁵⁴.

Se per le astensioni rivolte a politiche legislative avvertite come lesive degli interessi professionali il collegamento con l'art. 41 Cost. è ravvisabile nella volontà di preservare l'integrità del proprio ruolo e attività all'interno del processo, per le proteste indirizzate avverso sentenze emesse da organi giudiziari si è osservato come queste ultime siano impossibili da giustificare alla luce del suddetto parametro costituzionale: tali manifestazioni, infatti, più che iniziative strumentali alla libertà economica ivi sancita, si affiancherebbero ai mezzi di gravame ordinari previsti dall'ordinamento, finendo per assumere la fisionomia di inaccettabili e arbitrari mezzi di pressione nei confronti degli organi giurisdizionali¹⁵⁵.

¹⁵³ Vedi *supra*, par. 1.

¹⁵⁴ GIANFRANCESCO, *Lo "sciopero"*, cit., 96 ss.

¹⁵⁵ GIANFRANCESCO, *Lo "sciopero"*, cit., 98. Lo stesso A., in un altro suo scritto, osserva che l'adozione della tesi che ricollega all'art. 41 Cost. le astensioni collettive forensi implicherebbe una conseguenza importante: quest'ultima, infatti, potrebbe portare a ritenere che, come il libero professionista astenendosi dalla prestazione lavorativa esercita la suddetta libertà di iniziativa economica privata, pure il datore di lavoro che serra dovrebbe godere della stessa copertura a livello costituzionale. Tale conclusione è contestata dall'osservazione per la quale vi è un elemento differenziale tra i due casi che ne giustifica il diverso trattamento costituzionale: nell'ipotesi dell'astensione collettiva, infatti, a differenza della serrata, non è coinvolto alcun lavoratore subordinato che subisce la rivendicazione: la protesta, seguendo lo schema classico del conflitto collettivo nell'ambito del settore dei servizi pubblici, si ripercuote unicamente sugli utenti del sistema della Giustizia. Così, GIANFRANCESCO, *L'ord. 116 del 2008*, cit., 2666. Sul tema anche PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, 2ª ed., Cedam, 1992, 170, nota 252.

Nell'ambito di questo eterogeneo e confuso quadro di proposte definitive, la voce stentorea della Corte costituzionale si imporrà attraverso la sentenza del 27 maggio 1996, n. 117: il paragrafo seguente sarà dedicato proprio all'esame della soluzione fornita dai giudici costituzionali al dibattito concernente l'esistenza di una giustificazione costituzionale delle astensioni collettive forensi.

7. Le manifestazioni di protesta collettiva nelle considerazioni della Corte costituzionale: l'individuazione del fondamento costituzionale delle astensioni forensi nel diritto di associazione *ex art. 18 Cost.* attraverso la sentenza del 27 maggio 1996, n. 117

Dopo la pronuncia del 31 marzo 1994, n. 114 – in occasione della quale i giudici costituzionali si sono limitati ad assumere una posizione attendista, ammettendo, da una parte, la generale legittimità delle astensioni forensi¹⁵⁶, e sollecitando, dall'altra, il legislatore a predisporre una specifica regolamentazione della materia¹⁵⁷ – la Corte costituzionale è tornata con determinazione sul tema attraverso la fondamentale sentenza del 27 maggio 1996, n. 171, ponendosi l'obiettivo di sciogliere in via definitiva la questione definitoria che aveva lacerato per anni giurisprudenza e dottrina, al fine di individuare, finalmente, la natura giuridica dell'astensione collettiva della classe forense, nonché di chiarire i rapporti tra la medesima e la fattispecie dello sciopero *ex art. 40 Cost.* È opportuno puntualizzare che il dibattito relativo all'inquadramento giuridico delle astensioni collettive forensi non si è risolto in una sterile diatriba dogmatica: l'esigenza di comprendere l'esatta qualificazione delle proteste – dalla quale consegue la definizione della portata e della rilevanza giuridica delle medesime – era derivata dalla necessità impellente di moderarne e governarne le manifestazioni concrete.

Tale urgenza emerse, infatti, allorché le astensioni, indette senza preavviso e a tempo indeterminato, divennero così frequenti da provocare una paralisi della funzione giurisdizionale non più tollerabile¹⁵⁸: a fronte di un'inescusabile latitanza del legislatore

¹⁵⁶ Corte cost., 31 marzo 1994, in *Giur. cost.*, 1994, 970. In quella occasione la Corte si era già resa conto delle potenzialità lesive del fenomeno e, in particolare, della situazione di anomia relativa al medesimo: i giudici costituzionali avevano, infatti, rilevato il pericolo insito nell'esercizio arbitrario della facoltà di indire proteste potesse provocare «la paralisi dell'esercizio della funzione giurisdizionale, con conseguente grave compromissione di fondamentali principi che il costituente ha inteso affermare». Nonostante la presa di coscienza circa la pericolosità dell'assenza di una legislazione specifica che disciplinasse compiutamente il fenomeno, la Corte non si spinge ad una pronuncia additiva a causa della maldestra formulazione del quesito da parte del giudice *a quo*: per questa ragione, la Corte si vide costretta ad adottare una pronuncia di inammissibilità, imposta dall'art. 25 Cost. Quest'ultimo parametro costituzionale ha impedito l'introduzione, attraverso una sentenza additiva richiesta dal giudice *a quo*, di una nuova ipotesi di sospensione del decorso della prescrizione, in aggiunta ai casi già previsti dalla legge.

¹⁵⁷ Nella sentenza Corte cost., 31 marzo 1994, cit., la Corte, non trovandosi nella condizione di formulare una sentenza di accoglimento, ha sollecitato il legislatore affinché cessassero le ingovernabili astensioni degli anni Novanta, definite come «situazioni del tutto patologiche», ritenendo non più tollerabile l'assenza di una loro regolamentazione legislativa, in ragione dell'idoneità di queste ultime, «al pari dello sciopero», di impedire il pieno esercizio di funzioni che assumono, come quella giurisdizionale, un risalto primario nell'ordinamento dello Stato». Dopo aver passato due anni ad attendere un intervento del legislatore invano, la Corte cerca decide di prendere una posizione netta e fornisce una risposta all'emergenza istituzionale attraverso la sentenza n. 171 del 1996.

¹⁵⁸ In particolare per le nefaste conseguenze sui termini di prescrizione e di custodia cautelare in carcere, come avremo modo di esaminare più approfonditamente nel seguente capitolo. Nei due anni seguenti al monito espresso nella sentenza n. 171 del 1996, infatti, il legislatore ha continuato a rimanere indifferente di fronte al fenomeno astensionista forense, mentre la situazione ha continuato a precipitare, «a tal punto da destare allarme per il ripetersi di astensioni non regolamentate, sì che acuto è il disagio e concreto i

– inerte al chiaro monito a lui rivolto dalla sentenza n. 114 del 1994 – la Corte si sentì legittimata a intervenire in maniera più risoluta rispetto al passato. Infatti, muovendo dalla constatazione per la quale le manifestazioni incontrollate di protesta forensi stavano arrecando un «concreto pregiudizio per l'amministrazione della giustizia e conseguentemente per i diritti fondamentali della persona che in essa trovano tutela»¹⁵⁹, la Corte decise che la rimozione di tale situazione patologica non potesse essere rinviata ulteriormente¹⁶⁰.

In una certa prospettiva, la Corte costituzionale appare, in effetti, l'organo istituzionale più adatto a sciogliere il dubbio circa la natura dell'astensione collettiva dalle udienze: a essere pregiudicati dalle astensioni dalle udienze degli avvocati e dalla conseguente paralisi della funzione giurisdizionale, infatti, sono indubbiamente dei beni costituzionali prioritari, quali il diritto di azione e di difesa *ex art. 24 Cost.* dei soggetti coinvolti nel procedimento e il principio di buon andamento della pubblica amministrazione previsto dall'*art. 97 Cost.*

La sentenza n. 171 del 1996 si rivelerà uno snodo fondamentale per la sistemazione della materia cui la presente indagine è dedicata, tracciando un solco che, come vedremo, orienterà gli sviluppi successivi della disciplina delle astensioni collettive forensi; a tale decisione, inoltre, deve essere riconosciuto il merito di aver fornito una definitiva sistemazione costituzionale al fenomeno, segnando così la tappa risolutiva del dibattito inerente all'inquadramento giuridico delle astensioni dalle udienze¹⁶¹. La Corte assicura e rinviene nel dettato costituzionale un sicuro spazio di protezione per l'astensione collettiva posta in essere dagli avvocati e, più in generale, da tutti quei lavoratori che svolgono la loro attività in condizioni di indipendenza. In questa occasione, infatti, i

pregiudizio per l'amministrazione della giustizia e, conseguentemente, per i diritti fondamentali della persona che in essa trovano tutela». Così Corte cost., 27 maggio 1997, 171, cit.

¹⁵⁹ Corte cost., 27 maggio 1996, n. 171, cit.

¹⁶⁰ L'improrogabilità di una soluzione per la situazione, ormai emergenziale, causata dalle continue e incontrollate astensioni dalle udienze degli avvocati è testimoniata anche dal notevole numero di questioni di legittimità costituzionale – ben 94 – sollevate dai giudici, sia ordinari che militari, tra il maggio e il giugno del 1995; come si vedrà approfonditamente in seguito, la Corte decise di affrontarle con un'unica sentenza, la quale, per la complessità e l'ampiezza dei profili sollevati nelle ordinanze di rimessione non fornirà una risposta esauriente e completa, rinviando per la soluzione di alcuni aspetti problematici al legislatore o al giudice. In questo senso, MENGHINI, *L'astensione dalle udienze*, cit., 90.

¹⁶¹ In questo senso DI FILIPPO, *Sui rapporti tra l'astensione dalle udienze degli avvocati e il diritto di sciopero alla luce della sent. n. 171 del 1996 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1996, 1586.

giudici costituzionali hanno rilevato all'interno del sistema costituzionale la presenza di un'area, connessa al diritto di associazione, costituita dalla libertà di formare «aggregazioni sociali di varia natura che possono esprimersi anche mediante astensioni collettive dal lavoro»¹⁶². Attraverso tale passaggio la Corte non si limita a ribadire la legittimità delle astensioni dalle udienze degli avvocati, già sostenuta nella sua precedente pronuncia n. 114 del 1994, ma si spinge a individuare un solido fondamento costituzionale per le medesime¹⁶³: la reale portata della pronuncia in commento deve essere rinvenuta proprio in tale riconoscimento.

Secondo la Corte, infatti, la copertura costituzionale delle astensioni collettive forensi travalica l'angusto perimetro tracciato dall'art. 40 Cost.: le manifestazioni di protesta indette – non solo dagli avvocati, ma – dalla generalità dei liberi professionisti e dei lavoratori autonomi affondano le loro radici nella libertà di associazione. In questo modo, la tradizionale e rigida dicotomia tra sciopero dei lavoratori subordinati e serrata dei datori di lavoro viene finalmente superata¹⁶⁴: per la prima volta è stato riconosciuto così il «potere di coalizione di gruppi di lavoratori diversi dai lavoratori subordinati» e vengono ammantate di dignità costituzionale le manifestazioni di protesta degli appartenenti ad una categoria fino ad allora ignorata, irriducibile alla categorizzazione classica.

In altre parole, attraverso la pronuncia in commento la Corte riconosce la libertà di ogni formazione sociale a coalizzarsi e a dar vita a delle iniziative di protesta, rinvenendone il fondamento in «un'area, connessa alla libertà di associazione, che è oggetto di salvaguardia costituzionale ed è significativamente più estesa rispetto allo sciopero»¹⁶⁵.

¹⁶² L'astensione collettiva dal lavoro è quindi configurata come una possibile manifestazione del fenomeno associativo *ex art. 18 Cost.*; Corte cost., 27 maggio 1996, n. 171, cit.

¹⁶³ L'astensione dalle udienze degli avvocati è definita una «manifestazione incisiva della dinamica associativa volta alla tutela di questa forma di lavoro autonomo» ed «essa non può essere ridotta a una mera facoltà di rilievo costituzionale». Così Corte cost., 27 maggio 1996, n. 171, cit.

¹⁶⁴ Vedi par. 2 e 3 del presente cap. In questo senso vedi PILATI, *op. cit.*, 199 ss. L'A. sostiene che, riconoscendo «l'esistenza di un fondamento costituzionale anche per alcune forme di autotutela collettiva diverse dal tradizionale paradigma di sciopero», in tal modo la Corte riesca finalmente a superare «la convinzione – maturata nelle strettoie della dicotomia tra lo sciopero, qualificato come diritto dall'art. 40 Cost., e la serrata, per la quale il silenzio della Costituzione è sembrato precludere inesorabilmente tale qualificazione – che, al di fuori del campo di applicazione dell'art. 40 Cost. e quindi della nozione di sciopero, non esistano altri fondamenti costituzionali, su cui basare un diritto di astensione collettiva dal lavoro».

¹⁶⁵ Corte cost., 27 maggio 1996, n. 171, cit.

Attraverso tali affermazioni, i giudici costituzionali dimostrano evidentemente di non condividere la tesi, proposta in precedenza sia nell'ambito del panorama giurisprudenziale sia in quello dottrinale, che tendeva ad assimilare l'astensione collettiva forense allo sciopero in senso tecnico.¹⁶⁶

La Corte, infatti, esclude con decisione che l'astensione collettiva forense possa essere attratta nell'orbita del diritto di sciopero, consacrato nell'art. 40 della nostra Carta fondamentale. L'impossibilità di qualificare giuridicamente il fenomeno delle astensioni dalle udienze in termini di sciopero è giustificata dalla Corte, in modo abbastanza sbrigativo, dall'assenza dei «tratti tipici» di quest'ultimo: tale considerazione è motivata dalla mancanza, nella condizione sociale e lavorativa degli avvocati, del connotato di «non indipendenza» dei titolari del diritto costituzionale di sciopero, rivelatore della loro «debolezza economica». Secondo il ragionamento svolto nella motivazione della sentenza costituzionale in commento, sarebbe sufficiente prendere atto del fatto che l'avvocato sia un libero professionista che svolge «la propria attività in condizioni di indipendenza» per affermare l'irriducibilità della protesta forense allo sciopero in senso tecnico e trarne, di conseguenza, l'impossibilità per l'avvocato astinente di godere della specifica protezione offerta dall'art. 40 Cost.¹⁶⁷.

L'astensione collettiva, attraverso le autorevoli parole dei giudici costituzionali, conquista in questo modo una «sua propria identità» – intesa come autonomia concettuale – che la distingue dalla fattispecie di sciopero; tuttavia, secondo un'affascinante lettura¹⁶⁸, le parole della Corte suggeriscono che i due fenomeni non siano del tutto estranei: oltre alla – già nota – comune capacità di compromettere l'ordinato svolgimento di funzioni che ricoprono un ruolo fondamentale nell'ordinamento tra lo sciopero e l'astensione collettiva forense sarebbe possibile scorgere un rapporto di «identica derivazione»: entrambe le tipologie di protesta, infatti, trarrebbero origine dalla libertà di

¹⁶⁶ Come abbiamo visto estesamente in par. 2 del presente capitolo.

¹⁶⁷ Corte cost., 27 maggio 1996, n. 171, cit. La Corte nella pronuncia considerata non prende in considerazione tutti gli argomenti utilizzati dalla dottrina e giurisprudenza precedenti per escludere la riconducibilità dell'astensione collettiva forense al diritto di sciopero; ci si riferisce alla finalizzazione della lotta a obiettivi di politica del diritto o all'assenza di un sacrificio economico per l'avvocato conseguente alla scelta di aderire all'astensione collettiva. Per la disamina di tali argomenti, si rimanda al par. 3.

¹⁶⁸ DI FILIPPO, *op.cit.*, 1588.

associazione¹⁶⁹. In altre parole, le agitazioni degli avvocati e lo sciopero dei lavoratori subordinati costituirebbero *species* del più ampio *genus* dell'astensione collettiva del lavoro, essendo quest'ultima a sua volta una delle possibili espressioni della libertà associativa proclamata in Costituzione¹⁷⁰.

Come si è accennato poco prima, un altro punto di contatto tra i due fenomeni consiste nella capacità di entrambe le manifestazioni di protesta di impattare sul regolare svolgimento di funzioni fondamentali – come quella giurisdizionale – dirette alla salvaguardia di beni costituzionalmente garantiti di primaria importanza¹⁷¹; proprio al fine di assicurare i servizi pubblici essenziali in costanza di sciopero il legislatore introdusse la legge 12 giugno 1990, n. 146, la quale, però, ometteva di disciplinare le forme di autotutela collettiva che – pur non potendosi qualificare quale sciopero in senso tecnico – finivano in ogni caso di impedire la fruizione da parte degli utenti dei servizi definiti essenziali, comprimendo così i diritti fondamentali sottostanti di cui i medesimi erano titolari¹⁷².

Tale assetto tradiva l'obiettivo prioritario della legge stessa, ossia quello di garantire un livello irrinunciabile di servizi pubblici essenziali – tra i quali, ovviamente, deve essere annoverato quello dell'amministrazione della giustizia – in funzione della tutela dei beni fondamentali della persona¹⁷³; il proposito legislativo, infatti, poteva dirsi raggiunto

¹⁶⁹ DI FILIPPO, *op.ult.cit.*, nonché GIORGIANNI, *L'astensione dall'attività forense: un criterio univoco tra tanti principi. Applicabilità nelle controversie di lavoro*, in *Giur. merito*, 2000, 56 ss.

¹⁷⁰ La libertà di associarsi, secondo questa lettura, si presenterebbe come un unico «ceppo dal quale possono germinare, come potenziali ma distinte manifestazioni, le forme di protesta sia dei lavoratori subordinati che dei professionisti del foro»; così, DI FILIPPO, *op.ult.cit.* Vedi anche PULITANÒ, *op. cit.*, 7, secondo il quale l'astensione, nella ricostruzione compiuta dalla Corte costituzionale, non è considerata come diritto di sciopero ma condivide con quest'ultimo la funzione e l'incidenza sull'adempimento altrimenti dovute nell'interesse di terzi.

¹⁷¹ Come la funzione giurisdizionale; in questo senso DI FILIPPO, *op.cit.*, 1587, 1588. L'A. osserva che il punto di incontro tra la fattispecie di sciopero e di astensione collettiva forense «riguarda le possibili e deleterie ripercussioni che le due specie di protesta collettiva possono generare sui beni fondamentali della vita costituzionalmente garantiti, se non adeguatamente regolamentate in via legislativa». Più recentemente, LONATI, *Il diritto del difensore all'astensione dalle udienze*, in *Nuovi orizzonti del diritto alla difesa tecnica, un itinerario tra questioni attuali e aperture del quadro normativo*, a cura di Negri e Renon, Giappichelli, Torino, 2017, 251.

¹⁷² Corte cost., 27 maggio 1996, n. 171, cit.

¹⁷³ Appare rivelatore di tale proposito l'esordio della legge in commento, la quale nel primo comma dell'art. 1 individua servizi pubblici che devono ritenersi essenziali «indipendentemente dalla natura giuridica del rapporto di lavoro». In questo senso, la legge sembra voler offrire una protezione il più possibile estesa ai diritti della persona costituzionalmente tutelati garantiti dai servizi pubblici essenziali, indipendentemente dalla tipologia di protesta collettiva che li può mettere a repentaglio. La restante parte della legge, però, va

solamente in parte, in quanto la disciplina contenuta nella legge n. 146 del 1990 risultava indirizzata in via esclusiva alla protezione dei diritti fondamentali sottesi ai servizi pubblici essenziali messi in pericolo dallo sciopero, tralasciando, però, di disciplinare l'ipotesi in cui a comprimere detti valori primari fosse una diversa tipologia di manifestazione collettiva, quale l'astensione forense¹⁷⁴.

Rilevando l'inaccettabile disparità di trattamento scaturente dalla situazione descritta e la conseguente lesione al diritto di difesa *ex art. 24 Cost.*, la Corte dichiarava l'illegittimità costituzionale dell'art. 2 comma 1 e 5, nella parte in cui mancava di prevedere, in caso di astensione collettiva delle udienze, «l'obbligo di un congruo preavviso e di un ragionevole limite temporale all'astensione» e «gli strumenti idonei a individuare (...) le prestazioni essenziali» da garantirsi all'utenza in costanza di astensione collettiva forense, nonché «le procedure e le misure consequenziali nell'ipotesi di inosservanza»¹⁷⁵. Tale dichiarazione d'illegittimità costituzionale, preme sottolinearlo, risulta basata sul presupposto del comune fondamento costituzionale dei diritti in conflitto: da una parte, i diritti in capo ai destinatari della funzione giurisdizionale di volta in volta posti a repentaglio dalle proteste, dall'altra il diritto di aderire ad una delle agitazioni collettive della categoria forense in capo al singolo avvocato.

Rimandando ai prossimi capitoli l'esame puntuale della manovra compiuta attraverso la sentenza in commento nel sistema della legge n. 146 del 1990, è necessario in questa sede porre in evidenza l'operazione fondamentale portata a compimento dalla Corte: definendo l'astensione collettiva quale manifestazione concreta del diritto di associazione previsto dall'art. 18 Cost., la medesima risolve in via definitiva i dubbi circa la natura costituzionale della protesta collettiva forense.

in un'altra direzione, offrendo esclusivamente una tutela per l'abuso del diritto di sciopero. Corte cost., 27 maggio 1996, n. 171, cit.

¹⁷⁴ Corte cost., 27 maggio 1996, n. 171, cit.

¹⁷⁵ Corte cost., 27 maggio 1996, n. 171, cit.

8. Segue. Le reazioni dottrinali alla sentenza costituzionale n. 171 del 1996: la critica alla ricostruzione del diritto di associarsi *ex art. 18 Cost.* del difensore come diritto di azione

La Corte costituzionale con la sentenza del 27 maggio 1996, n. 171, oltre ad appurare l'esistenza di un fondamento costituzionale delle astensioni collettive forensi, individuò la precisa disposizione costituzionale di riferimento alla quale dette agitazioni devono

essere ricondotte: secondo la ricostruzione adottata in sentenza, le agitazioni degli avvocati traggono giustificazione costituzionale dall'art. 18 Cost.¹⁷⁶.

La Corte, infatti, in tale occasione definì l'astensione forense una «manifestazione incisiva della dinamica associativa»; in questo senso, la libertà di associazione consacrata all'articolo 18 della Costituzione riuscirebbe ad esplicare «una generale tutela alle iniziative – le quali si traducano in aggregazioni sociali di varia natura che possono esprimersi anche mediante astensioni collettive dal lavoro – volte a difendere peculiari interessi di categoria, non soltanto economici, e a garantire un corretto esercizio della libera professione»¹⁷⁷. Il riconoscimento compiuto dai giudici costituzionali, però, non appare scevro di numerosi profili di «forte ambiguità»¹⁷⁸.

La lettera del primo comma dell'art. 18 Cost. riconosce a tutti i cittadini il «diritto di associarsi liberamente, senza autorizzazione, per fini che non sono vietati ai singoli dalla legge»¹⁷⁹: il reale contenuto del diritto di associazione non è facilmente desumibile dalla semplice lettura della norma, la quale si contraddistingue per l'ampiezza di formulazione. Quest'ultima caratteristica, invero, testimonia l'intenzione del legislatore costituzionale di fornire una più possibile estesa tutela al fenomeno associativo¹⁸⁰.

¹⁷⁶Anche se la Corte non nomina esplicitamente l'art. 18 Cost., la dottrina e la giurisprudenza successiva, quasi all'unanimità, hanno adottato tale lettura della sentenza costituzionale; in questo senso si veda DI FILIPPO, *op. cit.*, 1586 ss.; GIORGIANNI, *op. cit.*, 56 ss.; SANTONI, *Lo sciopero*, 5^aed., Jovene, 119 e, infine, LONATI, *op. cit.*, 251. Secondo MENGHINI, *L'astensione dalle udienze*, cit., 112, la Corte si riferirebbe piuttosto a una somma e sintesi di tutte le libertà previste dalla Costituzione.

¹⁷⁷Corte cost., 27 maggio 1996, n. 171, cit.

¹⁷⁸PULITANÒ, *op. cit.*, 6. Secondo l'A. «l'incerto fondamento del quasi- sciopero degli avvocati si riflette nelle persistenti insicurezze sulle implicazioni giuridiche» che la pronuncia della Corte costituzionale è riuscita solo in parte a mitigare.

¹⁷⁹I lavori preparatori rivelano l'ispirazione garantista di cui è permeata la libertà di associazione: come affiora dai medesimi, l'adozione di una forma ampia di libertà associativa è legata alla scelta di una forma di Stato democratica e pluralista. In questo senso, DE SIERVO, *Associazione (libertà di)*, in *Dig. pubbl.*, I, 1987, 487 ss. Secondo MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Cedam, Padova, 10^aed., 149 ss., la garanzia costituzionale della libertà di associazione deve essere inquadrata nell'ambito della più vasta tutela accordata dalla Carta fondamentale alle formazioni sociali attraverso uno dei principi fondamentali dell'ordinamento repubblicano, sancito dall'art. 2 Cost. I lavori preparatori ci consegnano la testimonianza dell'ispirazione garantista di cui è permeata la libertà di associazione: come affiora dai medesimi, l'adozione di una forma ampia di libertà associativa è legata alla scelta di una forma di Stato democratica e pluralista. DE SIERVO, *Associazione (libertà di)*, in *Dig. pubbl.*, I, 1987, 487 ss.

¹⁸⁰Come riporta AMATO, *Art. 18*, in *Rapporti civili*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di Branca, Zanichelli, 1977, 192, tale intenzione traspare chiaramente dalle parole pronunciate dal relatore Basso davanti all'Assemblea il 10 aprile 1947: «il diritto di associazione è riconosciuto senza limitazione per fini che non sono vietati ai singoli da leggi penali, cioè tutto quello che un cittadino può fare da solo, che può compiere senza urtare i precetti della legge penale, può essere oggetto e scopo di associazione ed è la forma più ampia che si trovi in qualsiasi Costituzione». L'ampiezza del diritto affermato all'interno dell'art. 18

L'impostazione prescelta nella sentenza costituzionale dimostra di considerare la tutela accordata dall'art. 18 Cost. come comprensiva, da una parte, della tutela della libertà nella formazione di un vincolo associativo¹⁸¹, e, dall'altra, della garanzia delle condotte dell'associato funzionali al raggiungimento del fine sociale¹⁸²: il presupposto, anche se implicito, del ragionamento compiuto dalla Corte è la configurazione, in capo all'avvocato astinente, di un «vero e proprio diritto, nei termini di una pretesa», a ottenere un'interruzione del normale iter giudiziario con la concessione del rinvio dell'udienza¹⁸³. In effetti, la libertà di unirsi in un'associazione e di farne parte è un profilo da tenere concettualmente distinto dal diritto in capo al partecipante di agire secondo i dettami dell'associazione¹⁸⁴, tanto che si sente l'esigenza di chiedersi se la libertà di associazione, riconosciuta e garantita dall'art. 18 Cost., includa davvero un diritto di azione¹⁸⁵.

La lettura per la quale i comportamenti degli associati in funzione al raggiungimento dei fini sociali sono dotati di copertura costituzionale fornita dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 171 del 1996 – nella specie, la condotta degli avvocati aderenti all'astensione collettiva proclamata dagli organismi rappresentativi della categoria forense – è stata accolta da aspre critiche dalla dottrina costituzionalista¹⁸⁶. L'interpretazione dell'art. 18 Cost. che la Corte mostra di condividere all'interno della sentenza n. 171 del 1996 è stata considerata da molte voci del panorama dottrinale un'utilizzazione distorta e anomala, e quindi forzata, della tutela costituzionale in questione: secondo tale critica, la nozione di

Cost. si desume dalla mancata definizione del fenomeno associativo: la dottrina ha svolto in tal senso un ruolo suppletivo, definendo associazione una pluralità di soggetti che si organizzano per la realizzazione di una finalità unitaria e includendovi, di conseguenza, una pluralità di fenomeni diversi che vanno dalle associazioni in senso stretto ai consorzi, passando per le società. L'unico limite discendente dalla lettera della disposizione costituzionale rimane quello relativo alle finalità dell'associazione, le quali non devono essere vietate dalla legge ai singoli. In questo senso vedi RIDOLA, *op.cit.*, 217 ss. e BARILE, *op.cit.*, 837 ss.

¹⁸¹ La tutela della libertà di associazione è assicurata non solo nel momento genetico ma continua a esserlo anche successivamente: vi rientrerebbero tutte le attività di organizzazione e promozione della medesima.

¹⁸² GIANFRANCESCO, *Lo "sciopero"*, cit., 47.

¹⁸³ CARINCI, *op. cit.*, 946.

¹⁸⁴ GIANFRANCESCO, *op. ult. cit.*

¹⁸⁵ Si pone tale interrogativo CARINCI, *op. cit.*, 950.

¹⁸⁶ RUGA RIVA, *Sciopero (profili penalistici dello)*, in *Dig. Pen., Agg.*, 2000, 447 ss. Secondo l'A., alla Corte sarebbe mancato il coraggio di ricondurre l'astensione al diritto di sciopero *ex art. 40 Cost.*: il diritto dell'avvocato dovrebbe rientrare nella tutela dello sciopero e non in «una ambigua area connessa al diritto di associazione, che malcela le remore della Corte costituzionale a dare, in questo caso, allo sciopero il diverso e più ampio significato riconosciutogli dalla prassi».

libertà di associazione su cui si fonda il ragionamento della Corte costituirebbe una mutazione profonda dei connotati del diritto *ex art. 18 Cost.*¹⁸⁷.

La suddetta interpretazione si pone in contrasto con la lettura che è stata fornita tradizionalmente della disposizione costituzionale: nell'assenza all'interno della Costituzione di una puntuale definizione dell'oggetto della tutela garantita dalla norma¹⁸⁸, infatti, l'associazione è sempre stata identificata dalla dottrina nella contemporanea presenza di due caratteristiche fondamentali, costituite dall'«unione ideale tra due o più persone» accomunate dal proposito di raggiungere un obiettivo lecito condiviso¹⁸⁹ e, in secondo luogo, dall'esistenza di una struttura organizzativa¹⁹⁰.

Per tale concezione, quindi, il profilo del “diritto all'azione” in capo ai membri dell'associazione sembrerebbe rimanere fuori dal perimetro della tutela costituzionale: le condotte e le iniziative degli appartenenti all'associazione, seppur indirizzate al raggiungimento del fine sociale, non potrebbero essere ricondotte all'oggetto della tutela esplicita dall'art. 18 Cost.¹⁹¹.

¹⁸⁷ DI NICOLA, GUZZETTA, *L'esercizio del diritto e suo abuso. L'astensione degli avvocati tra disciplina costituzionale ed ordinamento penale*, in *Cass. pen.*, 1998, 468; RUGA RIVA, *Sciopero*, cit., 447, nonché D'ATENA, *Sciopero nei servizi pubblici essenziali*, in *Enc. dir.*, Agg., III, Giuffrè, 1999, 975.

¹⁸⁸ Comprensiva anche di un lato negativo, oltre che positivo: l'art. 18 Cost., tutela non solo, quindi, libertà di associarsi ma anche quella di non associarsi. In questo senso Corte cost., 26 giugno 1962, in *Giur. cost.*, 752 ss. La libertà *ex art. 18 Cost.*, infatti, deve essere inquadrata nel contesto storico in cui ha visto la luce e che spinge a considerare, oltre al lato positivo della tutela, anche quello negativo: la libertà di non associarsi nel 1948 appare al Costituente non meno essenziale dell'altra componente perché la Costituzione viene scritta «dopo un periodo nel quale la politica legislativa di un regime totalitario aveva mirato a inquadrare i fenomeni associativi nell'ambito di strutture pubblicistiche e sotto il controllo dello Stato». Per una disamina delle posizioni dottrinali sul punto, vedi AMATO, *op. cit.*, 205 ss. L'unione associativa potrebbe essere definita nella «pretesa a non essere intralciati od ostacolati nella promozione od organizzazione od anche adesione all'una od all'altra fattispecie associativa, come pure non essere indotti o costretti a partecipare a tali attività materiali»; così è affermato da GROSSI, *op. cit.*, 249.

¹⁸⁹ Il vincolo che lega gli associati, quindi, consiste nella condivisione di un fine comune. In questo senso, GIANFRANCESCO, *Lo “sciopero”*, cit., 47; definisce la natura dell'associazione prevalentemente ideale pure BARILE, *Associazione (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, 1958, Giuffrè, 840.

¹⁹⁰ L'elemento dell'unione ideale non basterebbe: sarebbe necessaria, in aggiunta al medesimo, anche una struttura organizzativa. Quest'ultima, a sua volta, potrebbe concretarsi in forme elementari, fino ad arrivare a strutture ad alto tasso di complessità CRISAFULLI, *Associazioni (dir. civ.)*, in *N. Dig. it.*, I, Giappichelli, 1937, 1035.

¹⁹¹ Secondo tale impostazione tradizionale, quindi, rimarrebbero fuori dall'ambito della tutela tutti i comportamenti strumentali al raggiungimento dei fini associativi. La riconduzione dell'astensione collettiva forense alla libertà di associazione è stata giudicata un'operazione ambigua da PULITANÒ, *op. cit.*, 6: in tale ipotesi, infatti, non è «in gioco la libertà dell'associarsi, né la libertà della scelta dei fini (purché non vietati ai singoli dalla legge penale)» bensì «la valutazione di comportamenti strumentali al raggiungimento dei fini. E il fine, come ben si sa, non basta a giustificare i mezzi: il perseguimento dei fini dell'associazione non autorizza di per sé ad azzerare doveri legittimamente posti dall'ordinamento giuridico in capo ai singoli, associati o meno che siano».

La critica della tesi sottesa alla pronuncia n. 171 del 1996, in particolare, si è appuntata su due aspetti: il primo riguarda una sorta di “deformazione” della tutela *ex art. 18 Cost.* che conseguirebbe dall’adozione della medesima. È necessario premettere che, come emerge dai lavori preparatori¹⁹², l’obiettivo che i costituenti volevano perseguire attraverso l’art. 18 Cost. non era quello di ampliare la posizione giuridica dei cittadini *uti singoli* rispetto a quella degli associati, bensì quella di parificarle: «tutto quello che un cittadino può fare da solo», senza urtare i precetti penali, «può essere oggetto e scopo di associazione»¹⁹³. La Corte costituzionale, in occasione della sentenza n. 171 del 1996, nega questo rapporto di parità e fa discendere dalla libertà associativa una «posizione di vantaggio» che non competerebbe al cittadino considerato singolarmente¹⁹⁴: qualsiasi condotta posta in essere dal singolo appartenente all’associazione, per il solo fatto di essere stata compiuta al fine di raggiungere gli scopi sociali, godrebbe di protezione costituzionale, a differenza della medesima condotta posta in essere dal individuo isolato, la quale non potrebbe essere ricondotta all’art. 18 Cost. Il secondo aspetto problematico, portato alla luce dalla dottrina costituzionalista, riguarda i riflessi penalistici del riconoscimento di un diritto all’azione *ex art. 18 Cost.*: nel caso in cui si adottasse la tesi fatta propria dalla Corte costituzionale, all’associato sarebbe garantita una sfera d’immunità più ampia rispetto al singolo. Infatti, l’esercizio del diritto di protesta discendente dall’art. 18 Cost. integrerebbe una scriminante *ex art. 51 c.p.* rispetto a fattispecie criminose previste dalla legge penale ordinaria, le quali continuerebbero però a operare nei confronti del singolo¹⁹⁵; ciò che è ordinariamente proibito a quest’ultimo, infatti, gli sarebbe consentito nel caso in cui riuscisse a dimostrare «di aver agito nel perseguimento dei fini associativi e salvo che tale contegno non sia costituzionalmente illecito»¹⁹⁶. Di conseguenza, calando tali affermazioni nel tema oggetto di questa

¹⁹² Il dibattito in Costituente è riportato da RIDOLA, *Democrazia pluralistica e libertà associative*, Giuffrè, 214 ss., oltre che da PACE, *Sub art. 18, op. cit.*, 191 ss.

¹⁹³ Sono le parole dell’on. Basso pronunciate durante la seduta del 10 aprile 1947, così riportate da CARINCI, *op. cit.*, 954.

¹⁹⁴ CARINCI, *op. cit.*, 955.

¹⁹⁵ L’art. 51 c.p., infatti, esclude la punibilità per ciò che integra l’esercizio di un diritto. In questo senso, CARINCI, *op. cit.*, 956.

¹⁹⁶ NICOLA, GUZZETTA, *op.cit.*, 464.

indagine, una coalizione di difensori potrebbe, nell'esercizio del diritto di associarsi liberamente, compiere delle condotte proibite al singolo difensore dalla legge penale.

Secondo tale posizione dottrinale, quindi, la pronuncia capovolgerebbe la tutela assicurata dall'art. 18 Cost., improntato a «un parallelismo tendenziale»¹⁹⁷: il fondamento costituzionale dovrebbe essere, di conseguenza, ricercato altrove all'interno della carta fondamentale.

Come abbiamo già avuto modo di considerare in precedenza, le numerose ricostruzioni dottrinali alternative a quella accolta nella sentenza n. 171 del 1996 si presentano assai differenziate tra di loro; contrariamente a quello che verrebbe naturale pensare, dopo la sentenza in commento la discussione inerente la qualificazione giuridica non si è sopita: non sono mancate, infatti, le voci dottrinali che hanno sostenuto che i giudici costituzionali volessero in verità legare le astensioni collettive, piuttosto che al parametro dell'art. 18 Cost., a una fatidica «libertà sociale», sancita dall'insieme di più disposizioni costituzionali¹⁹⁸.

Partendo dal dato testuale – costituito dal fatto che la sentenza costituzionale in commento non cita mai espressamente l'art. 18 Cost. – e da alcuni passaggi argomentativi della motivazione, le astensioni collettive sarebbero espressione di un generale «*favor libertatis*, il quale ispira tutta la prima parte della Costituzione» e «garantisce la libertà di ogni formazione sociale»¹⁹⁹.

La sentenza in questione, infatti, non riconduce esplicitamente le astensioni a un singolo e specifico parametro costituzionale, bensì a «un'area, connessa alla libertà di associazione, che è oggetto di salvaguardia costituzionale»; in questo senso, secondo la tesi in commento, tale area coinciderebbe con la dimensione della «libertà sociale»: il

¹⁹⁷ A dire il vero, l'art. 18 Cost. permetterebbe al legislatore ordinario il contrario, ossia di avanzare la repressione penale a scapito degli associati: quest'ultimo, infatti, nel corso degli anni ha scelto di punire in modo più intenso i comportamenti di soggetti uniti in associazione rispetto a condotte poste in essere da singoli, in considerazione della maggiore capacità di perturbare l'ordine pubblico in capo a un gruppo di soggetti associati. In questo senso può essere letta la fattispecie penale dell'associazione per delinquere, in cui a essere punita non è la commissione di reati in sé ma lo stesso fatto dell'organizzazione. A ben vedere, quindi, l'art. 18 Cost. esclude una certa fetta di associazioni, ossia quelle che si prefiggono la realizzazione di fatti contrari a precetti penali: ecco che il patrimonio giuridico del cittadino come associato si rivela «più povero di quello suo proprio *uti singulus*». In questo senso, CARINCI, *op. cit.*, 956.

¹⁹⁸ È la tesi di RAFFI, *Sciopero nei servizi pubblici essenziali. Orientamenti della Commissione di garanzia*, Giuffrè, 2001, 155.

¹⁹⁹ Corte cost., 27 maggio 1996, n. 171, cit.

suddetto concetto, emerso da una certa giurisprudenza della Corte costituzionale, è riempito dalla garanzia fornita dal combinato disposto degli artt. 2, 17 e 18 Cost., in cui viene ravvisato il fondamento costituzionale di alcuni comportamenti che sono espressione della “socialità” umana e della connaturata attitudine comunitaria della persona²⁰⁰.

Come è stato prontamente osservato²⁰¹, questa ricostruzione presterebbe il fianco a una facile eccezione: la “libertà sociale” – che troverebbe il proprio fondamento costituzionale nelle plurime disposizioni costituzionali sopra ricordate senza esaurirsi in nessuna di esse considerata isolatamente – finisce per costituire un concetto inconsistente, dai contorni indefiniti, che rischia «di far sfumare i tratti distintivi delle singole libertà costituzionalmente garantite, ognuna caratterizzata da una specifica disciplina»²⁰². Tenuto debitamente conto dell’idoneità del fenomeno delle astensioni collettive forensi a incidere profondamente su altri diritti costituzionalmente tutelati²⁰³ la necessità, avvertita fortemente, di rinvenire nella Carta costituzionale un preciso e circoscritto fondamento – evitando che quest’ultimo «galleggi tra le libertà, in un limbo di ambiguità»²⁰⁴ – spinge l’interprete a rinnegare quest’ultima ricostruzione della sentenza n. 117 del 1996.

Nonostante le numerose critiche mosse dalla dottrina costituzionalista volte a escludere, come abbiamo visto, la possibilità di ravvisare all’interno dell’art. 18 Cost. un diritto all’azione in capo ai singoli associati, non si può negare l’esistenza del suddetto diritto nell’ordinamento: quest’ultimo, infatti, rappresenta «il postulato logico giuridico di una decisione di accoglimento della Corte costituzionale che, costituendo una fonte primaria, lo ha introdotto nel sistema»²⁰⁵.

²⁰⁰ Corte cost., 1998, n. 50, in *Giur. cost.*, 1998, 577 ss. con nota critica di GUZZETTA, *Considerazioni su di una sentenza in tema di c.d. “libertà sociale” in rapporto agli artt. 16, 17, 18 e 21 Cost. ed al regime costituzionale dei diritti di libertà*, in *Giur. cost.*, 1998, 595 ss.

²⁰¹ Tale argomento è stato utilizzato per criticare la soluzione della «libertà sociale» della Corte cost. n. 50 del 1998 da GUZZETTA, *op. ult. cit.*

²⁰² GIANFRANCESCO, *Lo “sciopero”*, cit., 75. La pericolosità insita nell’operazione di “sintesi” tra diverse garanzie costituzionali è quella dell’estensione del limite previsto per una di esse anche alle altre e, quindi, di una conseguente restrizione dell’ampiezza della tutela costituzionale originariamente prevista da ogni disposizione costituzionale facente parte dell’insieme. In questo senso, GROSSI, *op. cit.*, 49.

²⁰³ Vedi par. 8.

²⁰⁴ CARUSO, NICOSIA, *op. cit.*, 22.

²⁰⁵ L’esistenza di tale diritto d’azione ex art. 18 Cost. in capo agli avvocati verrà confermato e regolato successivamente dalla legge n. 83 del 2000. Così, CARINCI, *op. cit.*, 955. Nel senso che le sentenze di accoglimento della Corte costituzionale che dichiarano l’illegittimità costituzionale di una norma sono da

9. I valori costituzionali sottesi al processo penale in potenziale conflitto con il diritto di astensione del difensore

Le azioni di protesta degli avvocati possono vantare un saldo fondamento costituzionale poiché, utilizzando le parole della Corte costituzionale, costituiscono una «manifestazione incisiva della dinamica associativa, volta alla tutela di questa forma di lavoro autonomo» e, per questo motivo, non potrebbero essere ridotte a «una mera facoltà di rilievo costituzionale»²⁰⁶.

La ricostruzione del diritto di astenersi in termini non di mera libertà ma di vero e proprio diritto di azione del professionista non comporta però l'illimitatezza del medesimo: la Corte sottolinea, infatti, come «la salvaguardia dei singoli e dei gruppi che ispira l'intera prima parte della Costituzione non esclude (...) che vi siano altri valori costituzionali meritevoli di tutela», quali «i diritti fondamentali dei soggetti che, in vario modo sono destinatari della funzione giurisdizionale, in specie il diritto di azione e di difesa di cui

considerare fonti del diritto sub costituzionale vedi SANDULLI, *Fonti del diritto*, in *Noviss. dig. it.*, VII, Giappichelli, 1961, 527-529.

²⁰⁶ In questo senso, come abbiamo visto nel par. 6, Corte cost., 27 maggio 1996, n. 171, cit.

all'art. 24 della Costituzione, nonché i principi di ordine generale che sono posti a tutela della giurisdizione»²⁰⁷.

Per essere attuati, tali valori costituzionali potenzialmente antagonisti rispetto al diritto di astensione *ex art. 18 Cost.* richiedono implicitamente la presenza attiva in udienza del difensore che l'esercizio di quest'ultimo intende sospendere: si pone così all'interprete il centrale problema del contemperamento tra diritto di astensione dell'avvocato e altri valori costituzionali sottesi al processo.

Si può osservare, infatti, come nelle ipotesi di astensione collettiva forense l'interesse della parte assistita, di norma, si orienti di senso contrario a quello dell'interruzione dell'udienza: si pensi, ad esempio, all'allungamento dei tempi processuali che consegue alle adesioni degli avvocati alle astensioni collettive, il quale pare contrastare di per sé con l'interesse del cliente alla sollecita trattazione della controversia finalizzata a una celere definizione del giudizio²⁰⁸. L'interesse del cliente diverge ancora di più rispetto a quello di astenersi del difensore nell'eventualità in cui il primo sia indagato o imputato sottoposto a custodia cautelare in carcere o ad arresti domiciliari: in questo caso, il ritardo derivante dallo slittamento dell'udienza finirebbe per allungare anche il periodo di compressione della libertà personale *ex art. 13 Cost.* del medesimo²⁰⁹.

Prima di sperimentare qualsiasi tentativo di bilanciamento è necessario illustrare e soppesare il contenuto dei diversi valori costituzionali che potrebbero essere vulnerati dal diritto di astensione esercitato dall'avvocato: a tale scopo, però, si avverte l'esigenza di dismettere la prospettiva fino a ora adottata, nell'ambito della quale l'avvocato figurava come un esercente di libera professione intellettuale, per calarsi all'interno del processo,

²⁰⁷ Corte cost., 27 maggio 1996, n. 171, cit., la quale al punto 3.5 della parte motiva rincarà: «La salvaguardia degli spazi di libertà riservati ai singoli e ai gruppi, che ispira la prima parte della Carta costituzionale non esclude che vi siano altri valori costituzionali meritevoli di tutela, come s'intravede nell'impianto della legge n. 146, dove vengono in rilievo dei diritti fondamentali – quelli di azione e quello di difesa di cui all'art. 24 della Costituzione – che sono attribuiti ai soggetti destinatari, a vario titolo, della funzione giurisdizionale».

²⁰⁸ GIANFRANCESCO, *Lo "sciopero"*, cit., 63. Oltre al rapporto tra imputato e difensore, non vanno trascurati anche i diritti degli altri soggetti coinvolti nel procedimento penale; si pensi ai testimoni chiamati a deporre in udienza. In riferimento alla ragionevole durata del processo, vedi il paragrafo successivo.

²⁰⁹ GIANFRANCESCO, *op. ult. cit.* In verità, vi sono anche delle ipotesi in cui l'interesse dell'avvocato astensionista e quello dell'assistito convergono, poiché quest'ultimo è interessato a un prolungamento dei tempi processuali in vista dell'ottenimento di un proscioglimento per intervenuta prescrizione; si tratta, evidentemente, di un'ipotesi di utilizzo distorto dell'istituto della prescrizione, la quale sarà diffusamente trattata nel capitolo successivo.

in particolare quello penale, in cui il difensore è un soggetto che riveste un ruolo fondamentale, funzionale alla garanzia dello svolgimento di una corretta dinamica processuale.

Da tale particolare angolo di visuale, il primo valore fondamentale che viene in rilievo è il diritto di difesa sancito dall'art. 24 comma 2 della Costituzione: per capire il significato essenziale dispiegato dal suddetto valore costituzionale all'interno del processo penale, è necessario accennare, seppur brevemente, alle coordinate storiche e culturali nell'ambito delle quali è stata compiuta in Costituzione la solenne affermazione della sua intangibilità. Dopo la caduta del fascismo, «tenuto conto degli abusi, delle incertezze e delle deficienze che avevano vulnerato in passato l'istituto della difesa», i costituenti avvertirono l'esigenza di sancire enfaticamente all'interno della fonte posta al vertice dell'ordinamento statale l'inviolabilità del diritto di difesa «in ogni e grado del procedimento», al fine di «garantirne la presenza e l'esperimento» durante tutto l'arco temporale del medesimo, «davanti a qualunque magistratura»²¹⁰. All'interno del codice del 1930 lo spazio effettivo lasciato al diritto di difesa risultava assai angusto²¹¹: il codice Rocco delineava un processo istruito segretamente da un giudice che era al tempo stesso

²¹⁰ Sono le parole pronunciate in sede di Assemblea costituente dall'on. Tupini, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea costituente*, I, Roma, 1971, 892 ss. Il processo penale durante l'epoca fascista esprimeva l'ideologia del regime che concepiva la giustizia penale come un «decisivo mezzo di governo»; in una prospettiva storica si veda DEZZA, *Lezioni di storia del processo penale*, Pavia University press, 2013, 1 ss. La storia e l'evoluzione della nozione di difesa, infatti, può essere utilizzata come cartina da tornasole per ricostruire il rapporto tra singolo e autorità statale: ad esempio, la mancata predisposizione del metodo del contraddittorio tra le parti nel dibattimento del codice del 1930 fu spiegato dal guardasigilli Alfredo Rocco come una scelta in linea con «i principi fondamentali del Regime»; vedi *Relazione del guardasigilli sul progetto preliminare*, in *Lavori preparatori del codice penale e di procedura penale*, VIII, Roma, 1929, 59 ss.

²¹¹ Tale codice rimarrà in vigore per molti anni, anche successivamente all'entrata in vigore della Costituzione: nel periodo successivo alla caduta del regime, le libertarie e garantistiche affermazioni costituzionali si trovavano così a coesistere con un codice tenacemente inquisitorio fino al 1989, anno in cui entrò in vigore finalmente il codice d'animo accusatorio tuttora vigente; durante questo lungo periodo, la Corte costituzionale svolse un ruolo fondamentale, cimentandosi nel tentativo di liberalizzare l'ordito del codice Rocco, adeguandolo ai valori costituzionali: tale stagione è chiamata dagli studiosi del processo penale l'epoca del «garantismo inquisitorio». Sulla tutela del diritto di difesa in particolare si veda CARLI GARDINO, *Il diritto di difesa nell'istruttoria penale*, Giuffrè, 1983, 23 ss.

accusatore²¹², contraddistinto da una sistematica disparità tra accusa e difesa e, in particolare, da un ruolo assai marginale riservato al difensore dell'imputato²¹³.

Con la Costituzione repubblicana del 1948 si volle affermare, all'interno della fonte suprema collocata al vertice del nostro ordinamento, l'inviolabilità del diritto di difesa. In verità, tale affermazione solenne non può dirsi felice, poiché pare un guscio vuoto: nulla dice, infatti, circa la conformazione strutturale del processo necessaria ad attuare il suddetto diritto e ad assicurarne il rispetto, né sulle singole garanzie che lo compongono²¹⁴. Come alcuni hanno acutamente affermato²¹⁵, il diritto di difesa non può essere assimilato a una situazione di fatto predeterminata e presupposta, che esiste a

²¹² Al quale era affidata la c.d. istruzione formale, durante la quale il suddetto soggetto accentrava su di sé da una parte i poteri investigativi della pubblica accusa – che gli permettevano di compiere tutti gli «atti necessari all'accertamento della verità» ai sensi dell'art. 299 comma 1 c.p.p. abr. – e dei tipici poteri giurisdizionali di formazione di prove e di decisione in ordine alla libertà personale dell'inquisito. In questo senso vedi FERRUA, *Difesa (diritto di)*, in *Dig. disc. pen.*, III, Utet, 1994, 474 ss.

²¹³ L'imputato e il suo difensore erano estromessi completamente dalla fase istruttoria, la quale rimaneva nelle mani del giudice-accusatore: ad esempio, l'art. 303 comma 1 c.p.p. previg. permetteva a quest'ultimo di assistere e a prendere visione di tutti gli atti in ogni stato del procedimento mentre l'art. 305 del medesimo codice limitava le facoltà riservate al difensore alla sola possibilità di presentare memorie e osservazioni, escludendo però la possibilità di richiedere al giudice di emettere dei provvedimenti. Anche il rapporto tra difensore e assistito subiva forti limitazioni: fino al termine dell'istruzione era vietato il colloquio tra i due; solo al momento della chiusura dell'istruzione, dopo che tutti gli atti del processo erano depositati in cancelleria, al difensore era permesso di prendere visione di ogni cosa e di estrarre copia ai sensi dell'art. 372 comma 2 c.p.p. abr., oltre che finalmente di conferire con il proprio assistito detenuto senza necessità di essere autorizzato ex art. 135 dello stesso codice. Anche nel dibattimento non era assicurata la parità tra la parte pubblica e privata: si pensi alle limitazioni dei modi e delle tempistiche delle arringhe difensive compiute dalle parti private, per cui il pretore o il presidente avevano la facoltà di predeterminarne la durata e di togliere la parola ai difensori nel caso di mancato rispetto delle tempistiche così imposte; un'altra disposizione, l'art. 131 c.p.p. abr., prevedeva, in caso di ingiustificato abbandono della difesa da parte del difensore dell'imputato, la devoluzione dell'incarico a un vice pretore o a un uditore giudiziario: da tale dato facilmente si intuisce quale fosse il reale apporto del difensore al procedimento. Per un commento a tali norme, vedi DE MARSICO, *Il diritto processuale penale*, Jovene, 1938, 88 ss. La previsione di una fase dibattimentale in cui era assicurata all'imputato la presenza e l'assistenza del difensore non vale a confutare le precedenti affermazioni, in quanto le acquisizioni compiute nella fase preliminare finivano per prevalere su quelle dibattimentali; il contraddittorio dibattimentale si risolveva, in sostanza, in una ripetizione del fascicolo istruttorio, «una mera acquisizione notarile», nella quale venivano confermate prove formate altrove, ossia tutto quello che era stato preconstituito durante la fase istruttoria condotta dal giudice-accusatore. In questo senso, FRIGO, *Verso il nuovo processo penale, La posizione del difensore nel nuovo processo penale*, in *Giust. pen.*, 1988, 547, il quale parla di «eclissi della funzione difensiva» all'interno di un sistema processuale siffatto.

²¹⁴ FERRUA, *op. cit.*, 477, lo definisce criticamente «un postulato, (...) un'entità di cui sia noto e indefettibile il contenuto». Lo stesso A. definisce la formula utilizzata dal costituente «povera in senso denotativo» e la pone in confronto con quella contenuta nell'art. 6 C.e.d.u., la quale scompone il diritto in diverse e singole garanzie difensive, sottesa alle quali si coglie l'opzione di fondo, di chiaro stampo accusatorio. Critico anche VOENA, *op. cit.*, 5.

²¹⁵ MAIORCA, *Una occasione mancata: la sentenza della Corte costituzionale sul "rifiuto della difesa"*, in *R. it. dir. proc. pen.*, 1980, 1371 ss.

prescindere dalla predisposizione di una disciplina; quest'ultimo, al contrario, è una situazione di diritto, poiché è la struttura del codice e le scelte ivi compiute dal legislatore a determinare la relazione tra la difesa, l'accusatore e il giudice, ossia il «posto nel sistema delle funzioni» della prima all'interno del procedimento penale²¹⁶, e, in definitiva, il contenuto effettivo del diritto in questione²¹⁷.

Come si vedrà, infatti, la difesa potrà esplicarsi efficacemente solo in presenza di due fondamentali caratteri processuali: la netta separazione tra il ruolo di parte e quella del giudice e la parità tra la parte pubblica e quella privata. Con il nuovo assetto costituzionale si è rinnegata «ogni traslazione, ogni cumulo, ogni mescolanza di poteri» che aveva invece contraddistinto il sistema precedente: nel nuovo processo penale il giudice è soggetto ben distinto dall'accusa pubblica²¹⁸, il quale si pone a uguale distanza da quest'ultima e l'imputato²¹⁹.

²¹⁶ Il recupero della funzione difensiva poteva passare necessariamente attraverso una «diversa e complessiva dislocazione dei poteri e delle funzioni di tutti i soggetti del processo», ossia dalla costruzione della c.d. «triade processuale» costituita da accusa-difesa-giudice, nell'ambito della quale quest'ultimo assumeva una posizione terza e imparziale. Da tale conformazione, sarebbero discese altre importanti conseguenze sulla struttura fondante il processo penale: il dibattimento sarebbe diventato il terreno d'elezione della formazione della prova, la quale avrebbe dovuto svolgersi su iniziativa delle parti e in contraddittorio; le indagini preliminari, invece, avrebbero costituito una fase meramente preparatoria, nella quale gli atti formati in modo unilaterale – ossia fuori dal contraddittorio dibattimentale – non avrebbero potuto, tranne alcune e tassative eccezioni, assurgere al rango di prova della responsabilità dell'imputato. In questo senso, FRIGO, *op. cit.*, 548.

²¹⁷ A riprova di quanto sia necessario guardare al contenuto effettivo del diritto di difesa, deducibile dalla relazione che si instaura in una data struttura processuale tra i poteri affidati al soggetto che si deve difendere e quelli attribuiti agli altri soggetti del procedimento, basti ricordare le affermazioni del guardasigilli Alfredo Rocco, padre del codice di chiara impronta inquisitoria del 1930, che non esitava a definire il diritto di difesa in capo all'imputato come «sacro e inviolabile»; a dispetto di tali aggettivi, il sistema processuale ideato da Rocco, come abbiamo visto, era ben lontano dal valorizzare debitamente il diritto di difesa dell'inquisito poiché distribuiva non equamente le funzioni tra i protagonisti processuali. Vedi *Relazione del guardasigilli sul progetto preliminare*, in *Lavori preparatori del codice penale e di procedura penale*, VIII, Roma, 1929, 22.

²¹⁸ Tutto ciò che inerisce l'esercizio dell'azione penale è riservato alla pubblica accusa, mentre al giudice compete la decisione sul merito, oltre che quella sulla libertà personale in fase preliminare dell'indagato.

²¹⁹ Così FERRUA, *op. cit.*, 479. Le caratteristiche necessarie dell'organo giudicante, deducibili dalla Carta costituzionale, sono quelle d'imparzialità e di terzietà rispetto alle parti; ancor prima di essere scolpite espressamente in Costituzione dall'art. 111 Cost. – così come novellato dalla l. cost. 23 novembre 1999, n. 2, il quale ha inserito i principi del giusto processo nel predetto articolo – tali connotati essenziali del giudice penale potevano essere desunti dalla necessità di essere al di sopra delle parti dettata dal principio di uguaglianza ex art. 3 Cost. (in questo senso, Corte cost., 31 marzo 1965, n. 17, in *Giur. cost.*, 1975, 176) e dal complesso di norme dedicate al diritto di difesa e alla magistratura, essendo sottese alla stessa essenza della magistratura, la quale richiede che nella figura del giudice «non sussistano vincoli di soggezione formale o sostanziale con altri organi»: in questo senso, Corte cost., 22 novembre 1962, n. 92, in *Giur. cost.*, 1962, 1359.

Per quanto riguarda la seconda caratteristica, è essenziale che le due parti principali, quella pubblica e quella privata, agiscano in condizioni di parità per tutto l'arco del procedimento: solo in questo modo la contrapposizione sarà effettiva e dialetticamente utile²²⁰. Il diritto di difesa, infatti, è intimamente connesso con un principio che, più di altri, fonda il nuovo processo penale: il contraddittorio consiste proprio nel «diritto delle parti di interloquire in condizioni di parità, sui temi destinati a formare oggetto della decisione»²²¹.

Il principio del contraddittorio richiede quale presupposto per la sua attuazione la parità delle parti²²²: quest'ultima è resa possibile solamente attraverso la necessaria – anzi, obbligatoria²²³ – assicurazione all'imputato della difesa tecnica²²⁴. Infatti, per controbattere validamente all'accusa sono necessarie conoscenze tecniche e giuridiche normalmente non possedute dall'imputato²²⁵; in verità, la difesa tecnica si rivelerebbe in

²²⁰CARULLI, *La difesa dell'imputato*, Jovene, 1981, 35 ss., CHIAVARIO, *Processo e garanzia della persona*, II, Giuffrè, 1978, 190 ss.; GIOSTRA, *Valori ideali e prospettive metodologiche del contraddittorio in sede penale*, in *Pol. dir.*, 1986, 23.

²²¹Così FERRUA, *op. cit.*, 469. I due poli del contraddittorio sono costituiti nel pubblico ministero da un lato e dall'imputato dall'altro: il loro contrapporsi ad armi tendenzialmente paritarie costituisce il cuore pulsante della dinamica processuale. In questo senso, Corte cost., 4 giugno 1970, n. 190, in *Giur. cost.*, 1970, 2180.

²²²Il legislatore costituzionale del 1999, intervenendo sull'art. 111 Cost., al secondo comma riconoscerà espressamente la valenza universale di detto principio: quest'ultimo deve essere osservato in ogni tipo di processo, il quale, infatti, dovrà svolgersi «nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a un giudice terzo e imparziale».

²²³Il problema dell'obbligatorietà della difesa tecnica è sorto storicamente in occasione di alcuni procedimenti penali aventi come protagonisti dei componenti del gruppo terroristico delle Brigate Rosse: questi ultimi, non riconoscendo l'autorità dello Stato e, di conseguenza, la funzione giurisdizionale, rinunciavano ad esercitare il diritto di difesa in modo attivo, rifiutando addirittura l'assistenza e la rappresentanza di un difensore tecnico. In questa occasione, se, da un lato, la giurisprudenza costituzionale ha riconosciuto il diritto di non difendersi dell'imputato poiché «modalità del diritto di difesa» e come tale rientrante nell'ambito della tutela fornita dal comma 2 dell'art. 24 Cost., dall'altro ha affermato l'obbligatorietà dell'assistenza tecnica poiché rispondente a «una esigenza oggettiva di regolarità della giurisdizione»; in ossequio al principio generale per cui un soggetto può disporre di un diritto solamente se ne ha la piena titolarità, l'imputato non può rinunciare alla difesa tecnica perché non ne risulta l'esclusivo titolare a causa della connotazione oggettiva del diritto in questione. Vedi Corte cost., 10 ottobre 1975, n. 125, in *Giur. cost.*, 1979, 856 ss. con commento di ZAGREBELSKY, *L'autodifesa di fronte alla Corte costituzionale*: l'A. spiega la distinzione tra difesa come diritto individualistico, comprensivo del diritto negativo di non difendersi, e la difesa come garanzia, la quale trascenderebbe dalla dimensione soggettiva per «creare i presupposti di un equo giudizio».

²²⁴La presenza di un difensore adeguatamente preparato è, infatti, preordinato all'obiettivo di fondare il processo penale sopra un effettivo contraddittorio tra le parti, rimuovendo ogni ostacolo a far valere le ragioni delle parti processuali coinvolte, e, in particolare, la disparità di preparazione tecnica e giuridica. Corte cost., 18 marzo 1957, n. 46, in *Giur. cost.*, 1957, 587.

²²⁵Si pensi alla preparazione tecnica necessaria alla denuncia di eventuali vizi procedurali o, più in generale, quella necessaria a controbattere in modo efficace a temi dell'accusa attinenti al valore giuridico

ogni caso imprescindibile anche nell'eventualità in cui l'imputato abbia tale preparazione, poiché quest'ultimo mancherebbe della freddezza e della lucidità necessaria per predisporre un'efficace strategia difensiva²²⁶. In questa prospettiva, la presenza dell'assistenza tecnica garantisce la *par condicio* delle parti perché si concretizza nell'opposizione di un difensore adeguatamente preparato alla specifica capacità professionale dell'accusatore: solo attraverso tale via, quindi, entrambi i contendenti sono dotati di pari armi e può dirsi attuato un contraddittorio effettivo²²⁷.

Dal forte legame tra funzione difensiva e principio del contraddittorio può desumersi la connotazione pubblicistica del diritto *ex art. 24 comma 2 Cost.*: quest'ultimo, infatti, oltre che come diritto soggettivo, deve essere configurato come garanzia oggettiva preordinata al corretto svolgimento del procedimento²²⁸, poiché «preordinato a tutelare beni e valori fondamentali dell'uomo, dei quali in quel procedimento si discute e decide, nonché maggiormente garantire, anche nell'interesse dell'imputato, l'osservanza dei principi dell'ordinamento costituzionale, che attengono specificamente alla disciplina del processo penale medesimo»²²⁹: proprio per questa ragione, la garanzia della difesa tecnica è indisponibile ed irrinunciabile da parte dell'imputato²³⁰.

del fatto. Ovviamente all'interno della garanzia fornita dal comma secondo dell'art. 24 Cost. può essere scorta anche la componente dell'autodifesa dell'imputato, ossia il complesso di attività che quest'ultimo può esplicare al fine di dimostrare la l'infondatezza dell'accusa: così Corte cost., 10 ottobre 1979, n. 125 cit.; ma secondo la Corte costituzionale, la presenza dell'imputato al processo non può essere reputata sufficiente; l'apporto della medesima deve sempre essere valutata in relazione all'opera del difensore che lo assiste: la presenza di quest'ultimo, infatti, è fondamentale perché è «destinata ad assicurare all'imputato (...) la maggiore possibile libertà di scelta difensiva e, insieme, la più sicura garanzia di osservanza della legalità, formale e sostanziale, nel processo che lo coinvolge». In questo senso, Corte cost., 3 maggio 1963, n. 59, in *Giur. cost.*, 1963, 522.

²²⁶ CARULLI, *op. cit.*, 132 ss.; PISANI, *Aspetti e limiti dell'autodifesa dell'imputato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1961, 289 ss.

²²⁷ Corte cost., 10 ottobre 1979, n. 125, cit. Infatti, le due parti principali versano in condizioni di parità non solo nelle condizioni di partenza e nelle modalità di svolgimento dello scontro dialettico ma pure nella capacità di ognuno di persuadere il giudice terzo e imparziale.

²²⁸ In questo senso, DENTI, *La difesa come diritto e come garanzia*, in AA.VV., *Il problema dell'autodifesa nel processo penale*, a cura di Grevi, Zanichelli, 1977, 48.

²²⁹ Corte cost., 10 ottobre 1979, n. 125, cit. Per il carattere pubblico e non solo individualistico del diritto di difesa leggi anche GREVI, *Introduzione*, in AA.VV., *Il problema dell'autodifesa nel processo penale*, a cura di Grevi, Zanichelli, 1977, 45.

²³⁰ L'indisponibilità da parte dell'imputato della difesa tecnica è stata argomentata in dottrina anche riferendosi ad altri principi costituzionali, quali la presunzione di non colpevolezza o l'interesse di evitare errori giudiziari: questi ultimi interessi, di natura indubbiamente costituzionale, non potrebbero essere rimessi all'autodeterminazione dell'imputato. In questo senso, SCAPARONE, *Evoluzione e involuzione del diritto di difesa*, Giuffrè, 1981, 33. Nonostante la presenza di letture alternative, il filone dottrinale prevalente ha ricollegato l'irrinunciabilità dell'assistenza tecnica nel processo penale attraverso la

Il difensore, sostenendo con distacco professionale e con un'adeguata preparazione tecnica le ragioni del proprio assistito, realizza anche l'interesse della collettività al corretto svolgimento del processo: solamente attraverso il contributo dialettico di tutte le parti del giudizio, adeguatamente assistite, è possibile assicurare i migliori risultati in termini di accertamento probatorio²³¹.

Da questa prospettiva si coglie appieno l'importanza fondamentale svolta dal difensore all'interno del processo penale e l'intima connessione della funzione difensiva «all'esplicazione della stessa funzione giurisdizionale»²³², ma, soprattutto, come l'adesione alle astensioni collettive vada a minare il corretto svolgimento della funzione medesima, facendo venir meno l'essenziale contributo del difensore.

Di conseguenza, la necessità di bilanciamento del diritto dell'avvocato ad astenersi è avvertita anche rispetto al valore sancito dall'art. 94 Cost.: infatti, l'esercizio del diritto di astensione da parte del difensore – oltre ad incidere direttamente sul diritto soggettivo di difesa o azione delle parti coinvolte – pregiudica anche l'interesse oggettivo al regolare funzionamento dell'amministrazione della giustizia.

configurazione della doppia natura, soggettiva e oggettiva, del diritto di difesa; tale teoria parrebbe essere stata accolta, anche se in maniera implicita, anche dalla sentenza della Corte costituzionale n. 125 del 1979 (vedi nota 17): in quest'ultima, i giudici costituzionali, pur non appropriandosi esplicitamente della contrapposizione del profilo soggettivo e oggettivo del diritto in questione, hanno rintracciato nel diritto di difesa i connotati di una garanzia di indubbia natura oggettiva, tesa ad assicurare il corretto svolgimento del procedimento.

²³¹ Al difensore non è richiesto di sacrificare gli interessi dell'imputato a favore di altri valori superiori afferenti l'ordinamento, quale l'accertamento della verità e la punizione del reo; quest'ultimo, al contrario, ha il diritto e il dovere di valorizzare gli elementi a discarico e criticare gli elementi a carico: tale tensione dialettica tra le parti processuali è preteso dal metodo del contraddittorio, considerato all'interno del nostro sistema processuale il metodo migliore per raggiungere una più fedele ricostruzione dei fatti su cui verte il giudizio. Così DOMINIONI, *Le parti del processo penale*, Giuffrè, 1985, 291 ss.; ma anche GIOSTRA, *Valori ideali*, cit., 19 ss.

²³² Corte cost., 18 marzo 1957, n. 46,

10. Segue. Le proteste collettive forensi e il canone oggettivo della ragionevole durata del processo *ex art. 111 comma 2 Cost.*

Le astensioni collettive degli avvocati impongono un arresto dell'attività giurisdizionale al quale consegue un indubbio allungamento temporale dell'*iter* processuale e un procrastinamento del momento della decisione conclusiva, che, per ritenersi giustificata, deve essere vagliato alla luce del principio della ragionevole durata del processo, oggi sancito dall'art. 111 comma 2 Cost.

Il suddetto principio, pur potendo vantare una lunga storia a livello sovranazionale²³³, è stato espressamente contemplato dalla Costituzione in epoca relativamente recente:

²³³ Le prime affermazioni della necessità di contenimento dei tempi processuali, quale principio autonomo, sono state compiute all'interno delle Carte internazionali a tutela dei diritti umani: tra le enunciazioni più rilevanti, si ricorda l'art. 6 par. 1 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, adottata a Roma il 4 novembre 1950, resa esecutiva con legge 23 luglio 1955, n. 848; il principio è stato, inoltre, affermato a chiare lettere nel Patto internazionale delle Nazioni Unite relativo ai diritti civili e politici, adottato dall'Assemblea generale dell'O.n.u. a New York il 16 dicembre 1966 e reso esecutivo con legge 25 ottobre 1977, n. 881, che riconosce il diritto alla persona accusata di essere giudicata senza ingiustificato ritardo.

infatti, la sua incorporazione nel tessuto dell'art. 111 Cost. è avvenuta attraverso la legge cost. 23 novembre 1999, n. 2²³⁴.

L'interpolazione dell'art. 111 comma 2 cost. sancisce il recepimento a livello interno di una particolare disposizione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, emblematicamente inserita sotto la rubrica «diritto ad un processo equo»²³⁵, ossia l'art 6 par. 1, la quale afferma il diritto spettante ad ogni individuo «ad un'equa e pubblica udienza entro un termine ragionevole»²³⁶. L'affermazione espressa di questo principio in

²³⁴ La recente costituzionalizzazione del principio ci induce a interrogarci sui cinquant'anni in cui tale diritto non era contemplato in modo esplicito dal diritto interno, posto che tale silenzio non ha interessato solamente la fonte suprema: difatti, solo nel 2001 il legislatore ordinario è intervenuto in tale materia solo con la legge c.d. Pinto del 24 marzo 2001, n. 89. Prima della solenne affermazione costituzionale del 1999, l'unica disposizione presente nella legge fondamentale inerente alle tempistiche processuali ineriva la necessità di limitare nel tempo la compressione della libertà personale ex art. 13 comma 5 Cost., la quale impone al legislatore di stabilire i limiti massimi della carcerazione preventiva. Tuttavia, la Corte costituzionale aveva riconosciuto tale principio come immanente e latente nel sistema poiché altre disposizioni costituzionali facevano riferimento al medesimo, anche indirettamente: ad esempio, il diritto previsto dall'art. 24 Cost., «implica una ragionevole durata del processo, perché la decisione giurisdizionale alla quale è preordinata l'azione, promossa a tutela del diritto, assicuri l'efficace protezione di questo e, in definitiva, la realizzazione della giustizia»; così Corte cost., 22 ottobre 1999, n. 388, consultabile in www.cortecostituzionale.it. Altre delucidazioni emergono con riferimento alla giurisprudenza della stessa Corte, chiamata ad affrontare questioni di legittimità costituzionale di disposizioni che prevedono istituti incidenti sui tempi processuali, come l'art 75 comma 3 c.p.p., l'impedimento fisico dell'imputato o la rimessione. Proprio in relazione ad un aspetto di quest'ultimo istituto, la Corte, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 75 comma 3 c.p.p. nella parte in cui vietava al giudice di pronunciare sentenza fino all'ordinanza di declaratoria dell'inammissibilità o rigetto della richiesta di rimessione, ha considerato un bene di rilievo costituzionale l'efficienza del processo, «nucleabile dai principi costituzionali che regolano l'esercizio della funzione giurisdizionale, e il canone fondamentale della razionalità delle norme processuali», il quale obbliga il legislatore a scartare, fra i possibili percorsi processuali, quello che potrebbe comportare la paralisi dell'attività processuale: nel caso particolare, la riproposizione sistematica della domanda di rimessione avrebbe la conseguenza di «negare la stessa nozione del processo», arrecando «danni evidenti all'amministrazione della giustizia». Corte cost., 14 ottobre 1996, n. 353, in *Giur. cost.*, 1996, 3070.

²³⁵ Secondo UBERTIS, *Principi di procedura penale europea. Le regole del giusto processo*, 2^aed., Cortina, Giuffrè, 2009, 19, il concetto di equità processuale si riferisce alle caratteristiche che ogni processo deve possedere per potersi definire effettivamente tale; l'elenco di garanzie enunciate nell'articolo stesso – che devono essere concretizzate a livello interno dal singolo Stato – ha una funzione «meramente esemplificativa e specificatrice di quelli che devono essere i requisiti imprescindibili di un processo per essere giudicato conforme alle prescrizioni di fonte internazionalistica dei diritti umani».

²³⁶ La disposizione è piuttosto generale e non offre all'interprete alcun criterio predefinito per concretizzare il diritto in questione: fondamentale è stato, di conseguenza, il lavoro interpretativo della Corte e.d.u.: quest'ultima, infatti, ha preso atto come non possa esistere un'unica durata ragionevole predeterminata, uguale per tutti i procedimenti penali, poiché la ragionevolezza della lunghezza del processo è influenzata di volta in volta da molteplici variabili e circostanze; di conseguenza, ha messo a punto dei criteri interpretativi per stabilire la ragionevolezza del processo: ad esempio, la complessità del caso, intesa come

seno alla Costituzione è stata compiuta, non casualmente, in occasione della riforma costituzionale volta a sancire i principi del “giusto processo”²³⁷. Il fatto che la previsione relativa alla necessità di contenimento dei tempi della funzione giurisdizionale sia collocata in tale quadro di riferimento testimonia lo stretto legame che avvince la ragionevole durata al giusto processo; in tal modo, infatti, si è voluto cristallizzare un connotato di cui il processo deve essere necessariamente dotato per essere considerato giusto, ossia l’efficienza: il riconoscimento di tutti gli altri diritti e garanzie processuali compiuto nell’articolo 111, quali le garanzie difensive e il contraddittorio nella formazione della prova, si rivelerebbe del tutto inutile se il processo non si svolgesse in tempi ragionevoli, poiché i titolari dei medesimi vedrebbero comunque frustrate le proprie aspettative di essere tutelati²³⁸.

elementi procedurali che implicano un oggettivo appesantimento della procedura, quali il numero elevato di parti o testimoni, la difficoltà di reperire determinati elementi probatori o la necessità di compiere atti d’indagine all’estero così CHIAVARIO, *Processo e garanzie della persona*, Giuffrè, 1982, 212 ss.; un diverso criterio adottato dalla Corte è stato quello della condotta dell’accusato, utilizzato anche in riferimento all’indebito ricorso alle astensioni dei difensori: è stata esclusa la violazione dell’art. 6 C.e.d.u. qualora il soggetto coinvolto abbia concorso strumentalmente ad allungare eccessivamente i tempi processuali con un comportamento teso a ritardare la definizione del giudizio; così Corte europea dei diritti dell’uomo, 9 marzo 2000, Farina c. Italia, in *Riv. int. dir. uomo*, 2000, 527. Per una più diffusa trattazione dell’abuso o “overuse” delle astensioni collettive per il raggiungimento dell’estinzione del reato per prescrizione, vedi capitolo successivo.

²³⁷ L’intervento sulla carta costituzionale compiuto con la legge cost. n. 2 del 1999 si risolve con l’inserimento di 5 commi, dei quali i primi due sono di carattere generale, ossia rivolti ad ogni tipologia di processo, mentre i commi successivi contengono una disciplina rivolta al solo processo penale. Il primo comma stabilisce la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge; il secondo comma, dopo aver stabilito che ogni processo deve svolgersi in contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a un giudice terzo e imparziale, stabilisce che «la legge ne assicura la ragionevole durata»; nei tre commi successivi dedicati specificamente al processo penale, vengono elencati dei diritti riservati alla persona accusata di un reato, è enunciata la regola d’oro probatoria del nostro processo, ossia il contraddittorio nella formazione della prova, seguita dalle relative eccezioni. Per un commento su tale intervento, teso a introdurre in Costituzione i principi del giusto processo nella Carta fondamentale, vedi CECCHETTI, *Giusto processo (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, V, Giuffrè, 2001, 609 ss.; GREVI, *Alla ricerca di un processo penale «giusto». Itinerari e prospettive*, Giuffrè, 2000, 42, nonché UBERTIS, *Verso un “giusto processo” penale*, Giappichelli, 1997, 28.

²³⁸ Autorevolmente, GREVI, *Il principio della “ragionevole durata” come garanzia oggettiva del “giusto processo” penale*, in *Cass. pen.*, 2003, 942, oltre che, più in generale, sul rapporto tra tempi processuali ragionevoli ed effettività del sistema di tutela dei diritti e delle libertà fondamentali, ZAGREBELSKY, *La ragionevole durata dei procedimenti*, in *Arch. pen.*, 2009, 273.

La formula utilizzata dal legislatore costituzionale si distingue per l'esemplare concisione e lapidarietà, poiché nulla dice né sull'oggetto della tutela e tantomeno sulle modalità di attuazione della previsione costituzionale. I nodi interpretativi da sciogliere, quindi, sono *in primis* l'individuazione del significato da attribuire alla lettera costituzionale e, in secondo luogo, l'esame dei rapporti tra l'ispirazione a una durata ragionevole del processo e gli altri principi fondamentali espressi in Costituzione, tra i quali spicca il diritto di difesa.

A differenza della sua fonte ispiratrice, il principio espresso nel comma 2 dell'art. 111 Cost. si distingue per la propria connotazione oggettiva, poiché si atteggia come canone metodologico e garanzia del sistema²³⁹: infatti, il secondo comma dell'art. 111 Cost. non riconosce direttamente all'imputato una situazione soggettiva immediatamente azionabile ma si rivolge al legislatore²⁴⁰, spronandolo ad assolvere il compito di assicurare, attraverso la legge ordinaria, la ragionevole durata del processo²⁴¹.

²³⁹ In dottrina, i sostenitori della tesi obiettiva valorizzano il dato letterale, sottolineando la differenza che intercorre tra l'art. 6 par. 1 C.e.d.u. e la disposizione in esame: solamente la prima, infatti, sembra protesa a conferire un diritto soggettivo al singolo individuo. *Ex multis*, seppur in diverse declinazioni, GREVI, *Alla ricerca di un processo*, cit., 326; FERRUA, *Il "giusto" processo tra modelli, regole e principi*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, 404; MARZADURI, *La riforma dell'art. 111 Cost., tra spinte contingenti e ricerca di un modello costituzionale del processo penale*, in *Leg. pen.*, 2000, 758; NAPPI, *Prescrizione del reato e ragionevole durata del processo*, in *Cass. pen.*, 2005, 1489; in realtà, all'interno panorama dottrinale non è del tutto pacifica la connotazione oggettiva della suddetta garanzia: alla posizione maggioritaria si contrappone la posizione di quanti, partendo dall'origine sovranazionale del principio, hanno voluto riconoscervi una situazione soggettiva di vantaggio in capo all'accusato come AMODIO, *Ragionevole durata del processo penale, abuse of process e nuove esigenze di tutela dell'imputato*, in ID., *Processo penale, diritto europeo e common law: dal rito inquisitorio al giusto processo*, Giuffrè, 2003, 57; VICOLI, *La «ragionevole durata» delle indagini*, Giappichelli, 2012, 75 ss.

²⁴⁰ L'art. 111 comma 2 ultimo periodo Cost., infatti, recita: «La legge ne assicura la ragionevole durata». Il destinatario è il legislatore, non il singolo individuo, affinché il medesimo, nell'introdurre nuove norme nell'ordinamento, verifichi sempre che le stesse non siano idonee a provocare un irragionevole allungamento dei tempi processuali; così, *ex multis*, CECCHETTI, *op.cit.*, 610 e FERRUA, *op. cit.*, 108; al contrario, l'indirizzo minoritario tende a svalutare il dato letterale, ritenendolo fortemente controvertibile: secondo VICOLI, *op. cit.*, 52, in realtà la lettera della disposizione costituzionale permette unicamente di ricavare solo «l'interesse alla speditezza processuale, ma non offre appigli sicuri per stabilire se, alla base, vi siano ragioni obiettive di efficienza del sistema ovvero di tutela dell'imputato e delle altre parti private»; inoltre, è stato notato che tale disposizione sarebbe l'unica presente in Costituzione con un'accezione puramente oggettiva, oltre al fatto che tale connotazione sarebbe smentita dal comma successivo della disposizione costituzionale, che, in chiave chiaramente soggettiva, riconosce all'imputato «il diritto di disporre del tempo e delle altre condizioni necessarie per preparare la sua difesa»; in questo senso, AMODIO, *op. cit.*, 58.

²⁴¹ La disposizione convenzionale, infatti, sancisce la garanzia in un'accezione soggettiva proprio perché conferisce all'individuo il diritto ad una rapida definizione del processo; la tutela apportata dall'art. 111 comma 2 Cost. appare rivolta all'intero sistema giudiziario, affidandogli l'obiettivo di pervenire all'accertamento della responsabilità in un tempo ragionevole, senza ingiustificati ritardi. Tale diverso

Attraverso l'interpolazione compiuta con la legge cost. n. 2 del 1999, il processo equo, secondo il modello previsto dall'art. 111 Cost., si arricchisce della suddetta connotazione fondamentale e in tal modo rinnega quale unico criterio guida la brevità del processo fine a sé stessa, foriera di accertamenti scadenti e sommari²⁴², ma altresì rifiuta, d'altra parte, la protrazione all'infinito della vicenda processuale.

L'inevitabile e naturale dispiegarsi della vicenda processuale nel tempo deve fronteggiarsi con altre istanze, di segno contrario, tese alla celerità nello svolgimento della funzione giurisdizionale – avanzate da più parti: dall'ordinamento, dalla collettività e dai singoli – che potrebbero essere definite con l'unica espressione di «urgenza della decisione»²⁴³. L'interesse alla celerità nella definizione dei giudizi risponde sia a un interesse di rilievo pubblico all'efficienza e all'efficacia della macchina processuale²⁴⁴, sia a interessi particolari delle parti e di quei soggetti che, pur non rivestendo la qualifica di parte, sono coinvolti in qualche misura nell'attività giurisdizionale²⁴⁵.

L'urgenza di arrivare a una definizione della vicenda processuale, come è facile intuire, potrebbe verosimilmente nuocere alla qualità dell'accertamento: il problema è particolarmente sentito in un processo di stampo accusatorio a causa delle copiose garanzie assicurate al suo interno, l'attuazione delle quali porta con sé un sensibile allungamento dei tempi processuali.

approccio sarebbe conseguenza diretta dalla diversa tipologia di controllo svolto dalle due corti: diverge l'oggetto e gli effetti del giudizio. Quello costituzionale, infatti, ricade sulla norma ordinaria e non può avere a oggetto l'effettiva durata del singolo processo; dopo aver accertato il contrasto tra la disposizione censurata e il parametro costituzionale, la Corte provvede al suo annullamento ex tunc: la norma è tamquam non esset. Al contrario, la Corte di Strasburgo, una volta accertata l'irragionevolezza della durata della vicenda processuale e la conseguente violazione del diritto soggettivo dell'individuo singolo, accorda un ristoro patrimoniale. In questo senso, COMOGLIO, *Le garanzie fondamentali del giusto processo*, in *Riv. it. sc. giur.*, 2000, 335 ss.

²⁴² In alcuni casi, infatti, si reputa ragionevole un processo non breve poiché si scopre necessario un accertamento di elevata complessità.

²⁴³ DERRIDA, *Il diritto alla giustizia*, in AA.VV., *Diritto giustizia e interpretazione*, a cura di Derrida-Vattimo, Roma, 1988, 32.

²⁴⁴ CONSO, *Costituzione e processo penale*, Giuffrè, 1969, 40.

²⁴⁵ Si pensi, ad esempio, ai testimoni. L'interesse di tutti i soggetti coinvolti, a qualsiasi titolo, dalla vicenda processuale a una più veloce possibile definizione della medesima si spiega con la constatazione per la quale, a prescindere dall'esito, il processo penale è di per sé fonte di sofferenza. CARNELUTTI, *Principi del processo penale*, Morano, 1960, 55. Fanno eccezione ai casi in cui, in sede penale, prevale l'interesse, soprattutto per l'imputato, a conseguire vantaggi particolari derivanti proprio dal decorso del tempo, come l'estinzione del reato per prescrizione.

Proprio per questa ragione, deve essere ricercato il punto di equilibrio tra le diverse spinte contrastanti, coincidente, appunto, con il concetto di durata ragionevole del processo²⁴⁶; l'utilizzo in Costituzione del concetto di ragionevolezza della durata al posto di quello della brevità o celerità del procedimento testimonia la consapevolezza del Costituente circa la necessità di un intervallo temporale idoneo ad assicurare il dispiegarsi delle tutele difensive di tutte le parti coinvolte.

Il canone della ragionevole durata del giusto processo impone che il procedimento si estenda per il tempo adeguato e sufficiente per assicurare nei diversi casi concreti il raggiungimento degli scopi del medesimo – ossia la ricostruzione dei fatti e l'accertamento delle eventuali responsabilità – e che contemporaneamente assicuri il rispetto delle garanzie di tutte le parti interessate²⁴⁷.

La misura ragionevole dell'estensione temporale della vicenda processuale è, quindi, correlata alle altre garanzie, soprattutto difensive, che rendono giusto un processo, previste dalla Costituzione²⁴⁸. Si ritiene molto interessante e utile, allo scopo della presente indagine, concentrare l'attenzione sul modo in cui il principio della ragionevole durata del processo sia stato concepito e interpretato dalla Corte costituzionale, chiamata a più riprese a maneggiare, quale criterio esegetico o parametro di legittimità, il nuovo referente costituzionale *ex art. 111 comma 2 Cost.*

²⁴⁶ Si entra, così, nella prospettiva del bilanciamento dei valori in gioco: come hanno affermato i giudici costituzionali nella sentenza Corte cost., 9 febbraio 2001, n. 32, in *Giur. cost.*, 2001, 120, «l'esigenza di garantire la maggiore celerità possibile dei processi deve tendere ad una durata degli stessi che sia, appunto, “ragionevole” in considerazione anche delle altre tutele costituzionali in materia, in relazione al diritto delle parti di agire e difendersi in giudizio garantito dall'art. 24 Cost.». L'obiettivo da raggiungere, quindi, non è quella della concentrazione a tutti i costi tempi processuali ma quello della «necessità che, tra tutti i valori ricompresi nel bilanciamento, sia necessariamente tenuto presente anche quello di una durata ragionevole del processo». Così GAMBINI, *L'intrinseca debolezza del principio di ragionevole durata del processo*, in *Giur. cost.*, 2006, 461.

²⁴⁷ FERRUA, *Il “giusto processo”*, 3^aed., Zanichelli, Bologna, 2012, 108. Secondo CECCHETTI, *Giusto processo*, cit., 610, la finalità della ragionevole durata non può dirsi sganciata dal confronto con gli altri principi costituzionali, ma «si pone necessariamente, ontologicamente, in relazione con il rispetto di quei principi».

²⁴⁸ FERRUA, *op. cit.*, 61 ss. afferma come il concetto di ragionevole durata implichi già la scelta di un determinato modello processuale, caratterizzato da alcune garanzie quali, ad esempio, il contraddittorio davanti a un giudice imparziale, il diritto all'impugnazione nei limiti *ex art. 111 comma 7*; tale concetto, quindi, può essere definito solo «a partire da quel modello che va prioritariamente individuato. Sarebbe assurdo tentare di definire prima una nozione di ragionevole durata a cui poi adattare le garanzie del “giusto” processo. Anteposta al contesto delle garanzie, l'idea di ragionevole durata risulta assolutamente vuota, capace di sospingere, nella sua arbitrarietà, verso esiti di giustizia sommaria».

È qui che emerge il carattere servente o «sussidiario»²⁴⁹ del principio in questione, il quale non potrebbe mai prevalere, e neppure comportare un'attenuazione, del diritto di difesa, essendo al contrario strumentale alla completa realizzazione del medesimo²⁵⁰. Di conseguenza, l'allungamento della durata del processo potrà dirsi irragionevole solamente nel caso in cui l'istituto che ha provocato il ritardo nella definizione del medesimo non ha fornito alcun apporto alla difesa della parte²⁵¹. Oltre al rapporto con il diritto di difesa *ex art. 24 Cost.*, sembra che l'esigenza di celerità processuale espressa dall'art. 111 comma 2 Cost. non sia paraordinata nemmeno ai caratteri del giusto processo contenuti nell'art. 111 Cost.: con i medesimi il principio entrerebbe a far parte di una sorta di un «bilanciamento ineguale», a esito del quale prevarrebbero sul medesimo gli altri diritti e garanzie costituzionali tutelati all'interno del processo²⁵².

²⁴⁹ Per FERRUA, *op. cit.*, 61, «funzione cognitiva del processo, imparzialità del giudice, diritto di difesa, sono primari valori di giustizia. La ragionevole durata svolge un ruolo sussidiario, come condizione di efficienza, qualità avverbale di una giustizia che può essere più o meno tempestiva. Il termine “sussidiario” non va inteso in senso riduttivo, designa semplicemente un ordine logico, una cadenza nella definizione dei valori». In questo senso vedi anche NAPPI, *op. cit.*, 1487 e CONTI, *Giusto processo (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Agg., V, Giuffrè, 2001, 630 ss.

²⁵⁰ TASSI, Il sindacato di ragionevolezza della corte costituzionale sul sistema penale, in *Riv.it.dir.proc. pen.*, 2002, 223 nonché FERRUA, *Garanzia del contraddittorio e ragionevole durata del processo*, in *Quest. giust.*, 2003, III, 458. Nel senso che la valorizzazione del principio in esame non possa mai condurre a una lesione del diritto di difesa, GREVI, *Spunti problematici sul nuovo modello costituzionale di «giusto processo» penale (tra «ragionevole durata», diritti dell'imputato e garanzia del contraddittorio)*, in *Pol. dir.*, 2000, 435 ss.

²⁵¹ Sul punto, si veda recentemente Corte cost., 23 luglio 2010, n. 281 e Corte cost., 27 febbraio 2009, n. 56, consultabili sul sito www.cortecostituzionale.it; in particolare, merita attenzione la sentenza Corte cost., 12 aprile 2005, n. 148, in *Giur. cost.*, 2005, 1212, la quale, nel salvare l'istituto della sostituzione del difensore *ex art. 97 comma 4 c.p.p.* con una dichiarazione di infondatezza della questione di legittimità costituzionale proposta in riferimento all'art. 3 e 111 cost., ha affermato che il meccanismo di sostituzione del difensore previsto dalla norma, nonostante provochi indubbi ritardi nella definizione del giudizio, è compatibile con il principio della ragionevole durata del procedimento *ex art. 111 comma 2 Cost.* in quanto garantisce un diritto costituzionalmente tutelato, «il che basta ad escludere la lesione del principio di ragionevole durata del processo»: «a tale principio, infatti, possono recare un vulnus solamente norme procedurali che comportino una dilatazione dei tempi del processo non sorretta da alcuna logica esigenza» poiché il concetto di ragionevolezza non può essere definito «se non in funzione della ragionevolezza degli adempimenti» che scandiscono il corso e determinano i tempi del processo.

²⁵² In Corte cost., ord., 19 novembre 2002, n. 458, in www.cortecostituzionale.it, i giudici affermano che il principio in esame non possa comportare «una vanificazione degli altri valori costituzionali che in esso sono coinvolti, primo fra i quali il diritto di difesa». Secondo CECCHETTI, *Riforma dell'art. 111 della Costituzione e giurisprudenza costituzionale: analisi e bilancio del primo triennio*, in AA.VV., *Diritti, nuove tecnologie, trasformazioni sociali. Scritti in memoria di Paolo Barile*, Cedam, 2003, 196 ss., le esigenze costituzionali che dovrebbero essere soddisfatte prioritariamente rispetto alle esigenze di speditezza del procedimento sono solo quelle connesse al principio del giusto processo, ossia il

L'utilizzo nelle decisioni della Corte del principio in esame è stato assai limitato²⁵³: in particolare, l'argomentazione compiuta con riferimento al principio della ragionevole durata appare svolta *ad adiuvandum*²⁵⁴, ossia per corroborare una decisione che potrebbe benissimo reggersi sull'accertamento della violazione di altri parametri invocati dal giudice a quo²⁵⁵.

Nei pochi casi d'accoglimento, la violazione dell'art. 111 comma 2 Cost non è stata posta a fondamento delle dichiarazioni di illegittimità costituzionale, ritenendosi anzi «assorbita» nella violazione degli altri concorrenti parametri invocati dal rimettente²⁵⁶.

A esito della breve indagine svolta nel presente paragrafo la ragionevole durata *ex art. 111 comma 2 Cost.* appare come senza dubbio un principio debole, «portato a cedere, per la sua stessa intrinseca natura, di fronte ad altri principi e diritti di valenza costituzionale»²⁵⁷.

contraddittorio, la parità delle parti, l'imparzialità e la terzietà del giudice, il contraddittorio nella formazione della prova penale.

²⁵³ La prima pronuncia successiva alla l. cost. n. 2 del 1999 che ha accolto una questione di legittimità costituzionale dell'art. 274 c.c., proposta con riferimento al parametro in esame, giunge a più di sei anni di distanza dalla riforma: ci si riferisce alla sentenza Corte cost., 10 febbraio 2006, n. 50, in *Giur. cost.*, 2006, 446; tale dato, secondo GAMBINI, *op. cit.*, 460, dimostrerebbe lo scarso impatto della costituzionalizzazione del principio in esame e la delusione delle aspettative di coloro che speravano nella capacità della nuova disposizione di provocare l'espulsione dall'ordinamento giuridico di una serie di norme processuali capaci di allungare sensibilmente sulla durata dei giudizi.

²⁵⁴ A volte, anche solamente *ad colorandum* un apparato argomentativo poggiato su altri parametri concorrenti, come afferma GAMBINI, *op. cit.*, 460.

²⁵⁵ La Corte si sarebbe avvalsa del principio non tanto come autonomo parametro di giudizio, ma come argomento ulteriore utile a corroborare valutazioni fondate su altri parametri invocati dal ricorrente, quali gli artt. 3 e 24 Cost.; in questo senso, GAMBINI, *op. ult. cit.*; ODDI, *La Corte di Cassazione e l'utilizzo spinto, in chiave ermeneutica, del principio della «ragionevole durata» del processo (ovvero: di due casi emblematici di «eccesso» di...interpretazione costituzionalmente conforme)*, in www.costituzionalismo.it.

²⁵⁶ Così Corte cost. 20 gennaio 2004, n. 24, in *Giur. cost.*, 2004, 370, con nota di ELIA, *La Corte ha fatto vincere la Costituzione*. Analogamente, Corte cost. 16 maggio 2002, n. 195, *ivi*, 2002, 1543.

²⁵⁷ GAMBINI, *op. cit.*, 465.

Capitolo II

L'astensione collettiva forense nel processo penale: al bivio tra impedimento legittimo del difensore e abbandono della difesa.

1. L'adesione del difensore all'astensione collettiva dalle udienze: uno sguardo al sistema previgente

Alla luce di quanto affermato nelle pagine che precedono, appare chiaro che il processo è stato eletto dalla classe forense come la sede privilegiata per esprimere le manifestazioni collettive di dissenso: di conseguenza, la decisione del difensore di utilizzare il mezzo dello “sciopero” per manifestare il proprio pensiero deve essere necessariamente calata nella peculiare realtà del processo penale.

L'avvocato che aderisce all'astensione collettiva dalle udienze lascia temporaneamente sguarnito l'imputato della necessaria assistenza tecnica: gli effetti processuali connessi, come vedremo, sono profondamente influenzati dalla diversità dei contesti normativi di riferimento. Infatti, le ripercussioni della scelta del difensore di non partecipare sullo svolgimento della vicenda processuale risultano inevitabilmente condizionate dal valore attribuito alla sua presenza e, più in generale, dall'importanza rivestita dalla difesa tecnica nel sistema processuale vigente in un particolare momento storico.

La figura del difensore ha subito negli anni una trasformazione profonda: sotto la vigenza del codice di rito del 1930, infatti, il *dominus* incontrastato del processo penale era il pubblico ministero, rispetto al quale il difensore assumeva un ruolo marginale. Quest'ultimo, infatti, totalmente estromesso dalla fase istruttoria, era relegato al defilato ruolo di mero garante della correttezza del giudizio tenutosi davanti al giudice del dibattimento, in un momento in cui oramai i giochi erano, in sostanza, chiusi²⁵⁸. Questa constatazione non deve sorprendere, considerato il sistema marcatamente inquisitorio caratterizzante il codice abrogato: un processo contraddistinto dall'identità tra soggetto giudicante e inquirente; segreto, in quanto basato su atti sconosciuti all'imputato e al suo difensore; scritto, in quanto la decisione era basata sostanzialmente su atti di indagine, essendo il contraddittorio ivi attuato «debole» o «sulla prova», ossia limitato all'aspetto argomentativo. L'inquisito aveva l'obbligo di collaborare con l'inquirente per raggiungere il fine ultimo del processo, ossia l'anelata verità sui fatti, mentre sulla difesa pareva gravare l'onere di dimostrare l'innocenza dell'accusato. Ancor più rileva il dato della latitanza, a quel tempo, di una disposizione di principio, sovra ordinata rispetto le disposizioni processuali – che sarà poi scolpita solennemente nella Carta fondamentale con l'art. 24 comma 2 – la quale stabilisse perentoriamente l'inviolabilità della difesa, in ogni stato e grado del procedimento e fungesse, quindi, da inevitabile termine di raffronto per le scelte legislative in tema di processo penale²⁵⁹.

Da tale scorcio è facile dedurre come all'interno del vecchio impianto processuale il difensore godesse di ben scarso risalto, e che non potesse nemmeno lontanamente vantare una posizione «alla pari» rispetto a quella ricoperta dall'organo di accusa²⁶⁰.

In un contesto in cui il difensore appariva come un mero «convitato di pietra»²⁶¹ al processo, appare quasi scontato che la mancata presentazione del difensore scelto in precedenza dall'imputato non generasse conseguenze di rilievo sullo svolgimento del processo.

²⁵⁸ Come abbiamo visto nel cap. I, par. 8. Così anche RANDAZZO, *Premesse storiche*, in BRICCHETTI, RANDAZZO, *Le indagini della difesa dopo la legge 7 dicembre 2000*, n. 397, Giuffrè, 2001, 7.

²⁵⁹ Si rimanda al cap. I, par. 8.

²⁶⁰ RANDAZZO, *op.cit.*, 3 ss.; vedi inoltre, per un'approfondita ricostruzione relativa al ruolo del difensore all'interno del processo penale italiano, APRILE, SILVESTRI, *La formazione della prova penale dopo le leggi sulle indagini difensive sul "giusto processo"*, Giuffrè, 2002, 3 ss.

²⁶¹ TORREBRUNO, *L'impedimento del difensore e l'art. 24 della Costituzione*, in *Giust. pen.*, 1973, I, 248.

Nemmeno l'ipotesi di giustificata assenza – ossia di assenza non dovuta a negligenza del difensore nominato in precedenza – integrava una causa di interruzione o sospensione dell'iter dibattimentale²⁶². Il codice di rito del 1930, infatti, pur contemplando la difesa tecnica come necessaria e indefettibile e comminando la pena della nullità del giudizio in caso di mancata assistenza in udienza del difensore dell'imputato²⁶³, trascurava di regolare l'ipotesi dell'impossibilità di partecipare all'udienza dibattimentale causata da un impedimento legittimo del difensore²⁶⁴.

A fronte della significativa mancanza di una disposizione che considerasse rilevante – al pari del legittimo impedimento dell'imputato – la giustificata assenza del difensore ai fini del rinvio del dibattimento, la giurisprudenza dell'epoca assumeva una posizione formalistica, «poco attenta al problema»²⁶⁵. Durante la vigenza del precedente codice di rito, infatti, la giurisprudenza largamente maggioritaria affermava in modo costante come l'assenza, causata da legittimo impedimento, dell'unico difensore di fiducia dell'imputato non obbligasse il giudice del dibattimento a rinviare l'udienza in considerazione della possibilità di nominare un difensore d'ufficio all'imputato, idoneo a prestare assistenza tecnica richiesta dalla legge al pari dell'avvocato di nomina fiduciaria²⁶⁶.

²⁶² Il legittimo impedimento del difensore non era nemmeno previsto dal codice del 1930: l'istituto sarà introdotto con l'art 486 comma 5 c.p.p. dal nuovo codice di procedura penale nel 1988.

²⁶³ L'articolo 125 del codice di rito abr., infatti, stabiliva che l'imputato dovesse essere in giudizio «assistito dal difensore a pena di nullità», mentre i casi di autodifesa erano previsti come eccezionali, circoscritti ai soli procedimenti per reati punibili con l'ammenda non superiore a lire tremila o con l'arresto non superiore ad un mese anche se comminati congiuntamente.

²⁶⁴ Tale mancanza è stata definita una «incomprensibile lacuna del vecchio codice» da MELCHIONDA, *Sub art. 486*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da Chiavario, V, Giappichelli, 1991, 145, tanto più che appariva circoscritta all'ipotesi di assenza del difensore incolpevolmente impedito: la simmetrica eventualità relativa all'imputato, al contrario, veniva compiutamente regolata dall'art. 497, comma 1 c.p.p. abr. Infatti, l'istituto del legittimo impedimento nasce con riferimento alla persona dell'imputato; la *ratio* del medesimo doveva ricondursi alla volontà di garantire la partecipazione del medesimo al procedimento al procedimento nel quale rivestiva il ruolo di centrale protagonista: il giudice si vedeva così costretto, in forza dell'art. 497 comma 1 c.p.p. abr., a rinviare lo svolgimento dell'udienza nel caso in cui l'imputato, per causa non addebitabile a sua negligenza, non fosse stato in grado di partecipare all'udienza. Il tema del legittimo impedimento, in particolare, era affrontato dal codice previgente all'interno della disciplina del processo in contumacia, all'interno del quale era definito quale causa ostativa al medesimo; così GIANZI, *Contumacia*, (*dir. proc. pen.*), in *Enc. Dir.*, X, Giuffrè, 2008, 472 ss.; UBERTIS, *Contumacia (procedimento in)*, *Dir. proc. pen.*, in *Enc. giur.*, IX, Treccani, 1988, 2 ss.; MOSCARINI, *La contumacia dell'imputato*, Giuffrè, 1997.

²⁶⁵ BARGIS, *L'impedimento del difensore e l'astensione collettiva dalle udienze*, in *Il diritto processuale penale nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di Conso, Edizioni scientifiche italiane, 2006, p. 219.

²⁶⁶ L'impedimento del difensore, ancorché provato, non rendeva obbligatorio il rinvio dell'udienza da parte del giudice ma, si badi bene, solo facoltativo; questo assetto era giustificato dal fatto che l'imputato si trovava nella possibilità di scegliere, alternativamente, di nominare un altro difensore o di essere assistito

Tale giurisprudenza escludeva, quindi, che potesse dirsi integrata in tali casi un'ipotesi di «assoluta necessità» ex art. 431 comma 1 c.p.p. abr.²⁶⁷ a cui sarebbe conseguito un rinvio obbligato dell'udienza da parte del giudice: il rinvio, infatti, non poteva considerarsi assolutamente necessario proprio in ragione della possibilità di nominare un difensore d'ufficio che sostituisse il difensore impedito²⁶⁸.

Si intravede in tale assetto interpretativo una concezione “minimale” della difesa tecnica ed, in particolare, una svalutazione dello specifico *quid pluris* apportato dalla difesa di fiducia, equiparata pienamente a quella d'ufficio²⁶⁹. Emerge chiaramente, infatti,

da un difensore d'ufficio. In tal senso vedi Cass., 26 ottobre 1970, Taverniti, in *Cass., pen.*, 1971, 1417; Cass., 4 marzo 1985, Gavioli, in *C.e.d.*, 169604; Cass., 13 novembre 1969, *ivi*, n. 113488. Per tale concezione formalistica, ai fini del soddisfacimento del diritto di difesa ex art. 24 Cost., era sufficiente che dal verbale del dibattimento risultasse la presenza di un difensore, non rilevando se le nomina fosse sopraggiunta in sede di udienza a causa della mancata comparizione per legittimo impedimento del difensore precedentemente nominato. *Contra*, ex multis SABATINI, *Del legittimo impedimento del difensore di fiducia a comparire in dibattimento*, in *Giust. pen.*, 1952, III, 208; secondo questo A., la violazione dell'art. 24 Cost. dovrebbe essere appurata prendendo in considerazione, oltre all'aspetto formale della funzione difensiva, pure quello sostanziale: le norme che tutelano gli interessi difensivi devono essere rispettate nella loro “essenza”, non bastando un'osservanza meramente formale delle medesime,

²⁶⁷ A cui corrisponde, nel codice vigente, l'art. 477 comma 2 c.p.p.: «il giudice può sospendere il dibattimento soltanto per ragioni di assoluta necessità e per un termine massimo che, computate tutte le dilazioni, non oltrepassi i dieci giorni, esclusi i festivi». Secondo tale giurisprudenza, non poteva dirsi integrata l'assoluta necessità di rinviare il dibattimento per l'idoneità della nomina di un difensore d'ufficio ad assicurare adeguatamente i diritti difensivi. In tal senso, Cass., 6 novembre 1964, Piccirilli, in *Cass. Pen.*, 1965, 531; Cass., 24 febbraio 1965, De Fabbro, *ivi*, 1966, 96; Cass., 7 dicembre 1965 Lglia, *ivi*, 1966, 714; Cass., 18 gennaio 1968, Foscarelli, *ivi*, 1969, 311.

²⁶⁸ La giurisprudenza dominante riteneva sufficiente provvedere alla nomina d'ufficio di un difensore per evitare una sostanziale lesione del diritto di difesa dell'imputato ai sensi dell'articolo 185 comma 1, n. 3 c.p.p. prev. Infatti, per giurisprudenza costante la sostituzione del difensore di fiducia impedito non costituiva nullità: Cass., 23 ottobre 1963, Vincitorio, in *Cass. pen.*, 1964, 255; Cass., 4 maggio 1964, Perrotti, *ivi*, 1964, 1084; Cass., 18 febbraio 1965, Bari, *ivi*, 1965, 823; Cass., 15 gennaio 1968, Cornaro, *ivi*, 1969, 311; Cass., 15 gennaio 1969, Balsamo, *ivi*, 1970, 128; Cass., 25 giugno 1969, Tamagni, *ivi*, 1970, 1709; Cass., 23 febbraio 1972, Mariani, in *C.e.d.*, 120921; Cass., 18 dicembre 1984, Romano, *ivi*, n. 168587; Cass., 13 febbraio 1985, Forestieri, *ivi*, n. 169139. A favore di tale posizione, in dottrina, seppur isolatamente, MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, II, 5^aed., 1956, 513.

²⁶⁹ Contro tale posizione si schierò la dottrina più avvertita dell'epoca, la quale, quasi unanimemente, ritene che la sostituzione del difensore di fiducia – non comparso perché impedito – con un difensore d'ufficio avrebbe comportato una tutela solo formalistica del diritto all'assistenza difensiva dell'imputato, concretando una lesione del diritto di difesa, previsto a pena di nullità dall'art. 185 comma 3 c.p.p. abr.: infatti, la maggior parte degli autori dell'epoca erano concordi nel sostenere che solamente l'impedimento definitivo – non anche quello temporaneo – potesse legittimare la sostituzione del difensore di fiducia con quello d'ufficio, a meno che tale impedimento fosse imputabile a negligenza. Vedi, a favore del riconoscimento di un vero e proprio diritto dell'imputato a essere assistito dal proprio difensore di fiducia MASSA, *Il difensore nel processo penale*, in *Arch. pen.*, 1953, I, 202; ID., *Difensore impedito, imputato indifeso?* In *Foro pen.*, 1964, 156; SABATINI, *op. cit.*, 208; ZACCONE, *Difensore di fiducia e difensore d'ufficio*, in *Giur. it.*, 1952, II, 211; FOSCHINI, *I principi fondamentali del dibattimento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1963, 1043, nonché BETOCCHI, *il binomio imputato-difensore: garanzie concrete di effettività della difesa e criteri di composizione delle situazioni di conflittualità*, in *Riv. it.dir. proc. pen.*, 1983, 83. La mancata previsione, all'interno dell'art. 498 c.p.p. abr., di un vero e proprio obbligo di sospensione

un'immagine del difensore di nomina fiduciaria quale soggetto perfettamente fungibile rispetto a un altro professionista in possesso delle sue medesime qualifiche²⁷⁰.

Tale giurisprudenza, pur escludendo recisamente la presenza di un vero e proprio obbligo²⁷¹ del giudice a rinviare l'udienza a causa di un impedimento a comparire del difensore nominato e di un corrispondente diritto al rinvio in capo allo stesso difensore, apriva alla possibilità, seppur in via di eccezione, di un rinvio da parte del giudice del dibattimento²⁷².

dell'udienza in caso di legittimo impedimento del difensore di fiducia aveva, però, superato il sindacato costituzionale in rapporto all'art. 24 Cost.: con la sentenza Corte cost., 12 dicembre 1972, n. 177, in *Giust. pen.*, 1973, I, 72, il giudice delle leggi aveva sostanzialmente ritenuto convincente l'orientamento giurisprudenziale maggioritario, nella misura in cui riteneva il diritto di difesa dell'imputato tutelato in modo sufficiente sia dalla mera facoltà di rinvio del giudice – il quale si determinava liberamente considerando l'eventuale pregiudizio nel caso concreto per gli interessi dell'imputato scaturente dalla sostituzione con il difensore di nomina d'ufficio – sia il diritto, riconosciuto per via giurisprudenziale, del difensore d'ufficio alla concessione di un termine per lo studio degli atti e per la preparazione della difesa, a pena di nullità assoluta ai sensi dell'art. 185 n. 3 c.p.p. Tale soluzione non può che definirsi insoddisfacente: a non convincere è l'attitudine dell'istituto della difesa d'ufficio ad assolvere alla funzione garantistica attribuita alla difesa tecnica dall'art. 24 Cost.: in questo senso, BARGIS, *op. cit.*, 313. Secondo quest'ultima A. il riconoscimento in capo al giudice di un potere discrezionale di disporre o meno un rinvio a fronte del legittimo impedimento del difensore di fiducia dell'imputato finiva per risolversi in una «sostanziale violazione del principio di uguaglianza, esponendo gli imputati ad una potenziale diversità di trattamento, quasi mai logicamente giustificabile». L'istituto in parola, infatti, aveva dato prova nella pratica giudiziaria di tutti i suoi limiti: i difensori d'ufficio non si erano rivelati di certo idonei ad assumere il ruolo che dovrebbe essere proprio del difensore dell'imputato, ossia quello di «polo dialettico» di un serio contraddittorio processuale: GREVI, *Introduzione*, in *Il problema dell'autodifesa nel processo penale*, a cura di Grevi, Zanichelli, 1977, 28. L'esigenza di una più attenta disciplina legislativa della difesa d'ufficio era avvertita in modo unanime dalla dottrina, la quale parificava una difesa inefficiente a una difesa mancante. Circa la necessità che il difensore espliciti una difesa «effettiva», vedi BELLERO, *Tutela sostanziale del diritto di difesa e nuovo corso della giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1972, II, 1001; CONSO, *Considerazioni in tema di contraddittorio*, in *Costituzione e processo penale*, Giuffrè, 1969, 348; DOMINIONI, *Autodifesa e difesa tecnica nel processo di prevenzione criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967.

²⁷⁰ Per questa concezione, vedi ad esempio Cass., 14 dicembre 1965, Cappiello, in *Cass. pen.*, 1966, 905; come osserva criticamente TORREBRUNO, *L'impedimento del difensore e l'art. 24 della Costituzione*, in *Giust. pen.*, I, 1973, 248: «il difensore d'ufficio è, e non può essere altro, per l'imputato, un “*quisque de populo*”, un individuo che del difensore, quello vero, quello liberamente scelto, non ha che i segni esteriori: la toga e il codice in mano».

²⁷¹ La giurisprudenza richiamata, pur negando in via di principio che l'impedimento del difensore potesse considerarsi una causa di rinvio obbligatorio del dibattimento, riconosceva al contempo un'unica eccezione: l'ipotesi dei procedimenti relativi ai reati punibili con la sola pena pecuniaria, nel caso in cui l'imputato fosse fornito di procura speciale. Solamente in queste ipotesi, l'impedimento del difensore di fiducia comportava il rinvio obbligatorio dell'udienza dibattimentale. In tal senso, Cass., 18 febbraio 1982, Antosiano, in *C.e.d.*, 153861; Cass., 26 febbraio 1982, La Forges, in *Giust. pen.*, 1983, III, 215; Cass., 27 agosto 1984, Martelli, *ivi*, III, 492; Cass., 13 febbraio 1985, Forestieri, *cit.*

²⁷² Il legittimo impedimento del difensore finiva per essere considerato quale elemento eventualmente apprezzabile dal giudice come eventualmente idoneo a sorreggere la decisione – non impugnabile – di rinviare ad altra udienza: Cass., 23 gennaio 1970, Marquis, in *C.e.d.*, 113924; Cass., 26 ottobre 1970, Taverni, *ivi*, n. 115926. In particolare, il rinvio del dibattimento poteva essere giustificato dall'impedimento del difensore qualora la situazione complessiva, considerando la complessità della causa o l'eventuale

Se nessun rilievo a quel tempo era riconosciuto, ai fini del rinvio o della sospensione del dibattimento, a un assoluto impedimento a comparire del difensore dell'imputato, è facile intuire quale trattamento processuale potesse ricevere all'interno del sistema processuale previgente l'ipotesi – poco frequente nella pratica, in realtà – dell'assenza derivante dalla libera opzione di coscienza del professionista di aderire allo "sciopero" indetto dal proprio organo di categoria.

È poi da evidenziare come, durante il periodo fascista, ogni forma di manifestazione di dissenso fosse guardata con manifesta avversione: ne è una chiara testimonianza la presenza, all'interno del codice penale sostanziale, dell'art. 330 e 333 c.p. abr.²⁷³, ai quali parte della dottrina dell'epoca non stentò a ricondurre la condotta dell'avvocato che, tramite la sua decisione di protestare attraverso l'astensione dall'attività processuale in udienza, nella pratica lasciava privo, seppur temporaneamente, il proprio cliente di assistenza tecnica difensiva²⁷⁴.

Tali reati erano inseriti all'interno dei delitti contro la pubblica amministrazione e tendevano a presidiare «il normale funzionamento della pubblica amministrazione in senso lato, in quanto particolarmente si attiene alla convenienza di assicurare, mediante la sanzione penale, la continuità, la regolarità e l'efficienza delle pubbliche funzioni, dei

rilevanza delle questioni giuridiche implicate, facesse apparire opportuno al giudice un rinvio del dibattimento. In tal senso, Cass., 8 ottobre 1970, Stabile, in *Cass. pen.*, 1971, 1417; Cass., 23 ottobre 1978, in *Giust. pen.*, 1979, III, 555. L'impedimento del difensore di fiducia risultava, quindi, di per sé idoneo a provocare il rinvio dell'udienza solo se necessario in considerazione dell'impossibilità o della non convenienza in relazione alla speditezza del procedimento, della sostituzione con un difensore d'ufficio. In tal senso, Cass., 14 maggio 1968, Bruno e a., in *Cass. pen.*, 1969, 905.

²⁷³ Tale articoli, successivamente abrogati dall'art. 11 della legge n. 146 del 1990 sull'esercizio dello sciopero nei servizi pubblici essenziali, punivano rispettivamente l'abbandono collettivo di pubblici uffici, impieghi, servizi o lavori e l'abbandono individuale di pubblico uffici o servizio o lavoro. Infatti, la condotta descritta dall'art. 330 c.p. era quella dei «pubblici ufficiali, gli incaricati di pubblico servizio aventi la qualità di impiegati, i privati che esercitano servizi pubblici o di pubblica necessità, non organizzati in imprese, e i dipendenti di da imprese di servizi pubblici o di pubblica necessità, i quali, in numero di tre o più, abbandonano collettivamente l'ufficio, l'impiego, il servizio o il lavoro, ovvero li prestano in modo da turbarne la continuità o la regolarità»; mentre l'art. 333 c.p. puniva la condotta del «pubblico ufficiale, l'impiegato incaricato di un pubblico servizio, il privato che esercita un servizio pubblico o di pubblica necessità non organizzato in un impresa, o il dipendente da imprese di servizi pubblici o di pubblica necessità, il quale abbandona l'ufficio, l'impiego, il servizio o il lavoro al fine di turbare la continuità o la regolarità» ovvero, «senza abbandonare l'ufficio o il lavoro, li presta in modo da turbarne la continuità o la regolarità».

²⁷⁴ GAZZANIGA, *In tema di abbandono della difesa per asserita violazione dei diritti dell'imputato*, in *Cass. pen.*, 1986, 1966.

pubblici servizi e dei servizi di pubblica necessità, contro lo sciopero o l'ostruzionismo, indipendentemente dal danno che il fatto illecito abbia prodotto o no»²⁷⁵.

Preso atto delle eventuali e gravi conseguenze penali addebitabili al difensore, è necessario soffermarsi sulle ripercussioni processuali della scelta del professionista di manifestare il proprio dissenso astenendosi dal partecipare all'udienza.

La giurisprudenza di quell'epoca, interrogata sul punto, si dimostrava compatta nell'affermare che gli effetti propri dell'astensione potevano propagarsi unicamente all'interno della categoria forense²⁷⁶, non essendo in alcun modo idonea a provocare «alcuna sospensione dell'attività giurisdizionale, né tanto meno la nullità del dibattimento per violazione dell'art. 185 cod. proc. pen.» ove l'imputato fosse stato regolarmente assistito dal difensore d'ufficio²⁷⁷: a quel tempo era impensabile, infatti, che la libera scelta di “scioperare” del difensore potesse intralciare il regolare moto della macchina processuale.

All'interno del sistema previgente, si escludeva con decisione la legittimità della scelta del difensore di astenersi dall'attività di assistenza tecnica a fini rivendicativi²⁷⁸, riconducendo il comportamento del professionista scioperante all'istituto dell'abbandono della difesa, disciplinato nel codice previgente nell'art. 131 c.p.p. abr., il quale prevedeva l'irrogazione di una sanzione disciplinare interdittiva²⁷⁹.

²⁷⁵ MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, V, Giappichelli, 1950, 303.

²⁷⁶ Cass., 21 ottobre 1977, Arzano, in *C.e.d.*, 137510, per cui «lo sciopero della categoria professionale esercita la propria influenza limitatamente alla categoria stessa».

²⁷⁷ Cass., 10 maggio 1989, Zeno, in *C.e.d.*, 183435; in questo senso vedi anche Cass., 27 febbraio 1974, Capuozzo, *ivi*, 128503 e Cass., 24 aprile 1985, Decio, *ivi*, 170260.

²⁷⁸ La manifestazione di dissenso da parte del difensore attraverso l'astensione dall'attività in udienza non poteva essere considerata legittima durante la vigenza del codice del 1930, in considerazione della concezione di difesa sottesa al codice medesimo, la quale emerge dalla Relazione al progetto preliminare del codice Rocco: «La libertà è certamente il requisito più necessario per l'esplicazione della funzione difensiva, libera è la professione forense, libera deve essere la difesa penale; ma è canone fondamentale del regime fascista che la libertà non possa e non debba significare licenza, e tanto meno anarchia. Essa non può conferire il diritto di danneggiare o molestare gli altri, di venire meno alle regole della buona educazione, di paralizzare l'amministrazione della giustizia, di apportare il disordine là dove sono sommamente necessari l'ordine e la disciplina.» Il difensore, infatti, era considerato quale pubblico funzionario, onerato dal dovere di collaborazione all'andamento regolare dell'apparato giudiziario. Vedi MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale*, I, 1931, 364.

²⁷⁹ Questa pena poteva consistere in una interdizione dall'esercizio della professione dai due ai sei mesi. La competenza a irrogare tale pena era riservata alla sezione istruttoria della Corte d'appello nel cui distretto aveva sede l'autorità giudiziaria precedente. In proposito, vedi MAGI, *L'astensione degli avvocati penalisti, tra istanze repressive e rivendicazione dell'effettività della difesa*, in *Cass. pen.*, 1995, I, 1717.

In quel periodo, anche a cagione del forte condizionamento politico e sociale, le azioni collettive si risolvevano in un fenomeno assai isolato e limitato, di dimensioni nemmeno lontanamente paragonabili rispetto a quelle che saranno registrate anni dopo. Il problema pratico derivante dall'assenza del difensore in udienza dovuta all'adesione del medesimo a una manifestazione di protesta poteva essere a quel tempo facilmente ovviato attraverso la nomina di un altro difensore, peraltro facilmente reperibile, dato lo scarso successo delle iniziative in questione²⁸⁰.

L'entrata in vigore della Costituzione, la ratifica da parte dell'Italia di Convenzioni internazionali relative ai diritti della persona nel processo penale, la scelta di un sistema processuale a vocazione accusatoria costituiscono gli imprescindibili elementi che porteranno all'interno dell'orizzonte del processo penale una vera e propria rivoluzione copernicana in senso garantistico e – per quel che più interessa al fine del nostro discorso – a una completa rivalutazione del diritto di difesa e dell'apporto della difesa tecnica²⁸¹. La presenza, all'interno della fonte suprema, di una disposizione che sancisce perentoriamente l'inviolabilità della difesa dal 1948 costringerà il legislatore ordinario a confrontarsi in relazione ad ogni scelta legislativa inerente alla difesa penale con tale parametro inevitabile e irrinunciabile. La stagione successiva all'affermazione dei principi costituzionali, contraddistinta dalla convivenza della Costituzione con il codice autoritario Rocco, fu denominata “garantismo inquisitorio” proprio per lo sforzo della Corte costituzionale di tentare di liberalizzare il codice Rocco, adeguandone le norme al dettato costituzionale; si scorge chiaramente, all'interno delle pronunce della Corte l'intenzione dei giudici di limare attraverso importanti e coraggiose aperture garantiste, gli aspetti più rigidamente inquisitori del codice previgente²⁸².

²⁸⁰ Cass., 10 maggio 1989, Zeno, cit.

²⁸¹ In questo senso, vedi la delega legislativa al governo per l'emanazione del nuovo codice di procedura penale, in particolare l'art. 2 della legge 16 febbraio 1987, n. 81. In tale delega è ben chiara l'intenzione del legislatore di scolpire una figura del difensore del tutto nuova e di abbandonare la concezione di «difesa di posizione» invalsa nel codice Rocco, per trasformarla in una più incisiva «difesa di movimento». Così, DOMINIONI, *Le investigazioni del difensore ed il suo intervento nella fase delle indagini preliminari*, in *Dif. pen.*, 1990, 26.

²⁸² All'interno della stagione del c.d. garantismo inquisitorio, con riferimento al ruolo del difensore in particolare, la Corte costituzionale valorizzò l'apporto della difesa tecnica nella sentenza del 16 dicembre 1970, n. 190 e nella sentenza del 19 aprile 1972, n. 62, rendendo necessaria la partecipazione del difensore, rispettivamente, nell'ambito dell'interrogatorio istruttorio e della testimonianza a futura memoria.

Come vedremo nel paragrafo che segue, la vera svolta in campo di diritto di difesa, e in particolare nell'accezione dell'assistenza tecnica, è stata impressa attraverso l'entrata in vigore del codice del 1988. A fronte delle rinnovate coordinate storiche, sistematiche e normative, la scelta del legislatore del 1930 di rendere impermeabile lo sviluppo del processo rispetto alla mancata comparizione del difensore nominato in precedenza attraverso la sua pronta sostituzione con un difensore d'ufficio si è rivelata una strada non più percorribile nel contesto del sistema processuale instauratosi attraverso il codice Vassalli del 1988.

2. L'adesione all'astensione collettiva sotto la vigenza del codice di rito del 1988: il mutamento di prospettiva imposto dall'adozione di un sistema processuale a vocazione accusatoria

A pochi anni dall'entrata in vigore del codice di procedura penale del 1988, gli interpreti e gli operatori del processo penale, sorpresi dal dilagare delle astensioni collettive forensi, per la prima volta furono costretti a misurarsi con tale inedita ipotesi di assenza del difensore.

Come abbiamo visto, l'avvocato che sceglie di aderire all'astensione promossa dalla categoria, infatti, lascia temporaneamente sguarnito il proprio assistito dal necessario presidio tecnico: a tale situazione fattuale, però, a quel tempo corrispondeva un desolante vuoto di risposte legislative.

Gli studiosi del processo penale, a fronte di un'ingiustificata latitanza del legislatore – il quale rispetto questa emergenza ha dimostrato di possedere tempi di reazione assai rallentati²⁸³ – hanno affannosamente cercato di riparare alle ricadute dell'irruzione nella realtà processuale del peculiare fenomeno dell'astensione collettiva dei difensori. Le due principali questioni da risolvere, infatti, erano costituite dalla qualificazione giuridica di questa particolare e inedita ipotesi di assenza del difensore e, soprattutto, dall'individuazione degli effetti della mancata presenza del difensore dovuta all'adesione del medesimo allo “sciopero” sugli sviluppi del procedimento.

Come abbiamo avuto già modo di sostenere in rapporto al sistema previgente, la scelta di un determinato modello processuale si rivela determinante per l'efficacia della difesa dell'imputato²⁸⁴, anche nell'accezione specifica della difesa tecnica.

²⁸³ Infatti, il legislatore si occuperà in modo specifico del fenomeno delle astensioni solamente con la legge 11 aprile 2000, n. 83. modificativa della legge 12 giugno 1990, n. 146 sui servizi pubblici essenziali: un intervento, d'altronde, inevitabile dopo la sentenza della Corte costituzionale 27 maggio 1996, n. 171. Più approfonditamente, vedi *supra*, cap. I.

²⁸⁴ FERRUA, *Difesa (diritto di)*, in *Dig. disc. pen.*, 1989, III, 466; L'A. ricorda che tale concezione è prevalsa solo successivamente: in un primo momento, infatti, si era affermata una diversa teoria, per la quale l'efficacia della difesa non dipendeva dalla struttura processuale, ossia dal rapporto intercorrente tra le

Il codice di rito del 1988 definiva un processo dominato dalla presunzione di non colpevolezza: l'onere probatorio veniva in questo modo invertito, ormai tutto rovesciato sulle spalle del pubblico ministero. All'interno del processo, inoltre, era celebrato il principio della separazione delle fasi²⁸⁵, venivano abbandonati i canoni della scrittura e della segretezza del procedimento per abbracciare i contrapposti principi dell'oralità e del contraddittorio. In merito a quest'ultimo principio, il sistema processuale del 1988 era contraddistinto dall'adozione di un contraddittorio «per» la prova, il quale veniva celebrato quale metodo di conoscenza prioritario, poiché considerato quello più efficace, all'interno del processo penale; tale metodologia implica, come logico corollario, l'affermazione del principio di parità dei contraddittori: lentamente, le parti sono trasformate così da «oggetti della potestà giurisdizionale a soggetti della dialettica del contraddittorio»²⁸⁶.

In questo modo, almeno a livello astratto, riesce a farsi avanti un'immagine di difensore attivo, partecipe, finalmente vero e proprio contraddittore all'altezza del proprio contendente. L'adozione di questo modello processuale di parti impone, quindi, il riconoscimento del diritto di difesa nella particolare accezione del diritto di «difendersi provando»²⁸⁷.

Quest'ultimo riceve un riconoscimento testuale all'interno del codice di procedura penale del 1988 nell'art. 190 c.p.p., per il quale, appunto, «le prove sono ammesse a richiesta di parte». Nell'architettura del neonato codice di rito, però, non figurava alcuna ulteriore disposizione che definisse l'esercizio concreto, da parte del difensore, del suddetto diritto: l'assenza di una disciplina dedicata alla ricerca e alla raccolta del materiale investigativo da parte del difensore e a favore dell'imputato risultava ancora

funzioni dei vari soggetti e le fasi del procedimento, ma, piuttosto, dalle garanzie difensive singolarmente considerate previste all'interno del codice di rito In questo senso vedi anche APRILE, SILVESTRI, *op. cit.*, 4.

²⁸⁵ Secondo tale impostazione, infatti, le fasi processuali delle indagini e del giudizio devono essere nettamente separate in ordine alla loro diversa finalità: la fase preliminare è tesa, infatti, alla ricerca e alla raccolta delle fonti di prova – che solo potenzialmente potrebbero poi, in dibattimento, trasformarsi in prove – e alle determinazioni del pubblico ministero in ordine all'esercizio dell'azione penale; la fase del giudizio, invece, costituisce il terreno d'elezione per la formazione delle prove nel contraddittorio delle parti.

²⁸⁶ GIARDA, *Un cammino appena iniziato*, in *Le indagini difensive*, legge 7 dicembre 2000, n. 394, Ipsosa, 2001, 8.

²⁸⁷ La fortunata espressione è stata coniata per la prima volta da Giuliano Vassalli e vuole indicare il diritto dell'imputato «a non vedere menomata la propria possibilità di difesa attraverso un'arbitraria restrizione dei mezzi di prova offerti al giudice o all'oggetto della prova proposta»; in questo senso, vedi VASSALLI, *Il diritto di difendersi provando nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, 12.

più evidente a fronte della dettagliata disciplina delle indagini svolte dal pubblico ministero e dalla polizia giudiziaria.

Per trovare una disposizione diretta a rendere possibile la partecipazione attiva del difensore durante tutti i momenti di formazione della prova²⁸⁸ è necessario volgere lo sguardo alla normativa di attuazione del codice, precisamente all'art. 38 disp. att. c.p.p., oggi abrogato, il quale riconosceva ai difensori delle parti private, anche a mezzo di sostituti o investigatori privati, la facoltà di svolgere investigazioni di carattere esplorativo, onde vagliare preventivamente i contenuti e l'attendibilità della fonte probatoria.

La disposizione in esame, comprensibilmente, fu molto criticata, sia per la collocazione sistematica inadatta che per i laconici contenuti. Risulta necessario, però, guardare oltre alle numerose note di biasimo che potevano essere rivolte all'art. 38 disp. att.: infatti, bisogna riconoscere a questo articolo il merito di aver sancito, per la prima volta, l'attuabilità in concreto del diritto alla prova, nella particolare accezione di «difendersi provando» ad opera del difensore²⁸⁹ e di aver, quindi, aperto la strada alla lenta e progressiva attribuzione in capo al difensore penale di poteri sempre più ampi e penetranti²⁹⁰.

²⁸⁸ Si allude qui all'esigenza di ritagliare un ruolo competitivo al difensore fin dalle indagini preliminari, luogo in cui sono raccolti gli elementi che, potenzialmente, potrebbero diventare, attraverso il contraddittorio dibattimentale, prove fondanti il convincimento del giudice. Tale necessità rinviene un solido fondamento costituzionale nell'art. 24 comma 2 Cost.

²⁸⁹ DI CHIARA, *Le linee prospettive del «difendersi ricercando»: luci e ombre sulle «nuove» investigazioni difensive*, in *Leg. pen.*, 2002, 7. Infatti, la norma finisce per specificare l'art. 190 c.p.p., asserendo che il diritto di difendersi dev'essere esercitato necessariamente dal difensore attraverso un'attività di ricerca del materiale probatorio. Parla, così, di un diritto di «difendere cercando» GIARDA, *op. cit.*, 10.

²⁹⁰ Tale lungo cammino non è stato affatto lineare: in particolare, la tendenziale parità delle parti è stata intaccata, negli anni appena successivi all'introduzione del codice di rito del 1988, da un ritorno alle logiche inquisitorie proprie del modello processuale previgente, incoraggiate anche da varie pronunce della Corte costituzionale: tale spinta ha indotto, inevitabilmente, un'alterazione degli equilibri tra accusa e difesa, i quali verranno ristabiliti solamente grazie alla l. cost. 23 novembre 1999, n. 2, introduttiva dei principi del giusto processo. Tale modifica costituzionale, oltre a riaffermare la centralità del dibattimento nel processo penale, ha il merito di riaffermare con forza la necessità di un'effettiva parità tra le parti, attraverso il comma 2, ma soprattutto il comma 3 dell'art. 111 Cost. Tali disposizioni costituzionali, riconoscendo rango primario al principio di parità tra accusa e difesa, rispettivamente in ogni processo e nel processo penale, renderanno ineludibile un ripensamento globale alla figura del difensore penale, il quale si concreterà nella legge 7 dicembre 2000, n. 397; quest'ultimo intervento, oltre ad abrogare l'art. 38 disp. att. c.p.p., ha riformulato l'intera materia delle indagini difensive, introducendo all'interno del tessuto codicistico il titolo VI *bis* all'interno del libro V, finalmente dedicato alle investigazioni difensive. Con tale intervento legislativo, il diritto dell'imputato di «difendersi provando» è garantito nella sua accezione di «difendersi investigando»: viene finalmente conferita, così, una pari dignità alle investigazioni del difensore rispetto a

Tratteggiato così sinteticamente il contesto nel quale, all'inizio degli anni Novanta, irrompe, dilagante, il fenomeno delle astensioni forensi, è facile intuire che il problema dell'assenza in udienza del difensore non potesse essere risolto come nel 1930, in modo parimenti sbrigativo.

Al "nuovo" difensore è riconosciuto attraverso il codice del 1988, oltre ad un ruolo attivo nella ricerca ed elaborazione della prova, la facoltà di impulso processuale a tutela degli interessi dei propri assistiti; conseguentemente, la sua partecipazione richiede un'adeguata tutela, attuata, ad esempio, attraverso la previsione della nullità per i casi di «assenza», «omesso intervento, assistenza o rappresentanza dell'imputato» *ex art. 178 comma 2, lett. d c.p.p.*

D'altronde, in un sistema che riconosce un ruolo da protagonista nella scena processuale al difensore, la scelta di quest'ultimo di non comparire in udienza non avrebbe potuto essere priva di conseguenze o facilmente risolvibile attraverso una nomina ufficiosa²⁹¹. Tramonta la concezione "minimale" della difesa tecnica, invalsa nel vecchio codice, per la quale la difesa di fiducia era pienamente equiparata alla difesa d'ufficio; il difensore di nomina fiduciaria, infatti, è l'unico soggetto a possedere un'effettiva e approfondita conoscenza del processo e, quindi, il solo in grado di sfruttare al meglio le *chance* difensive a disposizione dell'imputato²⁹².

Oltre che per il ruolo l'importanza del difensore – ormai riconosciuto, come abbiamo visto, come presenza centrale e irrinunciabile all'interno del processo penale²⁹³ –

quelle condotte dalla parte pubblica. In argomento, vedi GATTO, *Le investigazioni preventive del difensore*, Giuffrè, 2003; DI CHIARA, *op. cit.*, 7.

²⁹¹ Come era avvenuto all'interno del sistema inquisitorio retto dal codice di rito del 1930: vedi par. precedente.

²⁹² La diversa connotazione che assume la difesa tecnica nel nuovo codice porta gli studiosi a interrogarsi sulla profonda differenza tra difesa d'ufficio e difesa fiduciaria, riferendosi, in particolare, all'idoneità della nomina di un difensore d'ufficio a rimediare all'assenza in udienza del difensore di fiducia precedentemente nominato. Il tema era stato già affrontato durante la vigenza del codice abrogato: CHIAVARIO, *Processo e garanzie della persona*, II, Giuffrè, 1982, 113 ss.; KALB, *Malattia del difensore di fiducia e insufficienza della difesa d'ufficio*, in *Giust. Pen.*, 1981, III, 7; come osserva TORREBRUNO, *op. cit.*, 248: «Il difensore d'ufficio è, e non può essere altro, per l'imputato, un "*quisque de populo*", un individuo che del difensore, quello vero, quello liberamente scelto, non ha che i segni esteriori: la toga e il codice in mano».

²⁹³ L'irrinunciabilità della difesa tecnica è stata dapprima affermata dalla giurisprudenza costituzionale, per la quale «il diritto di difesa nell'ambito del processo penale comprende in sé, oltre alla facoltà di difendersi del cittadino, anche, ove egli non la eserciti, l'obbligo per lo Stato di provvedere alla difesa di lui, con la nomina di un difensore». Così Corte cost., 18 maggio 1970, n. 69, in *Giur. cost.*, 1970, 973. Successivamente, tale interpretazione del diritto di difesa è stata cristallizzata nell'art. 97 del nuovo codice di rito, il quale prevede l'esigenza dell'assistenza di un difensore nominato d'ufficio nel caso in cui

l'attenzione degli studiosi e degli operatori del processo fu attirata da tale fenomeno a causa della sua frequenza e dell'imponente livello di partecipazione e adesione a tali manifestazioni: infatti, l'esigenza di affrontare il fenomeno e arginarne le conseguenze si è imposta solo quando quest'ultimo, per frequenza ed entità partecipativa, ha dimostrato di possedere la capacità e la forza concreta per paralizzare la funzione giurisdizionale.

Nei primi anni Novanta, infatti, l'astensione dall'attività processuale diviene per la categoria forense il canale preferenziale – e quello più efficace – di manifestazione del proprio malcontento rispetto a scelte legislative relative al processo penale²⁹⁴.

A fronte della mancanza di una disciplina normativa espressa e specifica, l'inquadramento giuridico e processuale delle astensioni collettive forensi si è rivelata un'operazione assai ardua: le prolungate assenze dei difensori dalle udienze a fini di protesta sono state ricollegate dagli operatori e dagli studiosi del processo penale a istituti assai diversi, ideati dal legislatore per finalità molto lontane rispetto alla specifica regolamentazione della peculiare ipotesi di adesione del difensore all'astensione collettiva dalle udienze.

Tale sforzo, però, non restituì risultati unanimi: in giurisprudenza, infatti, è stato lungamente controverso se l'adesione del difensore all'astensione collettiva dalle udienze dovesse configurarsi come legittimo impedimento del difensore o come abbandono della difesa, benché giustificato dall'esercizio di un diritto costituzionalmente tutelato.

La prima tesi, sulla quale ci soffermeremo nei primi paragrafi, sostenuta dalla giurisprudenza maggioritaria della Corte di cassazione dell'epoca, riconduceva la mancata partecipazione del difensore all'udienza motivata dall'adesione del medesimo allo "sciopero" di categoria all'istituto del legittimo impedimento del difensore precedentemente nominato²⁹⁵, idoneo a provocare il rinvio del dibattimento ai sensi dell'art. 486 comma 5 c.p.p.²⁹⁶

l'imputato non abbia provveduto alla nomina di un difensore di fiducia o nel caso in cui ne fosse rimasto privo.

²⁹⁴ MAGI, *op.cit.*, 1716.

²⁹⁵ Per ragioni di efficacia espositiva, la seconda tesi sarà esaminata approfonditamente nel paragrafo n. 3 e n. 7.

²⁹⁶ Cass., 8 luglio 1991, Loiacono, in *Cass. pen.*, 1992, 3056.

Tale qualificazione si consolidò nelle pronunce successive fino a essere avallata in seguito anche dalla Corte costituzionale, la quale affermò esplicitamente che l'«esercizio di un diritto tutelato costituzionalmente», «qualora comporti l'astensione dalle udienze, costituisce legittimo impedimento del difensore (...) e determina necessariamente il rinvio»²⁹⁷.

L'opzione dell'avvocato di aderire alla manifestazione di protesta e di disertare l'udienza finiva per integrare così l'«assoluta impossibilità a comparire» necessaria, ai sensi dell'art. 486 comma 5 c.p.p., a determinare il rinvio della trattazione della causa all'udienza successiva.

Al fine di comprendere a fondo la *ratio* e individuare gli eventuali punti deboli della manovra interpretativa compiuta da tale giurisprudenza, risulta necessaria una breve ricognizione dell'istituto in parola: nella prosieguo della trattazione ci soffermeremo sulla disciplina del medesimo nonché sulle elaborazioni giurisprudenziali e dottrinali che nel tempo hanno contribuito a riempire tale disposizione di significato.

3. Lo “sciopero” dalle udienze come legittimo impedimento del difensore. La discussa compatibilità della scelta di aderire all'iniziativa di categoria con l'assoluta impossibilità a partecipare all'udienza

Agli inizi degli anni Novanta, a fronte delle dimensioni ormai non più trascurabili del fenomeno dell'astensione collettiva forense, la Corte di cassazione iniziò a ricondurre tale peculiare forma di assenza in udienza del difensore all'istituto del legittimo impedimento del difensore.

²⁹⁷ Corte cost., 27 maggio 1996, n. 171.

A quel punto, infatti, in mancanza di una regolamentazione legislativa che si preoccupasse di disciplinare le modalità di esercizio della scelta di protestare del difensore e i suoi riflessi sul normale svolgimento del processo penale, furono i giudici a ricercare la veste processuale più consona, tra gli istituti previsti dal codice, per tale eccentrica ipotesi di assenza del difensore.

Tale giurisprudenza inquadrava la scelta del singolo legale ad aderire all'astensione collettiva come atto di esercizio, all'interno del processo penale, del «diritto di sciopero» tutelato dalla Costituzione ed eleggeva l'istituto del legittimo impedimento quale via per conferire legittimazione, all'interno del processo penale, all'opzione di astenersi del difensore, in quanto capace di attribuirle adeguato rilievo, «determinando necessariamente il rinvio del dibattimento»²⁹⁸.

Al fine di comprendere il grado di consapevolezza insita nell'operazione ermeneutica di assimilazione dell'astensione collettiva al legittimo impedimento del difensore, appare necessario volgere l'attenzione al significato di «legittimo impedimento» e di «assoluta impossibilità» a comparire in udienza – così come costruita nel corso degli anni da dottrina e giurisprudenza – e confrontarlo con le concrete modalità di esercizio dello “sciopero” del singolo difensore: solamente percorrendo questa via, infatti, sarà possibile sindacare la sostenibilità della suddetta impostazione.

Con riferimento al primo profilo, mettendo a confronto la nuova disposizione con la disciplina dell'impedimento legittimo dell'imputato quale causa legittimante il rinvio dell'udienza, appare subito evidente la mancanza, nella formulazione dell'art. 468 comma 5 c.p.p. prima e dell'art. 420 *ter* c.p.p. dopo, del riferimento al «caso fortuito» e alla «forza maggiore»²⁹⁹. Al loro posto, è utilizzata la generica locuzione di «legittimo impedimento», la quale, in ragione della sua ampiezza, è stata ritenuta idonea a contenere entrambe le ipotesi, seppur non espressamente richiamate³⁰⁰.

²⁹⁸ Cass., 8 luglio 1991, Loiacono, cit.

²⁹⁹ Il caso fortuito è definito dalla dottrina come un evento imprevedibile che, seppur in astratto sormontabile, cogliendo di sorpresa il soggetto si rivela un ostacolo insuperabile in concreto; alla forza maggiore, invece, sono ascritte tutte quelle situazioni in cui l'evento, nonostante la prevedibilità, sia connotato da una forza irresistibile, alla quale il soggetto non è in grado di opporsi in alcun modo. Così, BALZAROTTI, *op.cit.*, 453.

³⁰⁰ BALZAROTTI, *op.cit.*, 455. L'A. afferma, infatti, che tale locuzione racchiude in sé «tutti i fatti ostativi alla comparizione in modo assoluto», e quindi, pure il «caso fortuito» e la «forza maggiore». D'altronde, sarebbe arduo sostenere il contrario: per questa via, infatti, si riconoscerebbe al difensore un «diritto al

Al fine di riempire di significato la locuzione di legittimo impedimento, è necessario riferirsi ai due elementi che il legislatore utilizza per strutturare l'istituto; quest'ultimo, infatti, ricorrendo al concetto di «impossibilità» e di «assolutezza» con riferimento all'incolpevole impedimento del difensore a partecipare all'udienza, dimostra di voler utilizzare i medesimi tratti costitutivi dell'impedimento legittimo dell'imputato, disciplinato dall'art. 497 c.p.p. abr.

Per definire questi due concetti si rende necessario, quindi, recuperare l'elaborazione giurisprudenziale e dottrinale relativa alla simmetrica fattispecie modellata sull'imputato.

Per quanto riguarda il primo connotato dell'evento impeditivo, dal perimetro dell'assolutezza fu subito espulsa una semplice difficoltà a comparire in udienza, pretendendo, al fine di arrestare il regolare svolgimento della programmata attività processuale, un *quid pluris* rispetto all'ostacolo organizzativo agevolmente superabile³⁰¹.

Al contempo, era sentita anche l'esigenza interpretativa opposta di ripudiare letture troppo restrittive della disposizione: da un lato, si voleva evitare di identificare l'impedimento idoneo a provocare il rinvio in un ostacolo naturalisticamente non superabile attraverso le umane risorse, dall'altro si proponeva di misurare l'impedimento avvalendosi – non di un metro oggettivo, indipendente dalle circostanze del caso concreto – bensì, al contrario, di un parametro soggettivo, plasmato sulle specifiche esigenze del soggetto impedito, sempre diverse³⁰².

L'adozione di tali estreme interpretazioni, infatti, rendendo troppo ardua l'applicazione concreta della disposizione in esame, avrebbe avuto come ineluttabile esito lo svuotamento di una norma concepita al fine di garantire il più possibile la presenza attiva del soggetto processuale.

rinvio per un ostacolo di natura legale e non ad esempio per una malattia»; così FASSONE, *il giudizio*, in FORTUNA, DRAGONE, FASSONE, GIUSTOZZI, PIGNATELLI, *Manuale pratico del nuovo processo penale*, 4^a ed., Cedam, 1995, 756.

³⁰¹ Seppur con riferimento all'istituto della restituzione in termini, UBERTIS, *Commentario al nuovo codice di procedura penale*, diretto da Amodio, Dominioni, art. 175-176 c.p.p., II, Giuffrè, 1989, 284.

³⁰² CAVALLARI, *La restituzione nel termine nel sistema processuale penale*, Cedam, 1957, 188; MOSCARINI, sub art. 183 bis c.p.p., in *Commentario breve al codice di procedure penale*, a cura di Conso, Grevi, Cedam, 1987, 605.

In questo modo, si approdò a un'interpretazione mediana: il concetto di assolutezza è stato definito attraverso quello di «esigibilità» dello sforzo per superare l'impedimento a comparire in giudizio: il rinvio doveva essere concesso tutte le volte in cui la comparizione in giudizio comportasse un sacrificio di significativa intensità, a causa della presenza di un impedimento superabile solo attraverso uno sforzo non esigibile dal singolo, in quanto oltrepassante i limiti desumibili dall'ordinamento, quali «il diritto all'integrità fisica e morale, la tutela del diritto di famiglia, l'obbligo di non commettere illeciti»³⁰³.

Il legittimo impedimento del difensore, quindi, oltre ad essere stato costruito dal legislatore in modo assai stringente – sia esigendo la prova dell'evento impedimento³⁰⁴, sia attraverso il ricorso al concetto di un'impossibilità di comparire tendenzialmente insuperabile – è stato interpretato in modo assai rigoroso dalla giurisprudenza. La restrittiva lettura giurisprudenziale della disposizione è stata giustificata dall'esigenza di trovare un equilibrio tra il perseguimento della *ratio* della norma – ossia quella di garantire l'effettiva partecipazione dell'imputato e del suo difensore – e il contenimento del rischio del ricorso all'istituto in parola per raggiungere pretestuosi vantaggi, quali un'opportunistica dilazione del giudizio o, addirittura, la maturazione della prescrizione del reato.

Tali letture giurisprudenziali, improntate a «un giusto rigore sulla valutazione della esistenza e dell'attualità» dell'impossibilità di comparire, a una corretta definizione del concetto di impedimento, e, infine, all'attribuzione dell'onere della prova in capo al difensore intenzionato ad evocare il legittimo impedimento, rispondevano alla sentita preoccupazione che non venissero trascurate, oltre alle aspettative di giustizia della persona offesa, anche «l'interesse della collettività al corretto ed efficace funzionamento della macchina giudiziaria»³⁰⁵.

Nell'applicazione pratica, ad esempio, l'avanzato stato di gravidanza del legale non integrava *ex se* legittimo impedimento, richiedendo a tale scopo una certificazione medica attestante il pericolo per la gestante, insito all'espletamento dell'attività

³⁰³ UBERTIS, *op. cit.*, 248; MOSCARINI, *sub art. 183 bis c.p.p.*, cit., 308.

³⁰⁴ Non accontentandosi, come per l'impedimento dell'imputato dovuto a caso fortuito o forza maggiore, della mera probabilità del medesimo; vedi *supra*, par. 2.

³⁰⁵ BALZAROTTI, *op. cit.*, 450.

lavorativa in udienza³⁰⁶; l'oggettiva difficoltà di raggiungere il tribunale, dovuta allo sciopero dei mezzi pubblici, non costituiva legittimo impedimento nel caso in cui fosse comunque possibile raggiungere con anticipo il tribunale, servendosi dei mezzi medesimi nel tempo in cui lo sciopero non era operativo³⁰⁷; infine, il riconoscimento del legittimo impedimento per concomitante impegno professionale non era concesso con larghezza, esigendo la dimostrazione del carattere essenziale e infungibile dell'apporto del difensore impegnato altrove e la conseguente impossibilità di sostituirlo con altro professionista, oltre che l'assenza di un secondo difensore precedentemente nominato e i motivi per i quali non fosse possibile nominare un sostituto³⁰⁸.

Alla luce di questa considerazione³⁰⁹, appare alquanto incoerente l'indirizzo giurisprudenziale che ha ravvisato un legittimo impedimento a comparire nella scelta del professionista di non esercitare l'attività difensiva in udienza come segno di protesta; se, infatti, il legittimo impedimento del difensore era stato riconosciuto, con riferimento a tutte le altre ipotesi pratiche, in una situazione in cui non vi era per il professionista un margine di scelta di partecipare o meno all'udienza ma una vera e propria impossibilità di farlo³¹⁰ – che, tra l'altro, doveva essere provata dal medesimo – non è seriamente difendibile la riconduzione della condotta del difensore astinente all'istituto in questione, in considerazione della natura del tutto libera e incondizionata della scelta del professionista di partecipare all'agitazione.

Anche dal punto di vista fattuale e fenomenico è possibile notare la distanza dell'ipotesi di adesione all'astensione forense da tutti gli altri casi di applicazione pratica dell'istituto del legittimo impedimento a comparire: il difensore astinente, infatti, molte volte è presente fisicamente all'udienza, e la sua comparizione in tale sede è motivata proprio dalla volontà di dichiarare la propria intenzione rivendicativa³¹¹.

³⁰⁶ Cass., 4 maggio 1998, Mei, in *Foro it.*, 1998, II, 449.

³⁰⁷ Cass., 10 marzo 2005, Prando, in *Guida al dir.*, 2005, f. 35, 100.

³⁰⁸ *Ex multis*, Cass., 27 gennaio 1995, Moretti, in *Cass. pen.*, 1996, 2239.

³⁰⁹ L'efficace ragionamento è svolto da IAFISCO, *Nuovo orientamento della suprema corte in tema di adesione del difensore alle astensioni dalle udienze e regime della prescrizione: inapplicabili i limiti di durata della sospensione previsti per il legittimo impedimento*, in *Cass. pen.*, 2008, 4092.

³¹⁰ Cass., 12 febbraio 2008, Rosano, in *Cass. pen.*, 2008, 4085 ss.

³¹¹ Più che un impedimento a comparire sembrerebbe un impedimento a esercitare l'attività difensiva conseguente alla scelta di partecipare alla protesta collettiva. In questo senso, MAGI, *L'astensione degli*

L'argomento più convincente per escludere la correttezza della qualificazione dell'adesione all'astensione come legittimo impedimento, però, rimane quello imperniato sulla volontarietà e libertà della scelta del difensore a non prestare la propria opera in udienza: in questo senso, appare davvero arduo sostenere in modo credibile che l'astensione possa integrare un'assoluta impossibilità partecipativa che legittimerebbe un rinvio dell'udienza ai sensi dell'art. 420 *ter* c.p.p.,³¹².

A fronte dei forti dubbi circa l'aderenza di tale tesi alla lettera del codice e alla sua successiva interpretazione giudiziale, ci si chiede se la *ratio* di tale ricostruzione, più che in un consapevole inquadramento giuridico del fenomeno nell'alveo dell'impedimento a comparire, debba essere ricercata altrove.

In particolare, alcuni autori hanno indicato, quale vera giustificazione della tesi in esame, l'esigenza di attribuire legittimità e, ancora prima, liceità penale all'astensione; infatti, vi sono state pronunce che non hanno stentato a ravvisare nella condotta del difensore "scioperante" un illecito penale, in particolare il reato previsto dall'art. 340 c.p., il quale punisce «chiunque, al di fuori dei casi preveduti da particolari disposizioni di legge, cagiona una interruzione o turba la regolarità di un ufficio o servizio pubblico o di un servizio di pubblica necessità»³¹³.

Tale tesi tramontò definitivamente con la pronuncia costituzionale del 27 maggio 1996, n. 171, con la quale, come abbiamo visto in precedenza, la Corte non solo escluse la rilevanza penale della condotta del difensore astinente ma ne affermò la rilevanza costituzionale, riconducendola a «un'area connessa alla libertà di associazione»³¹⁴.

Un altro indirizzo giurisprudenziale – il quale, senza arrivare ad affermarne la rilevanza sul piano penale, era teso anch'esso alla stigmatizzazione del comportamento del

avvocati penalisti, tra istanze repressive e rivendicazione dell'effettività della difesa, in *Cass. pen.*, 1995, 1723.

³¹² Così GREVI, *L'adesione allo «sciopero» dei difensori non costituisce «legittimo impedimento» (a proposito del regime di sospensione del corso della prescrizione)*, in *Cass. pen.*, 2006, 2059. Per l'A., la scelta del difensore di astenersi rimarrebbe «pur sempre di una opzione di natura volontaria, rimessa alle valutazioni soggettive del difensore e basata su criteri di opportunità di fatto, riferibili anche alle concrete situazioni dei singoli processi».

³¹³ Pret. Monza, 15 maggio 1993, Garlatti, in *Foro it.*, 1994, II, 186. Questa è una delle poche fattispecie incriminatrici, tese alla tutela della continuità del servizio pubblico di amministrazione della giustizia, sopravvissute all'opera di depenalizzazione compiuta dalla l. 146 del 1990. Sulla rilevanza penale della condotta del difensore scioperante durante la vigenza del codice del 1930, vedi *supra*, par. 1.

³¹⁴ Per un esame approfondito di tale fondamentale pronuncia, vedi cap. 1, par. 6.

difensore astinente – ravvisò in tale evenienza un'ipotesi di abbandono della difesa *ex* art. 105 c.p.p.³¹⁵; tale disposizione, infatti, dà rilievo disciplinare ad alcuni riprovevoli comportamenti del difensore che si ripercuotono sul rapporto con l'assistito; secondo tale opinione, la condotta astensionista avrebbe integrato senz'altro i presupposti richiesti al fine dell'irrogazione della sanzione disciplinare, comportando una rilevante mancanza del professionista nei confronti del proprio cliente poiché priva quest'ultimo dell'imprescindibile assistenza tecnica³¹⁶.

La configurazione dell'astensione come legittimo impedimento rappresentò il primo tentativo – quantomeno maldestro a livello dogmatico – di respingere questi indirizzi volti a disconoscere la legittimità dell'astensione e, contemporaneamente, di valorizzare la nobiltà della scelta del difensore a favore dell'astensione, intendendo quest'ultima quale forma di protesta finalizzata alla sensibilizzazione dell'opinione pubblica circa la compressione di fondamentali e irrinunciabili garanzie difensive operata da prassi o novelle legislative.

Ma l'assimilazione dell'astensione collettiva all'istituto del legittimo impedimento sembrava inoltre essere giustificata da una circostanza ulteriore, correlata all'esigenza di scoraggiare delle pratiche disinvolute dirette al raggiungimento della prescrizione del reato³¹⁷.

Infatti, come vedremo più approfonditamente in seguito³¹⁸, la stasi processuale conseguente alla mancata partecipazione del difensore all'udienza non figurava tra i casi di sospensione del termine della prescrizione di reato prevista all'art. 159 c.p.; vigendo in materia il severo principio di tassatività³¹⁹, ne conseguiva una «impossibilità

³¹⁵ Cass., 26 aprile 1996, Di Paolo, in *Cass. pen.*, 1997, 2747 con nota di GAZZANIGA, *Astensione dei difensori dalle udienze penali e sospensione dei termini di custodia cautelare*.

³¹⁶ Tale opinione può essere oggi superata: infatti, l'ordine forense – il quale è competente, ai sensi dell'art. 105 c.p.p., a giudicare sulla condotta astinente del singolo difensore e a qualificarla, eventualmente, come illecito disciplinare – dopo l'entrata in vigore della l. n. 83 del 2000, deve riconoscere come legittima la condotta del professionista nel caso in cui la medesima si riveli rispettosa dei criteri fissati specificamente dal legislatore. L'ordine di categoria sarà ancora più incline a escluderne la rilevanza disciplinare nel caso in cui le manifestazioni di protesta in questione siano promosse – come quasi sempre accade – da enti rappresentativi della categoria, quali, ad esempio, le camere penali. In questo senso, IAFISCO, *op.cit.*, 4090.

³¹⁷ In questo senso, GREVI, *Sui rapporti tra sospensione del corso della prescrizione e sospensione dei termini di custodia cautelare nel caso di sciopero dei difensori*, in *Cass. pen.*, 2000, 2938-2939, nota 17.

³¹⁸ Diffusamente, vedi il par. successivo.

³¹⁹ Cass., 17 dicembre 1996, Galletto, in *Cass. pen.*, 1998, 1390.

di sospensione del corso della prescrizione del reato»³²⁰ e, quindi, l'insorgere del concreto pericolo di adesioni strumentali all'astensione collettiva da parte del singolo difensore, dirette al raggiungimento del proscioglimento del proprio assistito per estinzione del reato.

Al fine di scongiurare tale rischio, la giurisprudenza che riconduceva l'adesione all'astensione collettiva del difensore all'art. 486 comma 5° c.p.p. conferiva al giudice uno spazio discrezionale di apprezzamento circa la prevalenza del legittimo impedimento nel caso concreto, attribuendogli un potere di disporre o meno il rinvio o la sospensione dell'udienza in base al principio di bilanciamento dei contrapposti interessi: da una parte, l'interesse del difensore di manifestare il proprio pensiero rivendicativo, dall'altra l'interesse pubblico a «evitare la prescrizione del reato»³²¹, destinato a prevalere tutte le volte in cui la scadenza del suddetto termine fosse risultata prossima o imminente.

Attraverso la qualificazione processuale di legittimo impedimento, quindi, tale giurisprudenza cercava una via per ovviare al pericolo della possibile creazione da parte del difensore astinente di pretestuosi e intenzionali ritardi nella definizione del processo, finalizzati al raggiungimento della maturazione del termine di prescrizione del reato ascritto al proprio assistito.

A prescindere dalle motivazioni, condivisibili o meno, sottese all'operazione interpretativa in questione, ciò che riesce difficile accettare è l'intrinseca inesattezza della medesima: la decisione del singolo difensore di aderire all'astensione indetta dalla categoria di riferimento – assunta senza alcuna coartazione esterna – veniva equiparata a un caso di «assoluto impedimento e all'assoluta impossibilità»³²²; in altre parole, tale orientamento, finiva per risultare fin troppo «carino»³²³ nei confronti della categoria forense, in quanto, attraverso «un audace passaggio dalla libera scelta all'impedimento» permetteva di riconoscere all'astensione collettiva forense «un trattamento privilegiato

³²⁰ Cass., 17 dicembre 1992, Montapuoli, in *Cass. pen.*, 1994, 2459.

³²¹ Cass., 29 novembre 1995, Granariello, in *Cass. pen.*, 754; Cass., 3 febbraio 1997, Quintini, *ivi*, 1998, 1389.

³²² PERA, *Sullo sciopero degli avvocati*, in *Giust. civ.*, 1996, 2188.

³²³ PERA, *op. cit.*, 2188.

rispetto ad altre scelte ugualmente libere ed ugualmente legittime»³²⁴. Tale bonario atteggiamento della giurisprudenza nei confronti del difensore scioperante conduceva a un esito assai distorto, ossia all'equiparazione di una determinazione rimessa a delle valutazioni soggettive del difensore – non giuridicamente vincolato alla decisione della categoria di indire lo “sciopero”³²⁵ – a una situazione connotata dalla legge e interpretata dalla giurisprudenza in termini di stretta oggettività.

³²⁴ In questo senso, PULITANÒ, *Lo sciopero degli avvocati*, in , 8,

³²⁵ «L'astensione proclamata dall'associazione di categoria non è giuridicamente vincolante per il singolo associato, che è libero di aderire, o non, allo sciopero»; così Cass., 29 novembre 1995, Milano, in *C.e.d.*, 203501.

4. L'adesione all'astensione collettiva come abbandono della difesa giustificato dall'esercizio di un diritto del difensore costituzionalmente tutelato

Numerose voci, soprattutto in dottrina, hanno rinnegato l'orientamento giurisprudenziale maggioritario che riconduceva l'adesione all'astensione collettiva all'istituto del legittimo impedimento, sottolineando proprio come la nozione di legittimo impedimento fosse fondata su circostanze oggettive e, di conseguenza, questa non potesse in nessun modo essere ricollegata alla scelta del professionista, libera e incondizionata, di aderire alla protesta indetta dalla categoria di riferimento³²⁶.

Per questa via, si contrappose un altro indirizzo interpretativo a quello maggioritario: la diversa opinione si prefiggeva come obiettivo un più corretto inquadramento a livello processuale del peculiare fenomeno dell'astensione collettiva.

Tale orientamento giurisprudenziale³²⁷, invero minoritario, partendo dall'osservazione per cui il comportamento del difensore astensionista è «il risultato di una scelta di condotta autonoma e volontaria, per nulla condizionata da situazioni di assoluta impossibilità dello stesso di prendere parte all'udienza»³²⁸, riconduceva l'assenza del difensore per adesione all'astensione all'abbandono della difesa *ex art. 105 c.p.p.*, seppur giustificato e nobilitato, in quanto esercizio di un diritto costituzionalmente garantito del difensore.

L'istituto dell'abbandono della difesa è stato completamente ridisegnato dal legislatore del 1988, il quale dimostra di rinnegare recisamente il severo approccio adottato nell'art. 129 dal codice previgente; quest'ultima disposizione, infatti, comminava una sanzione interdittiva, ossia la sospensione dall'esercizio della professione forense da due a sei mesi, nei confronti del difensore che abbandonava o rifiutava l'ufficio

³²⁶ BARGIS, *L'impedimento del difensore e l'astensione collettiva dalle udienze*, in *Il diritto processuale penale nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di Conso, Edizioni scientifiche italiane, 2006, 239.

³²⁷ Cass., 26 aprile 2006, Di Paolo, in *Cass. pen.*, 1997, 2747 ss.; Cass., 23 maggio 1997, Scurto, *ivi*, 1998, 2628; Cass., 30 aprile 1998, Centamore, *ivi*, 1999, 2887.

³²⁸ GREVI, *L'adesione allo «sciopero»*, cit., 2060.

difensivo, la cui irrogazione era rimessa alla competenza della sezione istruttoria della Corte d'appello nel cui distretto aveva sede l'autorità giudiziaria procedente.

L'art. 105 c.p.p., invece, trasferisce la competenza a sindacare i casi di abbandono della difesa al Consiglio dell'ordine forense, ossia all'ente incaricato della difesa degli interessi della medesima categoria, affermando che, nelle ipotesi di abbandono motivati da violazioni dei diritti della difesa ritenuti dal Consiglio comunque giustificati, la sanzione non dovrebbe essere applicata nemmeno nel caso in cui il giudice avesse escluso la violazione dei suddetti diritti difensivi.

In questo modo, l'abbandono o il rifiuto della difesa sembra perdere il suo antico disvalore: la disposizione, infatti, legittima, in modo implicito ma inequivocabile, la scelta "strategica" del difensore di abbandonare il proprio ufficio, evidentemente considerandola come una modalità di manifestazione della libertà di esercizio del diritto *ex art. 24 Cost.*³²⁹.

Il riconoscimento di un vero e proprio «potere di abbandono»³³⁰ in capo al difensore ha indotto la giurisprudenza a chiedersi se non sia possibile inquadrare quella peculiare ipotesi di assenza qualificata costituita dall'adesione del professionista all'astensione collettiva all'alveo dell'art. 105 c.p.p. L'astensione collettiva, secondo una parte della giurisprudenza, integrerebbe un'ipotesi particolare di abbandono della difesa, caratterizzata da alcuni elementi eccentrici.

In primis, la sua temporaneità: l'abbandono, infatti, è solo momentaneo e non definitivo in quanto non svela la volontà del difensore di interrompere il rapporto con l'assistito. La caratteristica appena illustrata rende applicabile l'art. 97 comma 4 c.p.p., il quale prevede il dovere per il giudice – non di nominare un difensore d'ufficio bensì – di designare un sostituto, ove immediatamente disponibile, in ragione della necessità solo temporanea di ovviare all'assenza del difensore precedentemente nominato. Il rinvio dell'udienza, quindi, diventa inevitabile solo in caso di adesione generalizzata all'astensione collettiva: solo in questo caso, infatti, la sospensione del giudizio

³²⁹ MAGI, *op. cit.*, 1719.

³³⁰ MAGI, *op. ult. cit.*.

costituisce la conseguenza obbligata della verificata indisponibilità di anche un solo difensore disposto a sostituire l'astinente³³¹.

In secondo luogo, la peculiarità di questa ipotesi di abbandono della difesa risiede nel fatto di essere realizzata al fine di denunciare la violazione di diritti difensivi perpetrata all'interno dell'assetto della disciplina processuale. Infatti, la sospensione dell'attività difensiva trova una nobile giustificazione nella «necessità di esprimere, in quanto soggetti investiti del diritto alla difesa tecnica, il proprio dissenso circa le possibili, concrete “forme” di esercizio del diritto medesimo»³³².

Quest'ultima interpretazione, quindi, offriva un inquadramento dell'istituto più ragionevole e «corrispondente alla realtà dei fatti»³³³; dal punto di vista fattuale però, è necessario sottolineare come fosse problematica, a fronte alla generalizzata adesione degli avvocati alle proteste sindacali, l'applicazione dell'art. 97 comma 4 c.p.p., il quale prevede la sostituzione da parte del giudice del difensore che ha abbandonato la difesa con un altro difensore immediatamente reperibile.

Come abbiamo già affermato in precedenza, infatti, nel periodo appena successivo all'entrata in vigore del codice Vassalli³³⁴, il fenomeno delle astensioni forensi divenne dilagante e manifestò la capacità concreta di paralizzare il funzionamento, già difficoltoso, della macchina processuale. La perentorietà dell'obbligo di nominare un sostituto del difensore astinente – presupposto necessario ai fini dell'immediata celebrazione dell'udienza – si scontrava con la realtà delle astensioni collettive forensi, le quali avevano assunto delle dimensioni partecipative impressionanti, sia a livello locale sia nazionale.

A causa della massiccia partecipazione alle manifestazioni organizzate dalla categoria forense, la possibilità di trovare un difensore che non aderisse allo “sciopero” e che si dichiarasse disponibile a sostituire il difensore scioperante si rivelava davvero minima: l'unica soluzione residua percorribile rimaneva quella del rinvio a nuova udienza.

³³¹ MAGI, *op.cit.*, 1723; GAZZANIGA, *op. cit.*, 2752.

³³² MAGI, *op.cit.*, 1719.

³³³ GREVI, *L'adesione allo «sciopero»*, cit., 2060.

³³⁴ La collocazione temporale dell'esplosione del fenomeno è tutto tranne che casuale: infatti, le proteste erano per lo più motivate dall'intenzione di manifestare la resistenza della categoria forense rispetto alcune scelte innovative contenute nel nuovo codice di procedura penale, le cui ricadute avrebbero inciso sul diritto fondamentale di difesa dell'imputato.

In effetti, l'effettiva prosecuzione del giudizio era strettamente dipendente dalla concreta possibilità di reperire un difensore disposto ad assumere la veste del sostituto di quello astinente: mancando tale sostituto, il giudice non avrebbe avuto altra strada che il rinvio dell'udienza.

L'alternativa interpretativa inerente alla classificazione giuridica dell'assenza qualificata del difensore astinente ha diviso la giurisprudenza di merito e di legittimità per molti anni: lungamente, infatti, hanno convissuto i due indirizzi, senza che potesse dirsi con certezza che uno prevalesse definitivamente sull'altro.

Sarebbe errato pensare, però, che la questione ermeneutica prospettata sia riducibile unicamente a una disputa dogmatica, sterile di ricadute pratiche: infatti, come vedremo nel prosieguo della trattazione, un corretto inquadramento giuridico del fenomeno costituirà la chiave di volta per risolvere alcune importanti problematiche pratiche e applicative del fenomeno, specialmente in tema di prescrizione del reato.

5. Il delicato rapporto tra “sciopero” dei difensori e prescrizione del reato

Nei primi anni di vita del codice del 1988 il fenomeno delle astensioni collettive dei difensori dalle udienze reclamò prepotentemente l'attenzione degli studiosi del processo penale a causa del suo preoccupante impatto sull'istituto della prescrizione del reato³³⁵.

Il tema delle astensioni, infatti, è stato affrontato per la prima volta da dottrina e giurisprudenza proprio attraverso il parziale e «precipuo angolo di visuale»³³⁶ relativo all'incidenza delle plurime e prolungate assenze dei difensori dalle aule giudiziarie a fini di protesta sulla maturazione della prescrizione del reato. Come vedremo, il delicato rapporto tra prescrizione e “sciopero” dei difensori rappresenta solamente uno dei molteplici punti di frizione – il primo a emergere in ordine cronologico – tra tale peculiare fenomeno e il processo penale.

L'operazione interpretativa che aveva condotto la maggior parte dei giudici a considerare l'adesione del difensore come un legittimo impedimento a partecipare all'udienza – oltre a risultare, anche a un primo e fugace esame, assai discutibile sul piano esegetico³³⁷ – si era dimostrata inidonea a mettere al riparo da manovre improprie di difensori spregiudicati, dirette al raggiungimento della prescrizione del reato³³⁸. La sospensione o il rinvio disposto dal giudice a fronte del legittimo impedimento del difensore – al quale era tecnicamente equiparata la mancata comparizione del difensore

³³⁵ CONSO, *Un tabù che mette in crisi troppe cose*, in *Dir. pen. proc.*, 1990, 929; l'Autore sostiene che, se non fosse stato per «quell'autentico» ed «anacronistico tabù» della prescrizione del reato, l'astensione collettiva dalle udienze degli avvocati penalisti non avrebbe suscitato «i clamori e le polemiche di cui siamo, da anni, con grande amarezza spettatori».

³³⁶ BARGIS, *L'impedimento del difensore*, cit, 230.

³³⁷ Circa l'erroneità a livello di interpretazione sistematica della riconduzione dell'adesione del difensore all'astensione collettiva all'alveo del legittimo impedimento vedi più diffusamente par. 3.

³³⁸ Può considerarsi un'ipotesi di *overuse* degli strumenti processuali a disposizione delle parti la proposizione di domande di rinvio pretestuose dirette a determinare una temporanea paralisi processuale e ad agevolare la decorrenza del termine di prescrizione. Con riferimento all'uso distorto della richiesta di rimessione, leggi GREVI, *Un freno all'uso distorto della richiesta di rimessione a tutela dell'efficienza del processo penale: la parziale illegittimità dell'art. 47 comma 1 c.p.p. (con un corollario sulla correlativa illegittimità dell'art. 47 comma 1 c.p.p. di ricusazione)*, in *Cass. pen.*, 1997, 1277.

in udienza dovuta alla sua adesione all'astensione di categoria – non rientrava, infatti, nell'alveo delle cause di sospensione del termine prescrizione³³⁹.

La prescrizione del reato è un istituto che più di altri esprime l'intima connessione tra diritto penale sostanziale e processuale: le cause di sospensione del decorso della prescrizione, infatti, sono legate strettamente a vicende processuali³⁴⁰. In particolare, la sospensione della prescrizione indica l'arresto temporaneo del decorrere del termine causato da esigenze processuali ineludibili, per le quali il giudice procedente è costretto a una situazione di «forzata inattività» che «elide la portata sintomatica del decorso del tempo in ordine alla carenza di interesse al perseguimento del reato»³⁴¹.

La disciplina della sospensione della prescrizione è contenuta nell'art. 159 comma 1 c.p., il quale, nell'originaria formulazione del codice penale sostanziale del 1930, prevedeva – accanto ai casi di autorizzazione a procedere e di deferimento di questioni ad altro giudizio³⁴² – la sospensione del decorso della prescrizione nelle ipotesi di sospensione del procedimento o del processo penale imposta da particolare disposizione di legge.

Le principali difficoltà interpretative relative alla sospensione della prescrizione sono sorte, non a caso, con riferimento a questa parte del primo comma dell'art. 159 c.p.: infatti, la tecnica normativa ivi adottata dal legislatore penale sostanziale comporta la necessità di coordinare l'art. 159 c.p. con le norme processuali che individuano i casi di

³³⁹ Tale mancata inclusione espressa sarà foriera di grandi problemi applicativi; proprio con riferimento all'astensione collettiva forense, sottolinea la «sempre più pressante... opportunità di creare nuove ipotesi di sospensione del corso della prescrizione del reato» CONFALONIERI, *La prescrizione come causa di elusione del diritto al difensore di fiducia*, in *Cass. pen.*, 1994, 2464.

³⁴⁰ SILVANI, *La prescrizione del reato nella prassi applicativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 1197.

³⁴¹ PISA, *Prescrizione (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, XXXV, Giuffrè, 1986, 87-89. L'istituto della sospensione deve essere tenuto ben distinto da quello dell'interruzione della prescrizione, previsto dall'articolo 160 c.p. e definito dallo stesso Autore come l'insieme degli «atti che contraddicono l'inerzia del potere punitivo statale, testimoniando la concreta e specifica volontà dell'autorità giudiziaria di procedere nei confronti di un determinato soggetto», quali – a titolo esemplificativo e non esaustivo – l'ordinanza applicativa di misura cautelare personale, l'ordinanza di convalida del fermo o dell'arresto, l'interrogatorio reso di fronte al pubblico ministero o al giudice, l'invito a presentarsi davanti al pubblico ministero per rendere interrogatorio, la richiesta di rinvio a giudizio o il decreto di fissazione dell'udienza preliminare.

³⁴² Successivamente, con legge 22 maggio 1975, n. 152, furono introdotti ulteriori casi di sospensione della prescrizione: in particolare, solamente per alcuni reati di particolare gravità, il termine doveva ritenersi sospeso per la durata della latitanza, per il tempo necessario alle notifiche di ordini e mandati di cattura, ed infine per il tempo in cui il compimento di un atto istruttorio o il dibattimento erano stati rinviati su richiesta dell'imputato o del suo difensore. Per una ricostruzione storica dell'istituto vedi BARTOLO, *Prescrizione del reato*, in *Enc. giur.*, XXIV, Treccani, 1991, 4.

sospensione del procedimento o del processo; in altre parole, i casi di sospensione della prescrizione devono essere dedotti *per relationem*, in quanto costituiscono un effetto giuridico della sospensione del procedimento o del processo³⁴³.

Per prima cosa, è necessario, quindi, al fine di individuare i casi di sospensione della prescrizione, definire i casi di sospensione del procedimento e del processo imposta da una particolare disposizione di legge: tale operazione, però, si era dimostrata assai ardua.

Nel codice del 1988 – come, del resto, nel codice previgente del 1930 – latita, infatti, una definizione normativa unitaria dell'istituto della sospensione procedimento o del processo: i diversi casi di stasi del procedimento previsti dal codice sono disciplinati in stretta relazione alle proprie cause, senza che sia impressa alla materia alcuna sistemazione unitaria da parte del legislatore. L'unica disposizione di carattere generale dedicata al fenomeno sospensivo è contenuta nell'art. 50 comma 3 c.p.p., il quale stabilisce il principio di tassatività delle cause di sospensione: «l'esercizio dell'azione penale può essere sospeso o interrotto solo nei casi espressamente previsti dalla legge»³⁴⁴.

Oltre alla mancanza di una disciplina sistematica, la ricerca delle ipotesi di sospensione del processo implicanti la sospensione della prescrizione *ex art. 159 c.p.p.* è ostacolata dal linguaggio atecnico e non univoco utilizzato dal legislatore per indicare le diverse ipotesi nelle quali l'attività processuale viene colpita da una paralisi temporanea³⁴⁵.

³⁴³ DIDI, *Ipotesi sospensive della prescrizione tra diritto e processo*, in AA.VV., *Nuove norme su prescrizione del reato e recidiva*, a cura di Scalfati, Cedam, 2006, 135.

³⁴⁴ CHIAVARIO, *Sospensione del processo (Dir. proc. pen.)*, in *Enc. giur.*, Treccani, XXX, 1993, 1; UBERTIS, *Sospensione del processo penale*, in *Enc. dir.*, Agg., I, Giuffrè, 1997, 937. Il principio di tassatività delle cause di sospensione del processo è considerato un corollario del principio più ampio dell'irretrattabilità dell'azione penale da CHIAVARIO, *La sospensione del processo penale*, Giuffrè, 1967, 23 ss.; vedi inoltre DI NICOLA, sub *art. 50*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da Chiavario, I, Utet, 1989, 262.

³⁴⁵ Il codice del 1988, infatti, all'art. 3 utilizza l'espressione «sospensione del processo» mentre all'art. 479 impiega quella di «sospensione del dibattimento» per indicare fenomeni di paralisi temporanea del procedimento del tutto assimilabili. Quest'ultima dicitura ricompare altrove nel codice per indicare situazioni del tutto eterogenee: rispettivamente, il rinvio dovuto a esigenze probatorie *ex art. 508, 509, 603 comma 6 c.p.p.*, il rinvio per modificazioni dell'accusa *ex art. 519, 520 c.p.p.*, il rinvio ai fini della decisione in appello circa la domanda di oblazione *ex art. 604 c.p.p.* Anche la distinzione tra la sospensione e il rinvio risulta molto sfumata: il termine rinvio, utilizzato con costanza dal legislatore per indicare la stasi nei procedimenti camerati *ex art. 127, 401, 402, 420 ter, 599 c.p.p.* viene impiegata anche per il dibattimento negli art. 486 e 487, i quali parlano di «sospensione o rinvio». Anche dopo l'abrogazione di questi due articoli ad opera della l. n. 479 del 1999, per indicare gli stessi fenomeni si continuerà a parlare di

Dottrina e giurisprudenza³⁴⁶, nonostante l'indefinitezza normativa del concetto stesso di sospensione del processo, aggravata dall'utilizzo di un linguaggio denotativo e non connotativo da parte del legislatore, hanno cercato faticosamente di costruire una categoria concettuale unitaria, anche in considerazione dell'importante riflesso in materia di prescrizione del reato: tale affanno classificatorio, infatti, era di certo guidato dalla considerazione del fatto che al riconoscimento di una causa di sospensione del processo imposta *ex lege* derivasse la sospensione del termine prescrizionale ai sensi dell'art. 159 c.p.

Non era di certo chiaro se l'art. 486 comma 5 c.p.p. avesse introdotto all'interno del nuovo codice un'ipotesi di sospensione o di mero rinvio del processo. La disposizione in esame, infatti, prevedeva che il giudice, anche d'ufficio, dovesse sospendere o rinviare l'udienza nell'evenienza di un legittimo impedimento del difensore. Il dato letterale, quindi, ponendo la sospensione e il rinvio in termini di indifferenziati sinonimi, non aiutava di certo l'interprete³⁴⁷.

Il problema classificatorio, come accennato poco sopra, affliggeva la totalità del codice: il legislatore del 1988 dimostrava di utilizzare le formule di sospensione e rinvio in modo fin troppo disinvolto e oggettivamente indifferenziato. L'unica via interpretativa percorribile dagli interpreti appariva quella di forzare le "etichette" terminologiche utilizzate dal legislatore per tentare di ricondurle ad una logica sistematica accettabile³⁴⁸.

In questo senso si riuscì a circoscrivere il concetto di sospensione del procedimento a tutte quelle ipotesi di interruzione *sine die* del dibattimento che impongono la rinnovazione della citazione³⁴⁹ ma soprattutto a distinguerlo da quello di rinvio del

«sospensione o rinvio» per il dibattimento e l'udienza preliminare all'interno dell'art. 304 c.p.p. In questi termini, Cass., 28 novembre 2002, Cremonese, in *Cass. pen.*, 2002, 1311.

³⁴⁶ Vedi, ad esempio, Cass., 17 luglio 1973, Zani, in *C.e.d.*, n. 125731.

³⁴⁷ Veniva così conservata, o addirittura accresciuta, l'incertezza terminologica e concettuale presente nel vecchio codice del 1930: se nel codice previgente, infatti, le ipotesi di sospensione e rinvio erano collocate in due distinte disposizioni –rispettivamente l'art. 431 e 432 – nel codice del 1988 tali espressioni vengono inserite entrambe nella stessa norma ed sembrano indicare, almeno apparentemente, istituti tra di loro interscambiabili. In questo senso, MELCHIONDA, *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da Chiavario, V, Utet, 1991, 147.

³⁴⁸ MELCHIONDA, *op. cit.*, 150.

³⁴⁹ La rinnovazione della citazione è resa necessaria per il venir meno della causa condizionante – in ipotesi di questione pregiudiziale, art. 3 e 479 c.p.p. – o perché la stessa citazione risulta viziata e quindi impone la regressione alla fase precedente – art. 485 e 487 comma 1 c.p.p. – oppure perché si verificano delle cause

procedimento, il quale era identificato coi casi di temporanea interruzione di un'udienza che non implicava il rifacimento di atti precedentemente compiuti né la regressione del procedimento alla fase precedente, ma che, al contrario, induceva la prosecuzione predeterminata dell'attività processuale all'udienza successiva; accogliendo tale distinzione, il provvedimento del giudice che interrompeva il regolare svolgimento dell'udienza a fronte del legittimo impedimento del difensore doveva essere ricondotto alla categoria del rinvio, non potendo né integrare un caso di sospensione del procedimento né di conseguenza, implicare di conseguenza una sospensione del decorso della prescrizione ai sensi dell'originaria formulazione dell'articolo 159 c.p.³⁵⁰

Oltre a questa riflessione, di per sé escludente la possibilità di qualificare il legittimo impedimento del difensore quale vera e propria causa sospensiva del procedimento, è possibile compiere un'ulteriore considerazione, concernente la prima caratteristica comune alle ipotesi sospensive del procedimento *ex art. 159 c.p.* a essere estrapolata in via interpretativa, ossia l'obbligatorietà della sospensione o, in altre parole, l'assenza di discrezionalità in capo al giudice in ordine alla decisione di interrompere il cammino del processo in corso³⁵¹; tale considerazione, infatti, varrebbe a negare la produzione dell'effetto paralizzante sulla prescrizione anche nell'ipotesi in cui volessimo qualificare il temporaneo arresto del procedimento – conseguente al riconoscimento del legittimo impedimento del difensore – non come mero rinvio ma quale vera e propria causa di sospensione del procedimento.

Da una lettura attenta dell'art. 159 c.p. si desume che la sospensione della prescrizione non sia effetto “naturale” della stasi del processo: infatti, quest'ultimo non si produce ogni volta si presenti una stasi dell'attività processuale ma, al contrario, unicamente quando questo effetto paralizzante venga «imposto da una particolare disposizione di legge».

ostative alla prosecuzione del giudizio, ad esempio il decesso di un componente del collegio. In questo senso, MELCHIONDA, *op. cit.*, 150.

³⁵⁰ MELCHIONDA, *op. cit.*, 150, 151. Tale operazione ermeneutica – considerata la continuità della problematica relativa al fenomeno sospensivo nel passaggio tra i due codici – è stata condotta nel solco dell'elaborazione sviluppatasi sotto il vigore del codice precedente; si veda, in particolare, i contributi di FOSCHINI, *Dibattimento*, in *Enc. dir.*, XII, Giuffrè, 1964, 345 ss.; BALDUCCI, *Considerazioni in tema di rinvio ad udienza fissa*, in *Cass. pen.*, 1978, 958

³⁵¹ Per una ricostruzione dell'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale a cui qui si accenna vedi Cass., Sez. Un., 28 novembre 2001, in *Cass. Pen.*, 2002, 1308, nonché *infra*.

I casi di sospensione del procedimento penale, quindi, per produrre questo particolare effetto “riflesso” sulla disciplina della prescrizione, devono risultare ricollegabili a una norma che li imponga in via obbligatoria: in questo modo possono essere escluse, dal novero delle cause di sospensione del procedimento idonee a incidere sul decorso della prescrizione, le ipotesi di sospensione facoltativa del procedimento³⁵².

La sospensione può definirsi obbligatoria – produttiva, quindi, della sospensione della prescrizione *ex art. 159 c.p.* – nel momento in cui il provvedimento giudiziale sospensivo sia direttamente consequenziale rispetto «alla sua “causa” o “ragione legittimante”»³⁵³; al contrario, potrà parlarsi di sospensione facoltativa del procedimento quando al giudice è affidata un’ulteriore valutazione o apprezzamento³⁵⁴ oltre al compito ricognitivo circa la “ragione legittimante” il provvedimento sospensivo. Astrattamente, l’*impasse* processuale creatosi con la mancata e presentazione in udienza del difensore astinente, poiché ricondotta all’art. 486 comma 5 c.p.p., ben sarebbe potuta rientrare nell’alveo delle cause di sospensione del processo «imposta da una particolare disposizione di legge»³⁵⁵. Per potersi dire operante l’art. 159 c.p., però, rimaneva da capire se la sospensione del dibattimento in seguito a mancata comparizione del difensore legittimamente impedito – secondo la qualificazione dell’adesione del difensore alla protesta collettiva forense proposta dalla giurisprudenza maggioritaria di quell’epoca – avesse un carattere obbligatorio oppure facoltativo. In

³⁵² In questi termini, MOLARI, *Prescrizione del reato e della pena (dir. proc. pen.)*, in *Noviss.dig.it.*, XII, Utet, 1966, 698. Non sempre questo è vero: infatti, sono presenti alcune cause sospensive facoltative idonee a provocare l’effetto sospensivo della prescrizione in forza dell’art. 159 comma 1, lett. 2 c.p., ossia le questioni deferite ad altro giudizio, caratterizzate dalla necessità di attendere una decisione di un altro giudice (ordinario o costituzionale) rispetto a quello precedente. A tale categoria sono ascrivibili: le questioni pregiudiziali *ex art. 3 c.p.p.*, le questioni civili o amministrative *ex art. 479 c.p.p.* e, infine, le questioni di legittimità costituzionale *ex art. 23 legge 11 marzo 1953, n. 87*. Cft. CHIAVARIO, *op.cit.*, 8 e . UBERTIS, *op.cit.*, 941.

³⁵³ CHIAVARIO, *op.cit.*, 2; l’A. osserva, però, come tale obbligatorietà non elida del tutto la naturale discrezionalità del giudice nel riconoscimento della ragione legittimante alla sospensione; tale discrezionalità risulta, infatti, più o meno ampia a seconda della «fisionomia degli elementi individuati dalla legge» apprezzati dal giudice.

³⁵⁴ L’ulteriore valutazione non potrebbe sconfinare in ogni caso nell’arbitrio ma dovrebbe essere ancorata ad elementi valutativi predeterminabili, anche se non descritti dal legislatore in modo specifico. La presenza di una causa sospensiva facoltativa sarebbe normalmente sottolineata da una spia linguistica, ossia l’utilizzo del verbo “potere” da parte del legislatore. In tal senso, ancora CHIAVARIO, *op.cit.*, 2.

³⁵⁵ Infatti, la lettera della norma sembrava indicare un dovere – e non una mera facoltà – del giudice di sospendere o rinviare nel caso in cui fosse integrato il presupposto dell’assoluta impossibilità per il difensore di comparizione in udienza.

altre parole, appariva necessario stabilire se in tale occasione sussistesse o mancasse in capo al giudice uno spazio più o meno ampio di valutare l'opportunità del rinvio o della sospensione del dibattimento.

Già all'indomani dell'entrata in vigore del codice del 1988, in sede di prima applicazione dell'art. 468 comma 5 c.p.p. ci si era chiesto se, di fronte al legittimo impedimento del difensore, la sospensione del dibattimento fosse obbligatoria o se, al contrario, residuasse in capo al giudice una certa discrezionalità nel disporre il rinvio ad altra udienza; in particolare, tale profilo è stato affrontato dalla giurisprudenza in relazione al legittimo impedimento del difensore per concomitante impegno professionale.

Dopo poco tempo dall'entrata in vigore del codice, infatti, la nuova disposizione suscitava dubbi di legittimità costituzionale in relazione all'art. 102 Cost.³⁵⁶: il giudice *a quo* lamentava l'effetto paralizzante dell'art. 486 comma 5° c.p.p. sull'esercizio in concreto della giurisdizione penale, in quanto la nuova disposizione, imponendo al giudice di sospendere il dibattimento in presenza di un legittimo impedimento del difensore, apriva la possibilità per quest'ultimo di reiterare per un numero illimitato di volte la richiesta di rinvio per altro impegno professionale in processi coevi, in assenza di criteri di priorità di tali impegni fissati dal legislatore³⁵⁷.

La Corte, nel ritenere infondata la questione, afferma che – pur in assenza di un elenco di criteri prefissati e selettivi, diretti a stabilire quale impegno professionale del difensore dovesse prevalere sugli altri – la norma denunciata non preclude al giudice una valutazione comparativa per addivenire ad un giudizio di priorità.

La valutazione circa la legittimità dell'impedimento è compito assegnato al giudice e quest'ultimo, nella sua valutazione – diretta ad «agevolare l'esercizio della

³⁵⁶ La questione di legittimità della disposizione è sollevata anche per contrasto con l'art. 112 Cost.: tale parametro è ritenuto dalla Corte non pertinente in quanto il principio costituzionale in questione riguarda il «momento dell'iniziativa processuale e l'irretrattabilità dell'azione, una volta proposta, e non ha quindi nulla a che vedere con l'incidenza del comportamento degli altri soggetti del processo». Corte cost., 29 aprile 1991, n. 178.

³⁵⁷ Corte cost., 29 aprile 1991, n. 178.

giurisdizione» – dovrà essere guidato da canoni di ragionevolezza, destinati ad arricchirsi grazie alla pratica giurisprudenziale³⁵⁸.

In altre parole: se, da una parte, al codice del 1988 doveva essere indubbiamente riconosciuto il merito di prevedere espressamente per la prima volta l'istituto del legittimo impedimento del difensore, quest'ultimo trascurava di imporre, a fronte del medesimo, il rinvio o la sospensione del dibattimento in modo automatico.

La decisione sospensiva, infatti, era subordinata a un controllo rimesso al libero apprezzamento del giudice circa l'asserito legittimo impedimento del difensore; in questa occasione l'organo procedente, infatti, è chiamato a bilanciare l'interesse del difensore precedentemente nominato alla sospensione del dibattimento con quello pubblico alla immediata trattazione del processo, resa possibile dalla nomina di un difensore d'ufficio.

Anche all'interno della giurisprudenza di legittimità la questione dell'esistenza e dell'ampiezza di un potere del giudice di valutare il legittimo impedimento del difensore è stata oggetto di un'intensa disputa sviluppatasi proprio in ordine al concorrente impegno professionale.

In particolare, una parte della giurisprudenza tendeva a escludere recisamente che il concorrente impegno professionale potesse integrare un legittimo impedimento³⁵⁹: il difensore, affermando di essere impegnato in altro procedimento coevo, non versava in un'assoluta impossibilità a partecipare all'udienza, ma, al contrario, manifestava la sua decisione di partecipare a un processo e non all'altro, «scelta rispettabilissima, ma non necessitata»³⁶⁰.

Altra parte di giurisprudenza, al contrario, sosteneva che il concorrente impegno professionale in altro procedimento – configurando un'ipotesi di legittimo impedimento – imponesse il rinvio dell'udienza³⁶¹, arrivando in una pronuncia ad affermare che

³⁵⁸ Corte cost., 29 aprile 1991, n. 178. In particolare, la Corte indica, tra i possibili criteri adottabili, la priorità della notifica dell'avviso al difensore.

³⁵⁹ Cass., 30 novembre 1989, Loverre, in *Cass. pen.*, 1991, II, 431; nello stesso senso, Cass., 4 giugno 1990, De Liguori, *ivi*, 1991, II, 430; Cass., 15 maggio 1991, Vindice, in *C.e.d.*, n. 188187.

³⁶⁰ D'ANDRIA, *I contrasti giurisprudenziali e l'intervento delle Sezioni Unite in tema di impedimento del difensore per concorrenti impegni professionali*, in *Cass. pen.*, 1992, 1791.

³⁶¹ Il difensore, secondo tale tesi interpretativa, avrebbe dovuto dare una pronta comunicazione del concomitante impegno e fornire prova dell'antiorità della notificazione dell'avviso relativo all'impegno professionale. Quest'ultimo criterio della priorità cronologica è additato come quello principale, essendo

solamente il difensore avesse il potere di scegliere a quale impegno professionale dare la priorità³⁶².

Tale contrasto è stato composto dalle Sezioni Unite, le quali, rifiutando recisamente le due tesi estreme prospettate dalle sezioni semplici, mostravano di aderire al *dictum* della Corte costituzionale: oltre a qualificare il concorrente impegno professionale come legittimo impedimento, affermarono che la valutazione della legittimità del medesimo non sarebbe potuta essere lasciata al medesimo difensore ma avrebbe dovuto essere affidata sempre al giudice³⁶³, chiamato a dover bilanciare gli opposti interessi in gioco. La decisione sospensiva era subordinata a un controllo rimesso al libero apprezzamento del giudice circa l'asserito legittimo impedimento del difensore: l'organo procedente, infatti, era chiamato a contemperare l'interesse del difensore precedentemente nominato alla sospensione del dibattimento con quello pubblico alla immediata trattazione del processo, resa possibile dalla nomina di un difensore d'ufficio.

Dal riconoscimento di uno spazio di apprezzamento in concreto da parte del giudice dell'opportunità di un rinvio nell'ipotesi di un legittimo impedimento del difensore conseguiva l'esclusione di un vero e proprio "diritto al differimento" dell'udienza a fronte dell'adesione all'astensione del difensore, la quale era, almeno in un primo momento, ricondotta proprio all'istituto scolpito dall'art. 468 comma 5 c.p.p.³⁶⁴.

In altre parole, il medesimo compito di bilanciamento dei contrapposti interessi in gioco conferito al giudice in caso di legittimo impedimento del difensore per contestuale impegno professionale era attribuito al medesimo anche nella diversa ipotesi di adesione del difensore all'astensione collettiva indetta dall'organo forense.

Infatti, il giudice avrebbe potuto rigettare legittimamente la richiesta di rinvio avanzata dal difensore aderente allo "sciopero" nella misura in cui si fossero palesati «motivi di

sottratto a un'interpretazione soggettiva: solo in casi eccezionali, potrebbe essere temperato da altri criteri sussidiari da valutare in concreto, quale, ad esempio, l'importanza dell'impegno a cui il professionista vuol dare precedenza. In questo senso, Cass., 15 novembre 1989, Gironda, in *Cass. pen.*, 1989, II, 1.

³⁶² Cass., 15 gennaio 1991, Colnaghi, in *Cass. pen.*, 1991, II, 935.

³⁶³ Cass., 27 marzo 1992, Fogliani, in *Cass. pen.*, 1992, 1787 ss.

³⁶⁴ Il parametro legislativo, dopo l'abrogazione della disposizione in discorso con la riforma Carotti, diventa l'art. 420 *ter* comma 5 c.p.p.

urgenza nella celebrazione del processo», ovvero fosse risultato prossimo lo scadere del termine di prescrizione del reato³⁶⁵.

In tale evenienza, infatti, il giudice avrebbe dovuto applicare il principio del bilanciamento e ritenere prevalente l'interesse pubblico a evitare la prescrizione del reato e recessivo l'interesse del singolo difensore a protestare; tale operazione era resa concretamente possibile dall'istituto della difesa d'ufficio, la quale poteva alternarsi a quella fiduciaria³⁶⁶.

L'operazione di bilanciamento dell'interesse difensivo al rinvio e di quello pubblico all'immediata trattazione diventava, in questa prospettiva, una vera e propria necessità, nascente dall'impossibilità di sospendere il decorso della prescrizione in caso di astensione del difensore di fiducia, in considerazione del fatto che l'esercizio del diritto di libertà del medesimo non potesse essere ricondotto a un'ipotesi di sospensione *ex art.* 159 c.p.p.³⁶⁷.

Il riconoscimento di questo potere di bilanciamento del giudice era giustificato dall'esigenza di scongiurare condotte indebite e strumentali da parte di disinvolti difensori: infatti, a fronte della ritenuta impossibilità di sospendere il corso della prescrizione, i rinvii scaturenti dall'astensione in udienza del difensore precedentemente nominato erano divenuti ineluttabilmente una delle cause più frequenti delle declaratorie di estinzione del reato³⁶⁸.

Sarebbe davvero arduo negare che, tra le motivazioni possibili a fondamento della scelta del difensore di aderire alla protesta sindacale, ben poteva figurare «anche una certa opportunistica aspettativa dei “vantaggi” fruibili dagli imputati” per effetto della maturazione dei termini di prescrizione»³⁶⁹.

³⁶⁵ Cass., 17 dicembre 1992, Montagnoli, in *Cass. pen.*, 1994, 2459.

³⁶⁶ Cass., 17 dicembre 1992, Montagnoli, cit., 2460.

³⁶⁷ Cass., 17 dicembre 1992, Montagnoli, cit., 2460: in questa situazione si riteneva fosse correttamente applicato il generale «principio di bilanciamento di interessi, dando prevalenza a quello dello Stato – diretto ad evitare l'estinzione del reato per prescrizione – rispetto a quello del difensore dell'imputato, concernente il pur legittimo esercizio dei diritti personali di libertà».

³⁶⁸ La strumentalizzazione della richiesta di rinvio del dibattimento per adesione all'astensione forense rientra tra le ipotesi tipicamente ricondotte al c.d. abuso processuale; vedi *ex multis*, CATALANO, *L'abuso del processo*, Giuffrè, 2004, 294 ss.

³⁶⁹ GREVI, *Sui rapporti tra sospensione della prescrizione e sospensione dei termini di custodia cautelare*, cit., 2936; CONSO, *Un tabù che mette in crisi troppe cose*, cit., 929.

Questo pericoloso assetto era mitigato dalla possibilità del giudice di rigettare la richiesta di rinvio proposta dal difensore astinente e nominare un difensore d'ufficio per rendere possibile la prosecuzione immediata dell'iter giudiziario, motivando tale decisione proprio con l'urgenza di evitare la declaratoria della prescrizione, prossima alla maturazione.

Il correttivo introdotto da questo indirizzo giurisprudenziale, però, nella pratica si rivelava fallace a fronte della dilagante adesione, all'interno della categoria forense, alle manifestazioni di protesta indette dall'inizio degli anni Novanta.

Infatti, la buona riuscita della soluzione appena descritta era poggiata sulla concreta e immediata reperibilità di un difensore d'ufficio: eventualità che inesorabilmente decresceva all'innalzarsi del tasso di partecipazione all'astensione di categoria.

In questo modo, l'impedimento del difensore ai fini del rinvio dell'udienza, pur essendo stato concepito quale istituto a garanzia dell'imputato³⁷⁰, rischiava di essere piegato in modo utilitaristico a manovre finalizzate alla maturazione del termine di prescrizione del reato o alla mera dilatazione delle tempistiche del processo: tale utilizzo improprio da parte della difesa minacciava così di compromettere l'oggettivo interesse al funzionamento della macchina giudiziaria³⁷¹.

Se da una parte era evidente lo sforzo interpretativo teso a legittimare l'astensione forense e la scelta del difensore di aderirvi, dall'altro era ben visibile la volontà di neutralizzare il concreto rischio di un'attività meramente dilatoria e strumentale della difesa; questa complicata situazione, dovuta all'assenza – non dovuta certamente a un legittimo impedimento – del legislatore, costituirà l'occasione per la Corte costituzionale di pronunciarsi per la prima volta sullo spinoso tema dello “sciopero” dei difensori³⁷².

6. L'impatto delle proteste forensi sulla condizione dell'imputato *in vinculis*

³⁷⁰ Vedi *supra*, par. II.

³⁷¹ BALZAROTTI, *Impedimento a comparire (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, 2008, Annali, II, tomo I, 450.

³⁷² Corte cost., 31 marzo 1994, n. 114. Per l'analisi della pronuncia, par. succ.

L'allarmante interazione tra astensione dei difensori dalle udienze e prescrizione del reato non costituiva di certo l'unico punto di frizione tra il peculiare fenomeno delle astensioni collettive e il processo penale: le manifestazioni di protesta forense dimostravano di possedere una rilevante capacità di incidere sulla condizione dell'imputato *in vinculis*.

Diversamente dalla prescrizione, però, era presente, all'interno del codice del 1988 una disposizione alla quale poteva essere agevolmente ricondotta la mancata partecipazione all'udienza del difensore a fini rivendicativi. L'art. 304 comma 1 lett. *b* c.p.p., infatti, tuttora prevede che i termini di durata massima della custodia cautelare in carcere siano sospesi, «nella fase del giudizio, durante il tempo in cui il dibattimento è sospeso o rinviato a causa della mancata presentazione, dell'allontanamento o della mancata partecipazione di uno o più difensori che rendano privo di assistenza uno o più imputati».

Il cammino per approdare a tale assetto della disciplina – che impone la sospensione del termine di custodia cautelare in caso di assenza del difensore astinente – però, non è stato lineare né immediato: il testo sulla durata della custodia cautelare è stato oggetto di plurimi rimaneggiamenti, conseguenti a interventi della Corte costituzionale e del legislatore.

La tormentata storia di tale istituto è l'esito dei tentativi dell'autorità statale di rispondere al comprensibile allarme sociale suscitato dai gravi fenomeni mafiosi e terroristici³⁷³.

Sottesa alle molteplici modifiche alla disciplina è percepibile, infatti, una forte tensione tra due interessi contrapposti: se, da una parte, troviamo l'interesse a tutelare la libertà personale del soggetto imputato o indagato – la quale non può essere compressa per un tempo indeterminato – dall'altra vi è l'interesse alla tutela della sicurezza della collettività, sentita come una vera e propria urgenza in particolari momenti storici segnati da forme particolarmente aggressive di criminalità – come quella mafiosa o

³⁷³ Per una ricostruzione puntuale della travagliata vicenda, vedi CENCI, *sciopero degli avvocati e sospensione dei termini di custodia cautelare tra vecchio e nuovo codice*, in *Giur. it.*, 1992, II, 399 ss.; CONFALONIERI, *Imputato «in vinculis» e sciopero degli avvocati*, in *Giur. it.*, 1992, II, 729 ss.

terroristica, appunto – a fronte della quale la macchina processuale svelava la sua inadeguatezza e i suoi molteplici limiti, soprattutto quelli temporali.

Il testo originario del codice del 1930 nulla prevedeva in merito fino all'avvento del d.-l. 11 aprile 1974, n. 99, conv. in l. 7 giugno 1974, n. 220, il quale modificò l'art. 272 c.p.p. abr. designando, quale causa di sospensione del termine di custodia cautelare in carcere, la sospensione o il rinvio del dibattimento per richiesta dell'imputato o del difensore³⁷⁴.

La *ratio* della disposizione era facilmente rintracciabile nella volontà di evitare facili scarcerazioni per decorrenza del termine di custodia, in previsione di un possibile utilizzo strumentale della facoltà di richiedere il rinvio o la sospensione del procedimento, diretto a propiziare la liberazione dell'imputato.

Il comma 7° del medesimo articolo, ulteriormente modificato con la l. 28 luglio 1984, n. 398, recitava che, al fine del computo dei termini massimi della custodia cautelare carceraria, non dovessero essere computati, nella fase del giudizio, il periodo di sospensione o rinvio del dibattimento «per legittimo impedimento dell'imputato o per consentirne la partecipazione all'udienza quando in precedenza egli ha rifiutato di assistervi, ovvero a richiesta sua o del suo difensore, sempre che la sospensione o il rinvio non siano stati disposti per esigenze istruttorie ritenute indispensabili con espresse indicazioni nel provvedimento di sospensione o di rinvio».

La giurisprudenza dell'epoca esclude recisamente che l'astensione collettiva alle udienze potesse integrare una causa di sospensione del termine di custodia, negando sia l'applicazione analogica sia l'interpretazione estensiva dell'art. 272 c.p.p. abr. all'ipotesi concreta dell'astensione collettiva³⁷⁵. Infatti, tra le ipotesi normativamente

³⁷⁴ Durante il periodo del terrorismo, la disposizione subì una modifica ascrivibile alla categoria degli interventi c.d. emergenziali: all'interno dei processi conseguenti ai gravi fatti del terrorismo, infatti, gli imputati rifiutavano l'ausilio della difesa tecnica e i complici dei soggetti processati rendevano assai ardua la composizione dei collegi di corte d'assise, rivolgendo gravi minacce ai componenti. In risposta a questa situazione incandescente, il d.-l. 30 aprile 1977, n. 151, conv. in l. 7 giugno 1977, n. 296 stabiliva la necessità di sospendere i termini di custodia in carcere per il tempo del rinvio per fatto riferibile all'imputato o per forza maggiore che impediva la formazione dei collegi giudicanti o l'esercizio della difesa. Tale modifica, però, si rivelò una parentesi, in quanto con la l. 28 luglio 1984, n. 398 si tornò all'assetto precedente della disciplina. In questo senso, CENCI, *op. cit.*, 399.

³⁷⁵ Cass., 5 giugno 1985, Matrone, in *Riv. pen.*, 1987, 786; Cass., 3 giugno 1986, Zinna, in *Cass. pen.*, 1987, 1772; Cass., 16 maggio 1986, Autiero, in *Riv. pen.*, 1987, 496; Cass., 28 aprile 1986, Schiavo, in *Cass. pen.*, 1987, 605, con nota di CERESA CASTALDO, *Sciopero degli avvocati e sospensione de i termini ex art. 272 c.p.p.*

previste dalla norma, non se ne ravvisava alcuna a cui potesse essere avvicinata l'assenza del difensore per adesione alla protesta di categoria: nessuna di esse, infatti, assumeva come perno la figura del difensore, ad eccezione di quella fondata sulla richiesta del medesimo di rinviare o sospendere il processo: quest'ultimo comportamento, attivo e positivo, era stata considerata difficilmente accostabile a quello assenteista del professionista astinente³⁷⁶.

Un'ulteriore e fondamentale modifica all'art. 272 c.p.p. abr. è stata apportata dalla l. 17 febbraio 1987, n. 29 (c.d. l. Mancino-Violante) la quale è intervenuta sul 7° comma del medesimo.

La legge in questione, in particolare, aveva imposto la sospensione dei termini della custodia cautelare durante il periodo di rinvio o sospensione del dibattimento a causa della mancata presentazione, dell'allontanamento o della mancata partecipazione al dibattimento di uno o più difensori³⁷⁷. A questo punto, il fenomeno dell'astensione collettiva non poteva non rientrare nel campo applicativo della norma suddetta, la cui formulazione letterale non lasciava alcun dubbio in proposito³⁷⁸.

Quest'ultima versione della disposizione è stata successivamente trasfusa all'interno del nuovo codice di procedura penale del 1988, il quale, alla lettera *b* del 1° comma dell'art. 304 c.p.p., ha precisato che l'omessa presentazione di uno o più difensori integri una causa di sospensione del termine di durata della custodia solamente nell'ipotesi in cui privi l'imputato della necessaria assistenza tecnica. Di conseguenza, la disposizione è applicata unicamente ai casi in cui alla mancanza del legale assente non possa ovviarsi tramite la nomina d'ufficio di un difensore o quella di un sostituto *ex art. 97 c.p.p.*: eventualità molto frequente, come abbiamo ripetuto più volte, in occasione delle astensioni forensi.

³⁷⁶ CONFALONIERI, *op.cit.*, 732.

³⁷⁷ Tale intervento deve essere calato nel contesto dei maxi processi per reati mafiosi di fine secolo scorso: la disposizione venne inserita proprio per scongiurare il rischio di scarcerazione degli imputati per tali reati di indiscutibile e rilevante allarme sociale nonché per fronteggiare il pericolo di vanificare i risultati di un enorme lavoro di indagine, compiuto troppe volte a spese di vite umane. In questo senso, GREVI, *Legge Mancino-Violante e giurisprudenza della Corte europea*, in *Quaderni Giustizia*, 1987, 71; FERRUA, *I maxi-processi e la L.17 febbraio 1987, n. 29*, in *Cass. pen.*, 1987, 1662.

³⁷⁸ CONFALONIERI, *op.cit.*, 732.

La compressione della libertà personale dell'imputato conseguente alla sospensione – e quindi all'allungamento – del termine è giustificata dall'esigenza di evitare indebite scarcerazioni riconducibili a determinati comportamenti dell'imputato e del suo difensore non giustificati da esigenze strettamente processuali³⁷⁹. La disposizione, infatti, è tesa a scoraggiare le disinvolute condotte di alcuni difensori spregiudicati, tese al raggiungimento del termine di durata massima della custodia e alla conseguente liberazione del proprio assistito.

Il legislatore, però, perseguendo tale condivisibile proposito, presume insita l'intenzione dilatoria in una determinata categoria di comportamenti del difensore³⁸⁰: il termine di custodia cautelare, infatti, viene allungato automaticamente, a prescindere dall'effettivo accertamento della presenza di un reale intento ostruzionistico da parte del difensore e, quindi, anche in ipotesi di legittimità dell'impedimento o della richiesta di rinvio o di sospensione proveniente dal medesimo³⁸¹.

Ai sensi dell'art. 304 comma 1 lett. *b*, quindi, la condotta del difensore di mancata presentazione, allontanamento o mancata partecipazione incide pesantemente sulla condizione dell'imputato *in vinculis*, provocando un prolungamento del periodo temporale di compressione della libertà personale dell'imputato: alcuni hanno cercato una giustificazione a tale assetto nella teoria per la quale imputato e difensore costituirebbero due organi della medesima parte processuale, e, di conseguenza, i riflessi favorevoli o, come in questo caso, sfavorevoli delle azioni di quest'ultimo ben potrebbero esser fatti ricadere sull'imputato³⁸². Altre voci in dottrina hanno aspramente criticato la presunzione adottata dal legislatore di riferibilità all'imputato di autonomi comportamenti tenuti dal difensore – come, appunto, quello di astenersi a fini di protesta

³⁷⁹ Amato, sub *art. 304*, in *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, a cura di Amodio, Dominioni, III, 1989, 172, 173.

³⁸⁰ La presunzione in discorso appare come evidente sintomo di una notevole sfiducia nei confronti dell'intera categoria forense; per questo motivo, la dottrina ne ha sollecitato a più riprese la revisione, nel senso di escludere dall'ambito di applicazione della medesima almeno i fatti indipendenti dalla volontà dell'imputato e del suo difensore. In questo senso, FERRUA, *I termini massimi di custodia cautelare*, in *La nuova disciplina della libertà personale nel processo penale*, a cura di Grevi, Padova, 1985, 302; CERESA GASTALDO, *op. cit.*, 422.

³⁸¹ Anche la malattia del difensore che impedisce la sua comparizione in udienza incide sulla libertà personale dell'imputato, provocando un allungamento del termine della custodia. In questo senso, CONFALONIERI, *op. cit.*, 731.

³⁸² DE MARSICO, *Lezioni di diritto processuale penale*, 3^a ed., 1955, 96.

– del tutto estranei sia al rapporto contrattuale di mandato, sia a quello fiduciario nascente dal conferimento dell’incarico³⁸³.

Tra le fattispecie sospensive dei termini di durata massima della custodia cautelare che interessano ai fini del nostro discorso, però, deve essere considerata anche la lettera *a* del comma 1 dell’art. 304 c.p.p.: tale disposizione, infatti, stabiliva che i termini previsti dall’art. 303 dovessero essere sospesi nei casi di rinvio o sospensione del dibattimento provocati dal legittimo impedimento del difensore ovvero dalla richiesta di quest’ultimo. L’effetto sospensivo era invece escluso nelle ipotesi in cui risultasse del tutto assente il rischio di strumentalizzazione precedentemente illustrato: si allude ai casi di concessione dei termini per la difesa o di necessità di acquisizione probatoria, nei quali la sospensione o il rinvio del procedimento è disposta per rispondere a esigenze oggettive del processo³⁸⁴.

Ciò che rileva ai fini del nostro discorso è il principale effetto della disposizione illustrata: nella maggior parte delle occasioni l’applicazione di quest’ultima, infatti, riusciva concretamente a scongiurare che le ripetute adesioni alle astensioni collettive da parte del difensore – a prescindere dalla sua riconduzione all’istituto del legittimo impedimento – avessero come effetto la perdita di efficacia della custodia cautelare in carcere.

In verità, la previsione di cui all’art. 304 comma 1 lett. *a* e *b* c.p.p., pur svolgendo un importante ruolo di argine al rischio di indebite liberazioni per scadenza dei termini, non riusciva ad eliminarlo completamente. Il pericolo di scarcerazioni automatiche, infatti, residuava nella possibile caducazione della custodia per decorrenza del termine finale complessivo, sancito a quel tempo all’interno del comma 4 dell’art. 304 c.p.p.³⁸⁵.

³⁸³ CERESA GASTALDO, *op. cit.*, 609.

³⁸⁴ AMATO, *op. cit.*, 174; in particolare, appare quanto mai opportuna l’esclusione della sospensione nel caso di concessione del termine a difesa *ex art.* 108: se non vi fosse, infatti, l’imputato si troverebbe nell’ingiusta alternativa di «scegliere, per evitare il sacrificio della libertà personale, un giudizio più rapido, ma con il rischio di una frettolosa e possibilmente incompleta preparazione della propria linea difensiva», a cui conseguirebbe una indubbia violazione dell’art. 24 Cost.

³⁸⁵ Il legislatore del 1988, in ossequio alle indicazioni del costituente – in particolare ci si riferisce contenuto dell’art. 13 Cost. che sancisce l’inviolabilità della libertà personale postula l’impossibilità di una compressione di tale valore a tempo indeterminato, nonché il comma 4 della medesima disposizione, il quale formula una riserva di legge per la determinazione dei limiti massimi della custodia – ha predisposto la disciplina dei termini massimi per ciascuna fase processuale all’art. 303 comma 1, 2, 3, c.p.p., mentre al comma 4 c.p.p. della medesima disposizione venivano previsti i termini complessivi relativi all’intero processo.

L'eventuale decisione del giudice ai sensi dell'art. 304 comma 1 lett. *a o b* c.p.p., infatti, avrebbe avuto come effetto l'arresto del decorso dei soli termini previsti dall'allora art. 303 c.p.p. e non di quello previsto all'art. 304 comma 4 c.p.p., il quale, quindi, in costanza di "sciopero" degli avvocati continuava a decorrere in modo indisturbato. Il suddetto rischio era ulteriormente accresciuto dalle modifiche apportate alla disciplina del termine finale complessivo dalla legge n. 332 del 1995, la quale si era posta come obiettivo quello di ridurre il periodo massimo di estensione temporale della custodia cautelare, in conseguenza all'applicazione della fattispecie sospensiva *ex art.* 304 c.p.p. Dopo tale intervento legislativo, il limite massimo non misurava più «due terzi del massimo della pena temporanea prevista per il reato contestato o ritenuto in sentenza», prevedendosi al comma 6 dell'art. 304 c.p.p. che, tenendo conto della durata della custodia nelle diverse fasi del procedimento, il medesimo non potesse superare in ogni caso il doppio dei termini intermedi sanciti all'art. 303 comma 1, 2 e 3 c.p.p. Inoltre, pur restando fermo il doveroso rispetto dei termini di fase, la disposizione in esame stabiliva che la durata complessiva della custodia non potesse superare in ogni caso i termini *ex art.* 304 comma 4 c.p.p. aumentati della metà ovvero, ove in concreto più favorevole, i due terzi del massimo della pena temporanea prevista per il reato contestato o ritenuto in sentenza.

Il legislatore del 1995, prevedendo il rischio di scarcerazioni dovute allo sfioramento del limite riferito ai termini di fase, aveva stabilito al comma 7 dell'art. 304 c.p.p. una deroga rispetto alla disciplina del comma precedente: qualora la stasi processuale fosse stata provocata dalle circostanze descritte all'interno dell'art. 304 comma 1 lett. *b* c.p.p., era previsto che della relativa sospensione si dovesse tener conto solamente ai fini del computo del limite relativo alla durata complessiva della custodia, e non anche di quello relativo alle diverse fasi del procedimento.

La disciplina derogatoria appena illustrata è stata introdotta proprio con il dichiarato intento di porre freno «al rischio di un uso pretestuoso dello strumento dello "sciopero degli avvocati", ove fosse da taluno praticato allo scopo di propiziare la scarcerazione per decorrenza dei termini di fase degli imputati detenuti»³⁸⁶.

³⁸⁶ Sulla *ratio* della previsione dell'art. 304 comma 7 c.p.p. volta a evitare il pericolo di un utilizzo pretestuoso dello "sciopero" dei difensori orientato alla scarcerazione per decorrenza dei termini degli

Inoltre, come vedremo più approfonditamente in seguito, tale intervento legislativo è assai significativo ai fini della risoluzione del dibattito inerente l'inquadramento processuale del fenomeno astensionista poiché il legislatore, attraverso il riferimento al comma 1 lett *b* dell'art. 304 c.p.p., dimostra di considerare le iniziative di protesta quali motivo di «mancata partecipazione, allontanamento, mancata presentazione del difensore» e non come legittimo impedimento *ex art.* 302 comma 1 lett. *a*³⁸⁷.

7. Il monito rivolto al legislatore espresso dalla Corte costituzionale attraverso la sentenza 31 maggio 1994, n. 114

Se, come abbiamo visto nel paragrafo che precede, il legislatore si era preoccupato di arginare gli effetti negativi dell'astensione collettiva sui termini di custodia cautelare attraverso la predisposizione della disciplina contenuta nell'art. 304 c.p.p., dall'altra parte aveva dimostrato un grave disinteresse rispetto alle ricadute del medesimo fenomeno sul termine di prescrizione del reato.

imputati detenuti, vedi GREVI, *Più luci che ombre nella l. 8 agosto 1995, n. 332, tra istanze garantistiche ed esigenze del processo*, in AA.VV., *Misure cautelari e diritto penale*, a cura di Grevi, Giuffrè, 1996, 33 ss.; APRILE, *Le misure cautelari nel processo penale*, Giuffrè, 2003, 272; GRIFANTINI, *Commento all'art. 15 l. 8 agosto 1995, n. 332*, in AA.VV., *Modifiche al codice di procedura penale*, Cedam, 1995, 218.

³⁸⁷ Vedi par. 10.

Tale atteggiamento contraddittorio e irragionevole ha costituito proprio uno dei profili di legittimità sollevati dal giudice *a quo* che condusse la Corte costituzionale a pronunciarsi per la prima volta in materia di astensione collettiva degli avvocati³⁸⁸.

La doglianza sollevata in via principale davanti ai giudici della Corte riguardava specificamente il tema dell'interrelazione tra astensione collettiva e prescrizione del reato e, in particolare, l'assenza, all'interno del disposto dell'art. 159 comma 1 c.p., di una specifica previsione di sospensione del termine di prescrizione «per il tempo della durata della sospensione e del rinvio del dibattimento conseguenti a mancata presentazione, allontanamento o mancata partecipazione del difensore dell'imputato», ossia situazioni che privavano l'imputato, anche se solo temporaneamente, dell'imprescindibile difesa tecnica³⁸⁹.

Il giudice remittente, in via secondaria e subordinata, censurava la mancanza della previsione, all'interno del medesimo art. 159 c.p., della facoltà di adottare un provvedimento giudiziale di sospensione del termine di prescrizione, simile a quella prevista nell'art. 304 comma 1 lett. *b* c.p.p. in materia di sospensione dei termini di durata massima della custodia cautelare in carcere. In particolare, il giudice *a quo* lamentava l'irrazionalità della scelta del legislatore che, da una parte, aveva deciso di impedire la «perenzione» della custodia cautelare – istituto considerato dal giudice remittente meramente processuale – attraverso la previsione dell'art. 304 comma 1 lett.

³⁸⁸ Corte cost., 31 marzo 1994, n. 114, in *Cass. pen.*, 1994, 2006 ss.

³⁸⁹ L'avvocatura dello Stato prospettava in modo assai diversa la questione: l'effetto sospensivo *ex* art. 159 c.p. avrebbe dovuto prodursi naturalmente, in considerazione del fatto che la sospensione del processo in corso dovuta alla mancata partecipazione del difensore dovuta alla sua adesione alla protesta indetta dall'organo di categoria fosse «imposta da una particolare disposizione di legge», ossia dall'art. 486 comma 5 c.p.p. Ma la formulazione di tale norma, disciplinante il legittimo impedimento del difensore, sembrava lasciare un'alternativa al giudice tra rinvio e sospensione del processo; secondo l'Avvocatura, qualora la «soluzione tecnicamente obbligata fosse quella della sospensione, poteva ravvisarsi un'ipotesi di sospensione del procedimento imposta da una particolare disposizione di legge che, a norma dell'art. 159 c.p. determina l'effetto di sospendere il corso della prescrizione». La Corte, però, ripudiò tale ricostruzione, basandosi su molteplici osservazioni: *in primis*, la tesi dell'Avvocatura mancava di puntualizzare quando la sospensione del dibattimento sarebbe una «soluzione tecnicamente obbligata»; in secondo luogo, rispetto all'asserito potere di scelta del giudice tra l'emissione di un provvedimento di rinvio o sospensione, la Corte osservava che non è possibile individuare dei sicuri e determinati parametri che lo orientino; infine, sottolineava che «né sotto la vigenza del codice abrogato né con riferimento al nuovo codice di rito, risulta essersi affermata in dottrina e in giurisprudenza una tesi interpretativa che abbia ricondotto le ipotesi di stasi dibattimentale dovute all'impedimento dell'imputato o del suo difensore nell'alveo del concetto di sospensione del procedimento penale imposto da una particolare disposizione di legge» ai sensi dell'art. 159 comma 1 c.p.p.

b c.p.p. ma, contemporaneamente, nulla prevedeva in relazione all'esigenza di tutelare, nelle stesse situazioni, «l'interesse sostanziale alla punizione del colpevole impedendo la prescrizione dei reati»³⁹⁰.

Il giudice remittente, quindi, sollevava questione di legittimità costituzionale dell'art. 159 c.p., con riferimento al principio di uguaglianza e ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost., nella parte in cui non prevedeva l'ipotesi dell'adesione del difensore all'astensione collettiva di categoria fra le cause di sospensione della prescrizione ovvero, in subordine, non consentiva l'adozione di un provvedimento sospensivo del suddetto termine analogo a quello previsto, in tema di custodia cautelare, dall'art. 304 comma 1 lett. *b c.p.p.*; la Corte costituzionale, tuttavia, dichiarava entrambe le questioni inammissibili.

Tale inammissibilità era giustificata dall'impossibilità per la Corte costituzionale di pronunciare una sentenza additiva in *malam partem*, diretta a introdurre una nuova ipotesi di sospensione del termine di prescrizione, ulteriore rispetto ai casi previsti espressamente dal legislatore: attraverso siffatta pronuncia – la quale avrebbe esteso l'area applicativa della norma a ipotesi ulteriori da quelle già previste dal legislatore – la Corte sarebbe quindi fuoriuscita dai suoi compiti e poteri, a ciò «ostandovi il principio di legalità sancito dall'art. 25 Cost.»³⁹¹.

Una pronuncia siffatta avrebbe comportato l'introduzione nell'ordinamento giuridico di una norma penale sfavorevole rispetto a quella in vigore: la Corte costituzionale, con giurisprudenza costante³⁹², aveva da sempre escluso il proprio potere di estendere l'area di punibilità³⁹³.

³⁹⁰ Corte cost., 31 marzo 1994, n. 114, cit. Oltre a tale rilievo, il giudice rimettente sottolineava come fosse ravvisabile una difformità di trattamento anche rispetto ai delitti previsti nell'art. 16 lett. *c* della legge 22 maggio 1975, n. 152 – ossia quelli individuati nella legge 14 ottobre 1974, n. 497: rapina, rapina aggravata, estorsione, estorsione aggravata, sequestro di persona a scopo di rapina o di estorsione, per quelli concernenti le armi e gli esplosivi, e per i reati eventualmente concorrenti con i medesimi – per i quali era prevista la sospensione della prescrizione durante il rinvio, richiesto dall'imputato o dal suo difensore di un atto di istruzione o del dibattimento per tutto il tempo del rinvio.

³⁹¹ Corte cost., 31 marzo 1994, n. 114, cit.

³⁹² Si vedano Corte cost. 30 dicembre 1993, n. 489, in *Giur. cost.*, 1993, 3958, nonché Corte cost. 22 giugno 1983, n. 188, in *Giur. cost.* e Corte cost. 18 aprile 1983, n. 98, *ivi*, 1983, 423.

³⁹³ SCOLETTA, *La rilevanza delle questioni di legittimità costituzionale in malam partem, il caso della prescrizione del reato*, in *Dir. pen. cont.*, 2012, 117.

Inoltre, come testimonia la formulazione in termini alternativi della questione di legittimità costituzionale, la sentenza additiva sollecitata dal giudice remittente non sarebbe stata una pronuncia a “rime obbligate”, non potendosi individuare una soluzione univoca come quella costituzionalmente dovuta, in considerazione della presenza di una «pluralità delle possibili opzioni normative che varrebbero a soddisfare il *petitum*» tra le quali solamente il legislatore sarebbe stato legittimato a scegliere³⁹⁴. Nonostante la dichiarazione di inammissibilità, la Corte costituzionale volle cogliere l’occasione per esprimere il proprio pensiero rispetto alla complessa situazione sottoposta alla sua attenzione: dopo averla definita una vera e propria patologia del sistema giudiziario, la Corte auspicava e al contempo sollecitava un intervento del legislatore che riuscisse finalmente a regolare il fenomeno delle astensioni forensi, ormai sfuggito a qualsiasi controllo poiché si era dimostrato in grado di «determinare la paralisi dell’esercizio della funzione giurisdizionale, con conseguente, grave compromissione di fondamentali principi che il costituente ha inteso affermare³⁹⁵». La Corte – tracciando così il percorso che poi la condurrà a dichiarare l’illegittimità costituzionale della legge 12 giugno 1990, n. 146 con la sentenza additiva del 27 maggio 1996, n. 114 – osservò che il legislatore si era preoccupato di dettare una puntuale disciplina sul diritto di sciopero nel settore dei servizi pubblici essenziali proprio al fine di tutelare diritti costituzionalmente tutelati: di conseguenza, non appariva in alcun modo tollerabile la completa assenza di regolamentazione di «forme di protesta collettiva che, al pari dello sciopero, sono in grado di impedire il pieno esercizio di funzioni che assumono, come quella giurisdizionale, un risalto primario nell’ordinamento dello Stato³⁹⁶».

³⁹⁴ Corte cost., 31 marzo 1994, n. 114, cit.

³⁹⁵ La necessità di una regolamentazione che permettesse di raggiungere un corretto bilanciamento dei contrapposti interessi in gioco emergeva anche dal confronto con l’equilibrio interpretativo raggiunto in tema dell’impedimento del difensore dovuto a contemporanei impegni professionali dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità, rispettivamente attraverso la sentenza Corte cost., 29 aprile 1991, n. 178 e Cass., Sez. Un., 27 marzo 1992, Fogliani, di cui abbiamo parlato incidentalmente nel par. 4. Al contrario, in modo inaccettabile rimaneva privo di qualsiasi adeguato bilanciamento di valori il caso dell’assenza «non del singolo difensore, ma di tutti i difensori, in dipendenza della loro adesione alle manifestazioni di protesta deliberate dagli organismi di categoria». In questo senso, Corte cost. 31 marzo 1994, n. 114, cit.

³⁹⁶ Corte cost., 31 marzo 1994, n. 114, cit.

L'appello con il quale la Corte costituzionale aveva sollecitato «un attento esame da parte del legislatore» delle «situazioni del tutto patologiche»³⁹⁷ conseguenti alla mancanza di una disciplina delle astensioni e, in particolare, del rapporto tra queste ultime e prescrizione del reato, non rimarrà inascoltato a lungo; infatti, il legislatore, con legge 8 agosto 1995, n. 332, modificava il testo dell'art. 159 c.p. in questi termini: «il corso della prescrizione rimane sospeso nei casi di autorizzazione a procedere, o di questione deferita ad altro giudizio, e in ogni caso in cui la sospensione del procedimento penale o dei termini di custodia cautelare è imposta da una particolare disposizione di legge».

La novità apportata dalla novella legislativa consisteva, quindi, nel rinvio operato dall'ultima parte della norma alle fattispecie sospensive dei termini di durata massima della custodia cautelare *ex art. 304 c.p.p.*, il quale al primo comma stabiliva che i termini di durata massima della custodia cautelare in carcere previsti dall'art. 303 c.p.p. dovessero rimanere sospesi, ai sensi della lett. *a*, nei casi di sospensione o rinvio del dibattimento «per impedimento» o dietro «richiesta» dell'imputato o del suo difensore ovvero, ai sensi della lett. *b*, in ipotesi di sospensione o rinvio del dibattimento a causa della «mancata presentazione, dell'allontanamento o della mancata partecipazione di uno o più difensori».

Come vedremo approfonditamente nel prossimo paragrafo, l'interpretazione del rinvio compiuto dall'art. 159 c.p. all'art. 304 c.p.p. fu oggetto di un'intensa disputa giurisprudenziale: quindi, l'intervento del legislatore, così auspicato e atteso, più che risolutivo, a posteriori risulterà foriero di ulteriori e molteplici dubbi ermeneutici.

³⁹⁷ Corte cost., 31 marzo 1994, n. 114, cit.

8. Una riforma legislativa ben poco risolutiva: la modifica della disciplina delle cause di sospensione della prescrizione del 1995 e la difficile interpretazione del combinato disposto degli artt. 159 c.p. 304 c.p.p.

Come abbiamo appena visto, la Corte costituzionale, chiamata per la prima volta a pronunciarsi sul delicato rapporto tra il fenomeno astensionista e la disciplina del termine di prescrizione del reato, non esitò a definire lo “sciopero” dei difensori una delle «situazioni del tutto patologiche» affliggenti il processo penale, idoneo a provocare una vera e propria paralisi della funzione giurisdizionale³⁹⁸. A fronte di tale constatazione, la Corte formulava un vero e proprio appello diretto a propiziare un «attento esame da parte del legislatore»: un futuro intervento regolatore della materia era apparso l'unico modo per assicurare il corretto bilanciamento dei plurimi valori confliggenti³⁹⁹.

In seguito all'auspicio di un serio ripensamento normativo, l'anno successivo il legislatore raccoglieva l'invito, preoccupandosi di modificare l'art. 159 comma 1 c.p. attraverso la legge 8 agosto 1995, n. 332, la quale prevedeva che il decorso del termine di prescrizione rimanesse sospeso, oltre che nelle ipotesi già previste, in ogni caso in cui la sospensione dei termini di custodia cautelare fosse «imposta da una particolare disposizione di legge»⁴⁰⁰.

La principale novità apportata dalla modifica legislativa, quindi, era costituita dal rinvio alla disciplina delle fattispecie sospensive dei termini di durata massima della custodia cautelare, contenuta dall'art. 304 comma 1 c.p.p., il quale alla lett. *a* stabiliva che i termini dovessero rimanere sospesi nei casi di sospensione o rinvio del dibattimento per impedimento dell'imputato o del suo difensore e, alla lett. *b* prevedeva il medesimo effetto sospensivo nel caso di sospensione o rinvio del dibattimento dovuto alla mancata

³⁹⁸ Corte cost., 31 marzo 1994, n. 114, in *Cass. pen.*, 1994, 2006.

³⁹⁹ Corte cost., 31 marzo 1994, n. 114, cit.

⁴⁰⁰ Il testo risultante dalla novella n. 332 del 1995 è quello tuttora vigente, ossia: «il corso della prescrizione rimane sospeso nei casi di autorizzazione a procedere, o di questione deferita ad altro giudizio, ed in ogni caso in cui la sospensione del procedimento penale o dei termini di custodia cautelare è imposta da una particolare disposizione di legge».

presentazione, allontanamento, mancata partecipazione di uno o più difensori che rendesse privo di assistenza uno o più imputati.

Attraverso tale richiamo, come non mancò di evidenziare prontamente la dottrina più avvertita di quell'epoca⁴⁰¹, il legislatore aveva voluto ampliare le fattispecie produttive della sospensione dei termini di prescrizione proprio al precipuo scopo di ricomprendervi, senza incertezze, il fenomeno dello "sciopero" dei difensori, giacché «soprattutto in tali eventualità appariva incongruo che potesse essere favorito il verificarsi di una simile causa di estinzione del reato»⁴⁰².

Tuttavia, la formulazione dell'art. 159 c.p., a causa anche di una «certa improvvida ambiguità del testo», diede adito alla formazione di due filoni giurisprudenziali che offrivano interpretazioni opposte. L'indirizzo che si affermò come maggioritario fu quello che propugnava una lettura della disposizione forse più aderente al senso letterale⁴⁰³ ma, secondo alcune voci autorevoli⁴⁰⁴, irragionevolmente restrittiva.

L'indirizzo prevalente all'interno della giurisprudenza di legittimità, infatti, era orientato a escludere che l'effetto sospensivo sul corso della prescrizione fosse una conseguenza automatica dell'astensione dei difensori dalle udienze, ritenendo invece che il medesimo dovesse reputarsi circoscritto ai soli casi di effettiva sospensione dei termini di custodia cautelare *ex art. 304 c.p.p.*⁴⁰⁵. In questo modo, il decorso del termine di prescrizione era sospeso, in forza del combinato disposto degli artt. 159 c.p. e 304 c.p.p., solamente in procedimenti con imputati realmente sottoposti alla misura della custodia in carcere, non bastando l'astratta ricorrenza di taluna delle cause di sospensione previste dall'art. 304 c.p.p.⁴⁰⁶.

⁴⁰¹ GREVI, *Sui rapporti tra sospensione del corso della prescrizione*, cit., 2943.

⁴⁰² GREVI, *Più luci che ombre nella legge 8 agosto 1995*, cit, 34.

⁴⁰³ Così GREVI, *Sui rapporti tra sospensione del corso della prescrizione*, cit., 2936.

⁴⁰⁴ *Ex multis*, GREVI, *op. ult. cit.*

⁴⁰⁵ Cass., 20 febbraio 1997, Basileo, in *Cass. pen.*, 1999, 1461; Cass., 16 marzo 1998, Pipolo, in *Riv. pen.*, 1998, 766; Cass., 19 giugno 1998, Auricchio, in *Cass. pen.*, 1999, 2538; Cass., 9 febbraio 1999, Gramiccia, *ivi*, 2000, 637; Cass., 9 marzo 1999, Cassese, in *Arch. n. proc. pen.*, 1999, 153; Cass., 11 marzo 1999, Savarese, in *Cass. pen.*, 2000, 629. Tale indirizzo ha ricevuto consensi anche in sede dottrinale, vedi AIMONETTO, *La durata ragionevole del processo penale*, Giappichelli, 1997, 165 ss.; BARGIS, *Commento all'art. 15 l. 8 agosto 1995, n. 332*, in *Leg. pen.*, 1995, 722.

⁴⁰⁶ Cass., 6 novembre 1998, Nascivera, in *Arch. n. proc. pen.*, 1999, 216. Per il suddetto indirizzo, «ritenere diversamente richiederebbe una interpretazione analogica dell'art. 304 c.p.p. che, invece, in quanto norma eccezionale, può trovare applicazione soltanto nei processi celebrati contro detenuti»; così Cass., 19 giugno 1998, Auricchio, cit.

Per effetto dell'adozione di tale opzione interpretativa – la quale limitava la portata del combinato disposto degli artt. 159 c.p. e 304 c.p.p. ai processi con imputati detenuti – nei processi con imputato a piede libero continuava a computarsi ai fini della maturazione della prescrizione il tempo del rinvio del giudizio dovuto ad astensione collettiva forense. In quest'ultima sede, quindi, l'unica via per evitare la prescrizione rimaneva quella del diniego dell'istanza di rinvio avanzata dal difensore, basata proprio sul presupposto dell'impossibilità, con riferimento ai procedimenti con imputato non detenuto, di sospendere il decorso del termine di prescrizione *ex art. 159 c.p.*

La possibilità di negare il rinvio al difensore astinente all'interno dei procedimenti con imputato in libertà era assicurata da quella giurisprudenza che – oltre a configurare l'adesione all'astensione quale legittimo impedimento del difensore – attribuiva al giudice il potere di contemperare due interessi contrapposti, rispettivamente quello del singolo difensore a manifestare il proprio pensiero e quello pubblico a evitare la prescrizione del reato⁴⁰⁷. Il potere del giudice di contemperamento dei suddetti interessi era emerso proprio dalla presa di coscienza di non poter sospendere *ex art. 159 c.p.* il corso della prescrizione in ipotesi di assenza del difensore astinente⁴⁰⁸.

Il principale limite insito al conferimento al giudice di tale potere discrezionale in capo al giudice era, come abbiamo osservato in precedenza, eminentemente di ordine pratico: quand'anche quest'ultimo – reputando prevalente l'interesse all'immediata trattazione del processo per l'imminenza dello scadere del termine di prescrizione – avesse negato il rinvio al difensore astinente, l'effettiva prosecuzione del dibattimento sarebbe dipesa dalla concreta reperibilità di un difensore disponibile a sostituirlo *ex art. 97 comma 4 c.p.p.*; la difficoltà di reperire un difensore disponibile durante delle manifestazioni di protesta connotate da un livello di partecipazione assai elevato finiva per vanificare l'utilità dell'affidamento di un siffatto potere di bilanciamento al giudice⁴⁰⁹.

⁴⁰⁷ Secondo alcuni autori queste due tesi giurisprudenziali sarebbero strettamente legate tra di loro: infatti, l'indirizzo che limita l'applicazione del combinato disposto degli artt. 159 c.p. e 304 c.p.p. ai soli procedimenti con imputati detenuti costituirebbe l'implicita premessa del filone giurisprudenziale che giustifica il diniego del rinvio qualora sia imminente la maturazione della prescrizione, basandosi sul principio del bilanciamento di interessi contrapposti. In questo senso, PULITANO, *Lo sciopero degli avvocati: se, come, quando*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 9.

⁴⁰⁸ Cass., 17 dicembre 1992, Montuapoli, in *Cass. pen.*, 1994, 2459; Più approfonditamente, vedi, par. 5.

⁴⁰⁹ Come già osservato nel par.

A seguito dell'auspicato intervento del legislatore, teso espressamente a neutralizzare gli effetti negativi del fenomeno delle astensioni collettive forensi sul termine di prescrizione, l'obiettivo di risolvere la situazione patologica denunciata dalla Corte costituzionale nella sentenza del 31 marzo 1994, n. 114 poteva dirsi raggiunto solamente in parte⁴¹⁰: sulla scorta dell'indirizzo interpretativo dominante, infatti, solamente nei processi con imputati detenuti era riconosciuto l'effetto sospensivo all'ipotesi di rinvio del processo per adesione all'astensione, il quale veniva, invece, negato nei processi con imputato a piede libero.

La limitazione dell'effetto sospensivo dell'astensione alle ipotesi in cui fosse stata effettivamente emessa un'ordinanza di sospensione della prescrizione ai sensi dell'art. 304 comma 1 c.p.p. – il cui presupposto era costituito, ovviamente, dalla presenza di una misura cautelare custodiale in esecuzione – appariva una manovra interpretativa non ragionevolmente sostenibile e, in un certo qual modo, autolesionista.

Infatti, risultava ben praticabile una diversa interpretazione della modifica legislativa, volta a interpretare il rinvio operato dal novellato art. 159 c.p. all'art. 304 comma 1 c.p.p. nel senso di riconoscere l'effetto sospensivo a prescindere dallo stato di detenzione dell'imputato⁴¹¹: tale lettura, infatti, identificava quali cause di sospensione della prescrizione tutte le ipotesi astrattamente previste come cause di sospensione della custodia cautelare in carcere dall'art. 304 comma 1 c.p.p., indipendentemente dall'attualità dello stato detentivo dell'imputato.

⁴¹⁰Come osserva GREVI, *op.cit.*, 2935, nota 3, a testimonianza dell'insoddisfazione diffusa per la novella legislativa e la sua restrittiva lettura giurisprudenziale, la Corte costituzionale, con la sentenza del 27 maggio 1996, n.171, sottolineava come il monito contenuto nella sua precedente sentenza n. 114 del 1994 si fosse rivelato a posteriori inadeguato in ragione del fatto che, trascorsi ormai due anni, non si era ancora registrata una modifica legislativa che potesse considerarsi finalmente risolutiva. In questo modo, la Corte dimostrava di riconoscere assai poca rilevanza all'intervento del legislatore del 1995, così come interpretato dalla giurisprudenza in riferimento al meccanismo di sospensione della prescrizione in rapporto al fenomeno astensionista. Corte cost., 27 maggio 1996, n. 171, in *Cass. pen.*, 1996, 2872.

⁴¹¹ Per questa tesi, il rinvio all'art. 304 compiuto dall'art. 159 c.p. non doveva intendersi rivolto all'intera disciplina della sospensione dei termini di custodia cautelare ma ai soli presupposti della medesima, al fine di ricollegarvi anche l'effetto sospensivo della prescrizione. Per tale indirizzo, seppur minoritario, vedi Cass., 9 novembre 1998, Mancuso, in *Cass. pen.*, 2001, 2704; Cass., 2 luglio 1998, Pozzi, *ivi*, 1462. Contro tale interpretazione vedi, ad esempio, Cass., 21 settembre 1999, Becattini, in *C.e.d.*, 214889, per cui l'art. 159 comma 1 c.p., essendo una norma che fa eccezione alla regola dell'ordinario decorso della prescrizione, non è suscettibile di applicazione analogica in danno all'imputato e, di conseguenza, non potrebbe intendersi il rinvio dell'ultima parte della disposizione riferita «non al complesso procedimento di cui all'art. 304 comma 1 c.p.p., che prevede un'ordinanza appellabile al tribunale del riesame, ma soltanto alla parte dell'art. 304 comma 1 c.p.p., che indica il presupposto per la sospensione».

In questa prospettiva, il nuovo testo dell'art. 159 c.p., nella parte in cui stabiliva la sospensione della prescrizione «in ogni caso in cui la sospensione (...) dei termini di custodia cautelare è imposta da una particolare disposizione di legge» intendeva estendere l'effetto sospensivo sul decorso del termine prescrizionale «a tutte le ipotesi di sospensione dei termini sancite *ope legis* dall'art. 304 c.p.p.», soprattutto nel caso di astensione collettiva dei difensori, «giacché soprattutto in simili eventualità appariva incongruo che potesse essere favorito il verificarsi di una causa di estinzione del reato»⁴¹². Tale filone interpretativo minoritario risultava più in linea con la *ratio* della novella legislativa: in sede di lavori preparatori il legislatore del 1995 aveva espressamente manifestato la sua intenzione di intervenire sull'articolo 159 c.p. proprio al fine di rimediare al computo dei tempi di astensione di difensori nel termine di prescrizione⁴¹³. In questo senso, vi era un evidente collegamento tra la legge n. 332 del 1995 e l'appello della Corte costituzionale espresso nella sentenza n. 114 del 1994: la modifica avrebbe dovuto essere letta alla luce della *voluntas legis*, la quale non poteva che rinvenirsi nel proposito di allargare il novero delle cause di sospensione della prescrizione e, soprattutto, nell'intenzione di includervi senza incertezze il fenomeno delle astensioni collettive forensi⁴¹⁴.

Ma l'aspetto della tesi maggioritaria che meno poteva essere tollerato era l'ingiustificata disparità di trattamento riservato ai diversi imputati sulla base del loro *status libertatis*⁴¹⁵: infatti, non poteva rinvenirsi alcuna spiegazione logica per la lettura restrittiva che limitava l'effetto sospensivo sulla prescrizione ai soli processi con imputati detenuti. Questa tesi sembrava considerare non impellente all'interno dei processi con imputato a piede libero l'esigenza di tutelare la funzione giurisdizionale da un'eventuale paralisi e

⁴¹² GREVI, *Più luci che ombre*, cit., 34.

⁴¹³ Così la Relazione al disegno di legge recante «modifiche al codice di procedura penale in tema di semplificazione dei procedimenti, di misure cautelari e di diritto di difesa», presentato alla Camera dei deputati il 26 luglio 1994, *Camera dei deputati, XII legislatura, Disegni di legge e relazioni*, n. 1033, 3.

⁴¹⁴ Evidenzia il rapporto di consequenzialità tra l'auspicio espresso dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 114 del 1994 e la riforma del 1995 BARGIS, *op. cit.*, 722.

⁴¹⁵ Molteplici ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale censuravano sotto il profilo della violazione dell'art. 3 Cost. il «diritto vivente» consolidatesi con riferimento al combinato disposto dell'art. 159 c.p. e 304 c.p.p.; le questioni di legittimità costituzionali erano state sollevate all'interno di procedimenti con imputati a piede libero nei quali, a causa di diversi rinvii del dibattimento causati per lo più dall'adesione del difensore all'astensione di categoria, da lì a poco si sarebbe realizzata la maturazione del termine di prescrizione. Trib. Napoli (sez. dist. Capri), 23 giugno 1999, Buonocore, in G.U., 29 settembre 1999, 17 ss.; Trib. Napoli (sez. dist. Capri), 23 giugno 1999, Salvia, *ivi*, 20.

dalla maturazione di prescrizioni conseguente alla reiterata adesione dei difensori alle astensioni di categoria⁴¹⁶.

Non appariva ragionevole che, di fronte al medesimo fenomeno dell'astensione collettiva e al conseguente provvedimento di rinvio o sospensione del procedimento, la sospensione del decorso della prescrizione dipendesse da una circostanza del tutto occasionale quale lo stato detentivo dell'imputato⁴¹⁷.

Oltre a contrastare con l'esplicita *ratio* legislativa, infatti, non era facilmente comprensibile la motivazione per la quale l'effetto sospensivo *ex art. 159 c.p.* dovesse dipendere da una precedente valutazione del giudice incentrata su presupposti e criteri completamente estranei e lontani dalla finalità di evitare la maturazione della prescrizione, ossia quelli legittimanti l'adozione in concreto di una misura di custodia cautelare.

Una lettura più aderente e rispettosa del principio costituzionale di ragionevolezza, quindi, avrebbe richiesto che fosse sospeso il corso della prescrizione in tutti i casi di astratta ricorrenza di un'ipotesi di sospensione dei termini di custodia cautelare previsti dall'art. 304 c.p.p. a prescindere dall'applicazione concreta della custodia medesima: infatti, solo un'interpretazione del genere – accolta in rare e isolate sentenze⁴¹⁸ – avrebbe

⁴¹⁶ L'irragionevolezza dell'interpretazione maggioritaria appare ancora più evidente qualora si consideri che tale tesi aveva l'effetto di escludere la sospensione della prescrizione per i reati con i minimi edittali più bassi, per i quali, ai sensi dell'art. 280 c.p.p., non è consentita l'applicabilità della custodia cautelare. Trib. Napoli (sez. dist. Capri), 23 giugno 1999, Buonocore, cit.

⁴¹⁷ Oltre a questo profilo, la dottrina più avvertita dell'epoca mise in luce ulteriori effetti distorsivi sul piano dell'uguaglianza tra imputati provocati dalla criticata tesi giurisprudenziale: in particolare, quello provocato dal combinarsi della medesima con la disciplina dell'estensione degli effetti della sospensione prevista dall'art. 161 c.p., soprattutto in riferimento al secondo comma dell'articolo vigente in quell'epoca (poi modificato radicalmente con l'art. 6, comma 5 della l. 5 dicembre 2005, n. 251), il quale, disponeva che «quando per più reati connessi si procede congiuntamente, la sospensione o la interruzione della prescrizione per taluno di essi ha effetto anche per gli altri». Solamente nell'ipotesi in cui si fosse proceduto congiuntamente, quindi, l'imputato non detenuto avrebbe potuto giovare dell'effetto estensivo della sospensione della prescrizione. GREVI, *Sui rapporti tra sospensione del corso della prescrizione*, cit., 2941. L'estensione della sospensione della prescrizione a tutti coloro «che hanno commesso il reato» e agli altri coimputati con riguardo ai quali si procede «congiuntamente» *ex art. 161 c.p.p.* non costituiva, però, l'unica criticità: ci si chiedeva, infatti, se l'estensione dell'effetto sospensivo previsto dal medesimo articolo dovesse prodursi con riferimento a quei coimputati ai quali le cause di sospensione di custodia cautelare *ex art. 304 comma 1 l. a e b* non si riferiscono (perché, ad esempio, il loro difensore non aveva aderito all'astensione collettiva dalle udienze), i quali avessero per questo ottenuto di non soggiacere alla sospensione dei termini di custodia cautelare prevista dallo stesso articolo, chiedendo che si procedesse nei loro confronti previa separazione dei processi, ai sensi dell'art. 304 comma 4 c.p.p. In questo senso, GREVI, op. ult. cit., nota 22.

⁴¹⁸ Vedi Cass., 9 novembre 1998, Mancuso, cit.

permesso di neutralizzare in modo definitivo, ai fini del calcolo della prescrizione, il periodo in cui il processo rimaneva sospeso a causa dell'astensione collettiva dalle udienze⁴¹⁹.

⁴¹⁹ I sospetti circa l'incostituzionalità, sotto il profilo dell'art. 3 Cost., dell'interpretazione maggioritaria del combinato disposto dell'art. 159 c.p. e 304 c.p.p., condussero a una pronuncia della Corte costituzionale, la quale, pur risolvendosi in un'ordinanza di manifesta inammissibilità della questione, poteva considerarsi un'implicita adesione alla tesi giurisprudenziale minoritaria poiché invitava a seguire un'interpretazione costituzionalmente corretta della norma; infatti, la Corte costituzionale dichiarò manifestamente inammissibile la questione di legittimità dell'art. 159 c.p. sollevata con riferimento agli artt. 3 e 25 Cost., «nella parte in cui non prevede, per tutti i reati a prescindere dallo stato detentivo dell'imputato, la sospensione del corso della prescrizione, ove si verificano cause di sospensione dei termini di custodia cautelare, in quanto – posto che, ove siano prospettabili diverse interpretazioni della norma censurata, di cui una ritenuta conforme a Costituzione, il giudice ha il dovere di farla propria, dovendo sollevare questione di legittimità costituzionale solo quando risulti impossibile seguire una interpretazione costituzionalmente corretta – la questione stessa risulta sollevata al fine di ottenere un avvallo all'interpretazione propugnata, attribuendo alla Corte un compito che rientra tra quelli tipici del giudice ordinario». Nel senso di ritenere che l'orientamento minoritario trovasse avallo in tale pronuncia della Corte, GREVI, *Sui rapporti tra sospensione del corso della prescrizione*, cit., 2945 circa l'ordinanza Corte cost., 22 giugno 2000, n. 233, in *Cass. pen.*, 2833 ss.

9. Il principio dell'addebitabilità o imputabilità del rinvio elaborata dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione

La presenza di diverse letture giurisprudenziali possibili dell'ambiguo dettato dell'articolo 159 c.p. e la conseguente incertezza applicativa spinsero la Corte di legittimità a intervenire a Sezioni Unite sulla questione relativa alla sospensione del corso della prescrizione in ipotesi di differimento dell'udienza provocata da astensione collettiva forense. In quest'occasione, la Suprema Corte risolse il contrasto interpretativo attraverso un deciso cambio di rotta rispetto alla soluzione adottata dalla maggioranza dei giudici fino a quel momento, prediligendo la lettura estensiva del dettato dell'art. 159 c.p., così come modificato dalla legge n. 332 del 1995⁴²⁰.

La Corte di legittimità, infatti, in tale occasione affermò che «la sospensione o il rinvio del procedimento o del dibattimento hanno effetti sospensivi della prescrizione, anche se l'imputato non è detenuto, in ogni caso in cui siano disposti per impedimento dell'imputato o del suo difensore ovvero su loro richiesta, salvo quando siano disposti per esigenze di acquisizione della prova o in seguito alla concessione di un termine a difesa»⁴²¹. La Corte, quindi, stabilì che l'astratta ricorrenza delle ipotesi previste all'art. 304 comma 1 lett. *a* e *b* fosse sufficiente per il prodursi dell'effetto sospensivo del termine

⁴²⁰ L'art. 159 c.p., dopo la modifica apportata dalla legge n. 332 del 1995, prevedeva che il decorso del termine di prescrizione rimanesse sospeso – oltre che nelle altre ipotesi già previste originariamente – qualora la sospensione dei termini di custodia cautelare *ex art. 304* fosse imposta da una particolare disposizione di legge: la tesi maggioritaria offriva una lettura restrittiva della disposizione, ritenendo che la sospensione del termine di prescrizione non conseguisse automaticamente all'adesione all'astensione del difensore ma che tale effetto si producesse solo quando vi fosse un'effettiva sospensione dei termini *ex art. 304 c.p.p.*, ossia nelle ipotesi di imputato realmente sottoposto a misura custodiale. L'altra lettura, minoritaria, riconosceva l'effetto sospensivo sulla prescrizione a prescindere dall'attualità dello stato detentivo dell'imputato, considerando tutte le ipotesi astrattamente previste dall'art. 304 c.p.p. come cause di sospensione del termine di prescrizione. Leggi *supra*, par. 7.

⁴²¹ Cass., Sez. Un., 28 novembre 2001, Cremonese, in *Cass. pen.*, 2002, 1308, con nota di DI BITONTO, *Le Sezioni Unite reinterpretano il combinato disposto degli artt. 159 e 304 c.p.p.: l'astensione collettiva dei difensori dalle udienze penali sospende il corso della prescrizione*; la giurisprudenza successiva si è poi allineata ai principi ivi affermati, vedi ad esempio Cass., 24 settembre 2003, Petrella, in *Cass. pen.*, 2004, 795; Cass., 30 settembre 2003, Della Corte, *ivi*, 2005, 2262; Cass., 6 aprile 2004, Granata, in *Riv. pen.*, 2004, 701.

di prescrizione del reato, a prescindere dalla presenza concreta ed effettiva di imputati sottoposti a custodia cautelare in carcere⁴²².

La Corte, in realtà, ha risolto il contrasto interpretativo rimanendo all'interno del perimetro dell'art. 159 c.p.: il punto centrale della questione, infatti, consisteva nell'ambito applicativo della medesima disposizione⁴²³, la cui precipua funzione è quella di «coordinare il decorso del termine di prescrizione all'andamento del processo»⁴²⁴.

La Corte ha osservato che, a differenza del sistema previgente – il quale «affidava alla prevalente iniziativa del giudice le sorti del processo» pur «rendendo possibile un controllo, peraltro quasi esclusivamente passivo, delle parti» – il processo penale attuale vive dell'iniziativa delle parti, non solo probatoria, secondo il c.d. principio dispositivo⁴²⁵.

In ossequio a quest'ultimo, le parti non sono dotate solamente di poteri limitativi rispetto all'autorità del giudice ma condividono con quest'ultimo la «responsabilità dell'andamento del processo», potendo contribuire autonomamente alla determinazione dei tempi, modalità e contenuti delle diverse attività processuali⁴²⁶.

⁴²² Un altro problema risolto dalla Corte in sentenza è l'idoneità delle ipotesi di sospensione dei termini di custodia non connesse a sospensioni del procedimento (ci si riferisce quindi alle ipotesi disciplinate nel comma 1 lett. *c, c bis* ultima parte e comma 2 dell'art. 304 c.p.p.) a provocare sospensioni del termine di prescrizione, e se, in questi casi, sia necessario lo stato di custodia affinché si produca l'effetto sospensivo. La risposta a tale quesito è di segno positivo: nelle ipotesi di sospensione del termine di custodia non connesse a sospensione del procedimento, sussiste la necessità di un provvedimento di sospensione dei termini di custodia cautelare – e, ovviamente, della concreta sottoposizione dell'indagato o imputato alla custodia in carcere – per il prodursi dell'effetto sospensivo del termine di prescrizione. Per tale gruppo di ipotesi, quindi, le Sezioni Unite dimostrano di aderire all'interpretazione giurisprudenziale della riforma del 1995 affermatesi come maggioritaria. Così DI BITONTO, *op. cit.*, 1318, 1319. Cass., Sez. Un., 28 novembre 2001, Cremonese, cit.

⁴²³ Infatti, come ha osservato la Corte di legittimità, la maggior parte delle ipotesi di sospensione dei termini di custodia cautelare *ex art.* 304 c.p.p. sono connesse a provvedimenti di sospensione del procedimento o del dibattimento: in particolare, le ipotesi previste al comma 1 lett. *a, b, c bis* dell'articolo in esame. Per tali ipotesi non è stato necessario indagare sul rapporto tra l'art. 159 c.p. e l'ivi richiamato 304 c.p.p., ma è stato sufficiente rimanere nell'ambito della prima disposizione, cercando di chiarire se le ipotesi previste dall'art. 304 c.p.p. costituiscano autonomi casi di sospensione della prescrizione; il problema del rapporto tra le due disposizioni emerge nei limitati casi in cui la sospensione dei termini custodiali non sia accompagnata da un provvedimento di sospensione del procedimento o del dibattimento: in questo caso si pone il problema dei limiti di una possibile integrazione dell'art. 159 c.p. ad opera del rimando all'art. 304 c.p.p. e, in particolare, si pone il problema di stabilire se, in tali casi, si produca la sospensione del termine di prescrizione e, quindi, se quest'ultimo effetto sospensivo sia legato alla concreta sussistenza dello stato di custodia. Vedi *supra* nota che precede; Cass., Sez. Un., 28 novembre 2001, Cremonese, cit.

⁴²⁴ Di Bitonto, *op. cit.*, 1316.

⁴²⁵ La norma chiave che ha segnato tale mutamento consistente nella responsabilizzazione delle parti sulla determinazione dei tempi processuali è l'art. 190 c.p.p.

⁴²⁶ Cass., Sez. Un., 28 novembre 2001, Cremonese, cit.

Di conseguenza, le parti devono caricarsi di tutti gli oneri connessi all'esercizio dei poteri di cui sono titolari: laddove la stasi dibattimentale dipenda dalla volontà delle parti di esercitare una facoltà non collegata a esigenze probatorie o difensive, queste ultime dovranno subire le conseguenze della loro scelta, tra cui, nel caso di specie, la sospensione dei termini di prescrizione, in linea con la *ratio* dell'istituto prevista all'art. 159 c.p., «secondo cui *contra non valentem agere non currit praescriptio*»⁴²⁷.

L'istituto in esame, infatti, è stato introdotto per evitare che la stasi processuale forzata dell'autorità giudiziaria indotta da condotte delle parti ricada sulla pretesa punitiva dello Stato: nel caso in cui la sospensione processuale sia imputabile alla volontà della parte e non sia «immediatamente riconducibile alla funzione cognitiva del processo», quindi, la produzione dell'effetto sospensivo sul termine di prescrizione risulta pienamente in linea con la *ratio* dell'istituto *ex art.* 159 c.p.⁴²⁸.

Nell'individuazione dei casi in cui la sospensione del procedimento o del dibattimento è rilevante ai fini della sospensione della prescrizione, la Corte ha elaborato il criterio fondamentale di imputabilità (o addebitabilità) del rinvio⁴²⁹: in ossequio di quest'ultimo, dovranno considerarsi delle sospensioni del procedimento – e, quindi, autonomi casi di sospensione del decorso della prescrizione ai sensi dell'art. 159 c.p. – tutte le ipotesi in cui il fisiologico sviluppo procedimentale subisce un arresto imputabile a una scelta della difesa, quali, ad esempio, un rinvio dell'udienza provocato dalla mancata presentazione, allontanamento o mancata partecipazione del difensore, o richiesto dall'imputato o dal suo difensore, per motivi diversi da quelle di acquisizione della prova e non collegate alla concessione di un termine a difesa⁴³⁰.

⁴²⁷ IAFISCO, *Nuovo orientamento della Suprema Corte in tema di adesione del difensore alle astensioni dalle udienze e regime della prescrizione: inapplicabili i limiti di durata della sospensione previsti per il legittimo impedimento*, in *Cass. pen.*, 2008, 4095.

⁴²⁸ Così Cass., Sez. Un., 28 novembre 2001, Cremonese, cit.

⁴²⁹ IAFISCO, *op. cit.*, 4090; in dottrina, condividono tale criterio PECORI, *Impedimento dell'imputato o del difensore e sospensione dei termini di prescrizione del reato*, in *Riv. dir. pen.*, 2003, 548 e RUTA, *Stasi del processo e sospensione dei termini di prescrizione del reato: un lodevole tentativo di arginare manovre dilatorie*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 705 ss.

⁴³⁰ Critico CERESA GASTALDO, *Ridisegnati dalle Sezioni Unite i rapporti tra prescrizione del reato, tempi del processo e durata della custodia cautelare*, cit., 148, nota 29: il criterio di imputabilità del rinvio elaborato dalle Sezioni Unite, se portato alle estreme conseguenze, avrebbe portato ad una dilatazione della sfera di inoperatività della sospensione laddove l'evento da cui dipende la sospensione delle udienze sia del tutto indipendente dalla volontà del difensore, come nell'ipotesi delle astensioni collettive forensi.

In questo modo, le Sezioni Unite hanno cercato di contemperare l'esigenza di evitare la patologica paralisi dei processi e quella di assicurare il rispetto delle garanzie individuali⁴³¹.

In applicazione del principio elaborato in tale occasione dalle Sezioni Unite, i rinvii del dibattimento provocati dalla mancata partecipazione del difensore dalla sua adesione all'astensione collettiva iniziavano finalmente ad avere come conseguenza la sospensione del corso della prescrizione per tutto il tempo intercorrente tra l'udienza rinviata e quella successiva, in cui il processo riprendeva il suo regolare corso.

La giurisprudenza successiva, infatti, dimostrò di aderire alle indicazioni delle Sezioni Unite, precisandone però i contenuti: in particolare, definì in modo più puntuale l'ampiezza del periodo di sospensione del termine di prescrizione. Quest'ultimo doveva essere stabilito non doveva essere individuato riferendosi alla durata dell'astensione collettiva indetta dagli organi rappresentativi forensi, bensì «al tempo resosi di conseguenza necessario» per l'espletamento degli «adempimenti tecnici imprescindibili per garantire il recupero dell'ordinario corso di giustizia»⁴³².

Come illustreremo nel paragrafo che segue, l'intervento chiarificatore della Corte di cassazione a Sezione Unite non ha costituito l'approdo definitivo nell'ambito della dibattuta questione avente ad oggetto il delicato rapporto tra l'istituto della sospensione del termine di prescrizione e il fenomeno astensionista forense: il legislatore, infatti, interverrà ancora una volta sul tormentato testo dell'art. 159 c.p. con la legge 5 dicembre 2005, n. 251, nel tentativo di superare, una volta per tutte, le ambiguità insite nella versione scaturente dalla riforma del 1995.

⁴³¹ MILLER, *Il tentativo (riuscito parzialmente) di bilanciare esigenze contrapposte*, in *Dir. giust.*, 2002, Fasc. 12, 18. Nella giurisprudenza successiva, come si legge in Cass., 5 marzo 2004, Granata, in C.e.d. 228968, si ribadisce come «tutte le parti processuali condividono con il giudice la responsabilità dell'ordinato andamento del processo» e, che, da tale fatto consegua l'assunzione degli «oneri connessi all'esercizio dei loro poteri, in un corretto bilanciamento delle esigenze della garanzia difensiva con quelle della funzionalità del processo».

⁴³² Cass., 5 marzo 2004, Granata, cit., secondo la quale la sospensione del decorso della prescrizione per astensione collettiva forense deve essere commisurata all'effettiva durata del rinvio dell'udienza disposto dal giudice e, quindi, il termine finale dovrà riferirsi «non alla data di cessazione dell'astensione, ma a quella dell'udienza alla quale il processo è stato rinviato».

10. Il definitivo abbandono della qualificazione dello “sciopero” forense dalle udienze al legittimo impedimento attraverso la legge del 5 dicembre 2005, n. 251

Nel tentativo di superare tutte le insidie interpretative sottese alla formulazione dell’art. 159 c.p. così come modificato dalla legge n. 332 del 1995, il legislatore intervenne nuovamente sulla medesima disposizione attraverso l’art. 6 comma 3 della legge 5 dicembre 2005, n. 251.

L’ennesimo intervento modificativo del tormentato testo dell’art. 159 c.p., come vedremo tra poco, si pone in perfetta continuità con il criterio interpretativo della “imputabilità del rinvio” a suo tempo formulato dalla Suprema Corte a Sezioni Unite⁴³³.

La nuova formulazione dell’art. 159 c.p., tuttora vigente, si preoccupa di differenziare le conseguenze sulla durata della sospensione a seconda delle diverse cause generatrici del rinvio: mentre la regola generale prevista al comma 3 dell’articolo in esame stabilisce che la prescrizione riprende il suo normale corso dal giorno in cui è cessata la causa della sospensione, nel caso di arresto del processo «per impedimento delle parti⁴³⁴ o del suo difensore», l’effetto sospensivo sulla prescrizione non può prolungarsi oltre il sessantesimo giorno successivo alla prevedibile cessazione dell’impedimento o, nel caso in cui la data del rinvio si fosse individuata oltre detto termine, al «tempo dell’impedimento aumentato di sessanta giorni».

La novella legislativa, quindi, circoscrive l’operatività del limite temporale di nuovo conio contenuto nella seconda parte dell’art. 159 comma 1 n. 3 c.p.p. al solo caso di stasi processuale provocata da legittimo impedimento dell’imputato o del difensore *ex art. 420 ter c.p.p.*: in questo modo, a prescindere dalla data del rinvio, la prescrizione ricomincerà in ogni caso a decorrere al massimo dopo i due mesi normativamente previsti⁴³⁵.

⁴³³ Cass., Sez. Un., 28 novembre 2001, Cremonese, cit. Vedi *supra*, par. 8.

⁴³⁴ Anche se la lettera della norma parla di «impedimento delle parti» è necessario intendere tale dizione come riferita al solo imputato, poiché è l’unica parte il cui impedimento provoca il rinvio dell’udienza, come osserva BELTRANI, *Adesione del difensore all’astensione dalle udienze e sospensione della prescrizione*, in *Cass. pen.*, 2008, 1777.

⁴³⁵ POTETTI, *Novità in tema di prescrizione (l. 5 dicembre 2005, n. 251, c.d. ex Cirielli)*, in *Cass. pen.*, 2006, 3245.

Tale intervento legislativo, volto a limitare, fissando un tetto massimo, la sospensione della prescrizione conseguente a un rinvio dell'udienza per legittimo impedimento del difensore o dell'imputato, si pone in linea con il principio della "addebitabilità" del rinvio⁴³⁶ formulato dalla Suprema Corte a Sezioni Unite nel 2001, nella misura in cui risponde all'esigenza di non far gravare a carico del difensore, e quindi del suo assistito, una causa di sospensione del processo non imputabile alla sua volontà, anche se a lui riferibile⁴³⁷.

Al contrario, il limite di sessanta giorni della sospensione della prescrizione non opera nel caso in cui la stasi processuale sia dovuta alla mera richiesta delle parti o dei difensori: in tale ipotesi, la prescrizione sarà sospesa per tutto il periodo di differimento dell'udienza, fino al momento in cui, quindi, il dibattimento non riprenderà effettivamente il suo corso.

In questi casi, infatti, non è avvertita l'esigenza di limitare le conseguenze sul termine della prescrizione prodotte dalla sospensione processuale: la parte, lungi dall'essere impedita in maniera assoluta a partecipare all'udienza, in tali ipotesi ha volontariamente chiesto la sospensione del processo. Di conseguenza, di tale libera determinazione dovrà assumersi tutti gli oneri connessi, *in primis* quelli relativi al termine di prescrizione. Non sussistendo alcun motivo per derogare «alla ordinaria corrispondenza tra il tempo di sospensione del corso della prescrizione ed il tempo di sospensione del processo»⁴³⁸, i termini della prescrizione riprendono a decorrere dal giorno fissato nel provvedimento di rinvio dal giudice per la ripresa del procedimento, in ossequio alla regola generale espressa dal comma 3 dell'art. 159 c.p.⁴³⁹.

Come è facile intuire, a fronte della differenziazione di disciplina della sospensione della prescrizione appena illustrato, dopo il suddetto intervento legislativo è divenuto di essenziale importanza sciogliere la questione prospettata fin dai primi paragrafi del presente capitolo, ossia stabilire se l'adesione all'astensione collettiva forense del

⁴³⁶ Cass., Sez. Un., 28 novembre 2001, Cremonese, cit.; in dottrina, BRICCHETTI, *Atti interruttivi : cambia il tetto invalicabile*, in *Guida dir.*, 2006, fasc. 1, 75; POTETTI, *op. cit.*, 3243. Vedi *supra*, par. 9.

⁴³⁷ GREVI, *L'adesione allo «sciopero»*, cit., 2063.

⁴³⁸ GREVI, *op.ult.cit.*

⁴³⁹ GREVI, *L'adesione allo «sciopero»*, cit., 2059.

difensore vada ricondotta o meno all'alveo dell'istituto dell'impedimento legittimo *ex art. 420 ter c.p.p.*

In questo modo, l'intervento legislativo in esame ha fornito la decisiva spinta al progressivo superamento della tesi che inquadrava l'adesione dell'avvocato all'astensione collettiva nell'ambito delle ipotesi di impedimento del difensore dell'imputato: da tale momento in poi, infatti, ha raccolto sempre più consensi l'opinione, già espressa prima dell'avvento della legge n. 251 del 2005, per la quale l'atto di libera determinazione dell'avvocato non potesse in alcun modo inquadarsi come fonte di impedimento alla partecipazione dell'udienza dell'avvocato⁴⁴⁰.

L'iniziativa del difensore, infatti, rimaneva pur sempre il frutto di una «opzione di natura volontaria rimessa alle valutazioni soggettive del difensore e basata su criteri di opportunità di fatto, riferibili anche alle concrete situazioni dei singoli processi»⁴⁴¹. Proprio il carattere libero e incondizionato della scelta di aderire alla protesta di categoria svelava l'irriducibilità della mancata partecipazione del difensore astinente alla situazione di assoluta impossibilità a comparire in udienza sulla quale è sempre stato fondato l'istituto *ex art. 420 ter c.p.p.*

Dall'osservazione per la quale il difensore, lungi dall'essere impedito a prestare il proprio ufficio, esprime la sua scelta di aderire all'iniziativa di protesta non partecipando all'udienza discende la riconduzione di tale condotta all'istituto di abbandono della difesa. L'adesione all'astensione collettiva integra un'ipotesi eccentrica di abbandono, caratterizzato, da una parte, dal fatto che sia giustificato dall'esercizio di un diritto costituzionalmente garantito⁴⁴², e, dall'altra, dalla sua temporaneità, poiché la durata

⁴⁴⁰ Vedi *supra*, par.

⁴⁴¹ GREVI, *L'adesione allo «sciopero»*, cit., 2059.

⁴⁴² Come osserva PULITANÒ, *op. cit.*, 8, il legittimo esercizio di un diritto costituzionale, proprio perché si risolve in una «scelta libera le cui conseguenze possono (e debbono) essere valutate da chi la compia, assumendosi le relative responsabilità», «non potrà dar luogo ad “impedimento”, e vale obiettivamente, nel processo, come legittimo abbandono della difesa». Come ha notato la dottrina più attenta, come IAFISCO, *op. cit.*, 4089, nel caso di mancata partecipazione del difensore astinente non potrà applicarsi l'art. 105 c.p.p., il quale considera al suo interno le condotte «ontologicamente riprovevoli inerenti ai rapporti tra avvocato e suo assistito» ovvero le «manomissioni della difesa» denunciate dall'autorità procedente; tale disciplina, infatti, pare del tutto inconciliabile con l'esercizio di un diritto connesso alla libertà di associazione *ex art. 18 Cost.* come è stato definito quello di astenersi in capo all'avvocato dalla Corte cost., 27 maggio 1996, n. 171, cit.; inoltre, lo stesso A. osserva come, «anche a voler comprendere l'astensione degli iscritti all'ordine in uno di quei comportamenti costituenti illeciti disciplinari secondo l'art. 105 c.p.p.», «v'è da dubitare che il competente consiglio dell'ordine forense sia propenso a sanzionarli».

dell'abbandono dell'assistenza tecnica in udienza è commisurata a quella della protesta forense⁴⁴³.

Quest'ultima connotazione della particolare figura di abbandono della difesa integrata dall'ipotesi di mancata partecipazione all'udienza del difensore astinente determina l'operatività del comma 4 dell'art. 97 c.p.p.: in tale evenienza sorge l'obbligo per il giudice od il pubblico ministero di nominare un sostituto del difensore astinente, individuato tra i difensori di ufficio immediatamente disponibili⁴⁴⁴. Come abbiamo già avuto modo di osservare in precedenza, nel caso in cui non si fosse riuscito a reperire alcun difensore d'ufficio – eventualità assai probabile dato l'elevato tasso di adesioni registrato in occasione delle astensioni collettive forensi – il giudice sarebbe stato costretto a rinviare l'udienza perché la mancanza della necessaria assistenza tecnica avrebbe integrato una situazione di assoluta necessità che, ai sensi del comma 2 dell'art. 477 c.p.p., impone il rinvio del dibattimento⁴⁴⁵. In altre parole, l'adesione all'astensione collettiva dalle udienze si risolve in una delle ipotesi di assenza descritte all'art. 304 comma 1 lett. *b* c.p.p. da cui deriva, nell'ipotesi di impossibilità concreta di sostituzione del difensore astinente, all'assoluta impossibilità di procedere oltre e, di conseguenza, alla necessità di rinviare o sospendere il procedimento.

Tale conclusione trova conforto nella tendenza legislativa, già emersa nella presente trattazione⁴⁴⁶, tesa a distinguere i casi di privazione di assistenza difensiva causata dal legittimo impedimento a comparire dell'avvocato dai casi in cui la mancata comparizione del medesimo scaturisca da altre situazioni: ci si riferisce, in particolare alla disciplina contemplata all'interno dell'art. 304 comma 1 lett. *a* e *b* c.p.p., la quale differenzia tra ipotesi di legittimo impedimento del difensore e casi di rinvio su richiesta di quest'ultimo

disciplinariamente, essendo assai più verosimile che, valorizzando allo scopo l'elemento soggettivo del fatto, vengano ritenuti legittimi se rispetto della disciplina sulle astensioni collettive dei liberi professionisti».

⁴⁴³ GREVI, *Sui rapporti*, cit., 2940. PULITANÒ, *lo sciopero*, cit., 8, vedi p. 120 nota 196

⁴⁴⁴ Il primo comma del medesimo articolo è riferito alle ipotesi di definitivo abbandono della difesa, nelle quali l'imputato rimane privo della necessaria assistenza difensiva: ciò avviene, ad esempio, in caso di morte, rinuncia e revoca del mandato. Nelle ipotesi in esame, invece, deve applicarsi il comma 4 dell'art. 97 c.p.p., il quale stabilisce il dovere di nomina di un difensore d'ufficio immediatamente reperibile, in mancanza del titolare della difesa determinata dal fatto che quest'ultimo «non è stato reperito, non è comparso o ha abbandonato la difesa». In questo senso, BALZAROTTI, *op. cit.*, 473 ss.

⁴⁴⁵ GREVI, *Sui rapporti*, cit., 2939, nota 17.

⁴⁴⁶ In particolare, vedi *supra*, par. 5.

al fine di trarne ragionevoli distinzioni riguardo al computo dei limiti massimi di durata della custodia cautelare⁴⁴⁷.

Nel caso di impedimento legittimo a partecipare all'udienza, infatti, il legislatore ha cercato di soddisfare l'esigenza del difensore di svolgere personalmente, una volta superata l'oggettiva e assoluta impossibilità a partecipare all'udienza, l'attività difensiva che gli era stata preclusa.

Al contrario, nelle altre ipotesi di assenza del difensore, è perseguito l'interesse a fronteggiare la privazione della necessaria assistenza tecnica, prima con la nomina di un sostituto *ex art. 97 comma 4 c.p.p.*, e, ove ciò non fosse possibile a causa della massiccia adesione della categoria all'astensione, con l'inevitabile sospensione del procedimento⁴⁴⁸.

Un altro indice che rivela la propensione del legislatore a non considerare l'adesione del difensore all'astensione collettiva forense un legittimo impedimento è la modifica dell'art. 304 comma 7 c.p.p. compiuta con l. n. 332 del 1995, la quale deroga al contenuto del comma 6 che lo precede, disponendo che nelle ipotesi di rinvio del dibattimento causato dalla «mancata presentazione, allontanamento, mancata partecipazione, di uno o più difensori che rendano privo di assistenza uno o i più imputati» *ex art. 304 comma 1 lett. b c.p.p.*, del periodo di sospensione conseguente si tenesse conto «solo nel computo riguardante il limite relativo alla durata complessiva della custodia, e non anche in quello relativo alle diverse fasi del procedimento»⁴⁴⁹. La principale motivazione di tale intervento legislativo è da rintracciare nella volontà di evitare che i periodi di sospensione provocati dalle astensioni collettive forensi incidessero negativamente sui termini di custodia cautelare.

⁴⁴⁷ GREVI, *L'adesione allo «sciopero»*, cit., 2063.

⁴⁴⁸ GREVI, *op.ult.cit.* L'A. sottolinea la coerenza rispetto a tali affermazioni della disciplina apprestata in tema di sospensione del termine di prescrizione a seguito della legge n. 251 del 2005: come è stato affermato *infra*, nel caso di impedimento legittimo del difensore, l'art. 159 comma 1 n. 3 c.p. individua il limite di durata massimo della sospensione dell'udienza nei sessanta giorni successivi al prevedibile cessazione dell'impedimento ed, in caso contrario, il tempo dell'impedimento aumentato di sessanta giorni; diversamente, nelle altre ipotesi di assenza del difensore, non essendovi la preoccupazione di evitare di far pesare troppo sul difensore e sul suo assistito una causa di sospensione del processo e, quindi, della prescrizione *ex art. 159 c.p.*, il codice non prevede alcun limite massima di durata, trovando applicazione la regola generale espressa nel comma 3 del medesimo articolo della corrispondenza tra periodo di sospensione del processo e di quello della prescrizione.

⁴⁴⁹ In questo modo, rispetto al computo del limite relativo alle diverse fasi del procedimento si realizza una sorta di neutralizzazione dei periodi di forzata interruzione del procedimento. Vedi *supra*, par. 5.

Da tale dato deve essere desunto che il legislatore ha esplicitamente considerato l'adesione del difensore all'astensione collettiva come causa di «mancata partecipazione, allontanamento, mancata presentazione» e non, invece, come legittimo impedimento⁴⁵⁰. Infatti, se avesse qualificato l'adesione del difensore all'iniziativa collettiva un'ipotesi di assoluta impossibilità a comparire in udienza, avrebbe dovuto rinviare alla lettera *a* del medesimo articolo 304 c.p.p.

La giurisprudenza, dopo la novella del 2005, abbandonò progressivamente l'indirizzo con cui, «quasi in forma *tralatizia*»⁴⁵¹, si continuava a ricondurre l'assenza un udienza del difensore astinente all'assoluta impossibilità di comparire per legittimo impedimento *ex art. 420 ter c.p.p.* per giustificare il rinvio dell'udienza.

La Corte di cassazione, interpellata sul rapporto tra adesione all'astensione e sospensione della prescrizione, si riferì espressamente all'ipotesi di «sospensione del processo penale (...) imposta da una particolare disposizione di legge» prevista nella prima parte dell'art. 159 comma 1 c.p.⁴⁵²: i tale occasione⁴⁵³, i giudici di legittimità dimostravano di aver escluso che in tale situazione potesse ravvisarsi un caso di impedimento del difensore, poiché altrimenti i medesimi avrebbero applicato il limite della durata dell'effetto sospensivo previsto all'art. 159 comma 1 n. 3 c.p.

In tal modo, sembra consolidarsi la consapevolezza nella giurisprudenza per cui la sospensione del processo derivi «dall'obiettiva constatazione di una assenza del difensore» non qualificabile come impedimento legittimo *ex art. 420 ter c.p.p.* ma ciò nonostante idonea a lasciar privo l'imputato della necessaria assistenza tecnica⁴⁵⁴. Proprio

⁴⁵⁰ Il legislatore non ha, infatti, richiamato l'art. 302 comma 1 lett. *a* che prevede la sospensione o rinvio del dibattimento per impedimento legittimo del difensore.

⁴⁵¹ GREVI, *L'adesione allo sciopero*, cit., 2060.

⁴⁵² ⁴⁵² La prima pronuncia della Corte sul tema tra astensione collettiva e prescrizione dopo la legge n. 251 del 2005 è Cass., 16 gennaio 2006, Buri, in *Cass. pen.*, 2006, 4131. Qualificando l'assenza del difensore quale ipotesi di sospensione del processo imposta da una particolare disposizione di legge la Corte ha dichiarato sospeso il decorso del termine di prescrizione ai sensi della prima parte dell'art. 159 c.p. A medesima conclusione si giunge percorrendo il diverso percorso argomentativo tracciato da GREVI, *L'adesione allo "sciopero"*, cit., 2061, per il quale il rinvio del giudizio conseguente dall'assenza del difensore astinente provoca la sospensione del termine di prescrizione perché integra una delle ipotesi di mancata presentazione, allontanamento, mancata partecipazione in cui la legge prevede la sospensione del termine di custodia cautelare, previste dall'art. 304 comma 1 lett. *b* c.p.p., e richiamate dall'art. 159 c.p., le quali comportano la sospensione del decorso del termine di prescrizione anche a prescindere dallo stato detentivo dell'imputato. Così anche Cass., Sez. Un., 28 novembre 2001, Cremonese, cit.

⁴⁵³ Cass., 16 gennaio 2006, Buri, cit.

⁴⁵⁴ GREVI, *L'adesione allo sciopero*, 2061.

tale situazione, in mancanza di un sostituto del difensore astinente, avrebbe poi comportato l'inevitabile il rinvio del dibattimento *ex art. 477 comma 2 c.p.p.*

Per quanto riguarda la durata dell'effetto sospensivo, la giurisprudenza dominante proseguì nell'indirizzo inaugurato dalle Sezioni Unite, per il quale nell'ipotesi di rinvio provocato da astensione collettiva avrebbe dovuto essere applicata la disciplina ordinaria prevista dall'art. 159 comma 3 c.p. Il termine finale, in ossequio alla regola per cui «la prescrizione riprende il suo corso dal giorno in cui è cessata la causa della sospensione», doveva essere stabilito in riferimento alla data dell'udienza alla quale il processo è stato rinviato e non al momento di cessazione dell'astensione: in altre parole, la prescrizione sarebbe rimasta sospesa per tutto il periodo di differimento dell'udienza, fino alla ripresa effettiva del dibattimento⁴⁵⁵, senza che potesse operare il limite massimo dell'effetto sospensivo contenuto nell'art. 159 comma 1 n. 3 c.p.⁴⁵⁶, per il quale «l'udienza non può essere differita oltre il sessantesimo giorno successivo alla prevedibile cessazione dell'impedimento, dovendosi avere riguardo in caso contrario al tempo dell'impedimento aumentato di sessanta giorni».

In alcune sentenze successive⁴⁵⁷, pur continuando a rinnegare recisamente l'assimilazione all'istituto del legittimo impedimento dell'esercizio del diritto di astenersi da parte del difensore, emerse una diversa interpretazione che conduceva all'applicabilità del limite di durata dell'effetto sospensivo contenuto nell'art. 159 comma 1 n. 3 c.p.: il rinvio del processo conseguente all'assenza del difensore astinente non era più ricondotto alla prima parte dell'art. 159 c.p., ossia alle ipotesi di sospensione o rinvio imposta da una particolare disposizione di legge, ma alla sospensione motivata dalla «richiesta dell'imputato o del suo difensore» prevista dall'art. 159 comma 1 n. 3 c.p.⁴⁵⁸.

⁴⁵⁵ Come già affermato *infra*. Cass., Sez. Un., 28 novembre 2001, Cremonese, *cit.*; Cass., 5 marzo 2004, Granata, *cit.*

⁴⁵⁶ Secondo tale giurisprudenza, l'operatività del limite massimo di durata della sospensione è circoscritta alla sola ipotesi di impedimento dell'imputato e del difensore poiché la previsione di tale limite è giustificato dalla volontà di evitare che la sospensione della prescrizione si allunghi oltremodo: in tal caso, infatti, la sospensione del processo non è voluta dal difensore e dall'imputato ma è causata da un assoluto impedimento a comparire.

⁴⁵⁷ Cass., 14 novembre 2007, Marras, in *Cass. pen.*, 2008, 1776. Secondo tale pronuncia, esclusi i rinvii su richiesta dell'imputato o del difensore motivati da esigenze probatorie o concessione di un termine a difesa, le sospensioni del procedimento conseguenti a mere richieste *ex art. 159 comma 1 n. 3 c.p.* non potevano che riferirsi «all'esercizio di altri diritti estranei a quelli attinenti alla difesa e al contraddittorio», che non potevano non includere il diritto ad astenersi dalle udienze del difensore.

⁴⁵⁸ IAFISCO, *op. cit.*, 4090.

In tale modo, il giudice, anche in ipotesi di sospensione causata dall'adesione del difensore all'astensione collettiva, sarebbe stato costretto a differire l'udienza non oltre i sessanta giorni previsti dalla suddetta disposizione e l'intero periodo di rinvio non si sarebbe dovuto computare ai fini della sospensione della prescrizione.

Tale soluzione, invero, trovò sostegno anche in dottrina: nonostante il chiaro l'intento legislativo⁴⁵⁹ perseguito attraverso la legge n. 251 del 2005 fosse quello di circoscrivere e predeterminare la durata della sospensione della prescrizione con esclusivo riferimento all'ipotesi del rinvio fondato da un legittimo impedimento di imputato o difensore, la mancata operatività del limite dell'effetto sospensivo previsto all'art. 159 comma 1 n. 3 c.p. per il rinvio motivato dall'adesione all'iniziativa collettiva forense appariva iniqua⁴⁶⁰. Secondo tale opinione⁴⁶¹, infatti, in tal modo si finiva per addossare alla parte sostanziale le conseguenze negative, in particolare in ordine alla durata dell'effetto sospensivo della prescrizione, di una richiesta di rinvio motivata dalla partecipazione del difensore a una manifestazione di categoria, indetta per ragioni di politica giudiziaria il più delle volte estranee agli interessi concreti dell'imputato. Tale dottrina ha cercato di ovviare a tale conflitto tra difensore e suo assistito in senso favorevole a quest'ultimo – nel senso di far prevalere l'interesse dell'imputato alla celere definizione del procedimento su quello di aderire all'astensione in capo al difensore⁴⁶² – facendo leva sull'applicazione dell'ultimo comma dell'art. 420 *ter* c.p.p., nella parte in cui consente all'imputato di affrancarsi dal proprio difensore legittimamente impedito, chiedendo di procedere in sua assenza⁴⁶³.

Pur costituendo un tentativo apprezzabile di conferire priorità agli interessi dell'imputato su quelli dell'avvocato, tale tesi non ha avuto riscontri pratici effettivi, poiché la giurisprudenza ancora oggi dominante continua a reputare del tutto sterilizzato, agli effetti

⁴⁵⁹ Come abbiamo visto *supra*.

⁴⁶⁰ IAFISCO, *op. cit.*, 4091.

⁴⁶¹ IAFISCO, *op. ult. cit.*

⁴⁶² Per GREVI, *L'adesione allo «sciopero»*, cit., 2059, in caso di conflitto tra difensore e assistito, dovrebbe sempre prevalere quest'ultimo: nel rapporto fiduciario instauratosi tra i due soggetti, infatti, dovrebbe riservarsi «l'ultima parola» all'imputato.

⁴⁶³ È la soluzione suggerita da IAFISCO, *op. cit.*, 4098 ss., sull'onda della preoccupazione per cui il conflitto tra difensore e imputato in caso di adesione del primo all'iniziativa di categoria si concluda sempre a favore di questo, così vanificando le ragioni sottese alla soluzione adottata in caso di impedimento; il presupposto per la richiesta dell'imputato di procedere in assenza del proprio difensore aderente all'astensione è, evidentemente, che il medesimo sia stato edotto in anticipo dal legale dell'intenzione di aderire all'iniziativa. Solo attraverso l'assolvimento, parte del difensore, di tale onere di informazione, l'imputato potrà scegliere eventualmente di revocare il mandato difensivo e nominare un altro difensore di fiducia.

del calcolo della prescrizione, il periodo di sospensione del processo causato dall'adesione del difensore all'astensione collettiva forense⁴⁶⁴.

⁴⁶⁴ Cass., 8 febbraio 2010, Piacentino, in *C.e.d.*, 247142; Cass., 17 giugno 2008, Arena, *ivi*, 240460; Cass., Sez. V, 23 aprile 2008, Inserra, *ivi*, 241387; Cass., Sez. II, 12 febbraio 2008, Rosano, *ivi*, 239890; Cass., Sez. V, 14 novembre 2007, Marras, cit.

Capitolo III

Le astensioni collettive e il processo penale: il diritto al rinvio del difensore.

1. La riconduzione dell'astensione collettiva dalle udienze alla disciplina dello sciopero nei servizi essenziali ad opera della sentenza costituzionale n. 171 del 1996

Come abbiamo avuto modo di ripetere più volte nel corso della presente trattazione, la sentenza della Corte costituzionale del 27 maggio 1996, n. 171 ha costituito il vero punto di svolta nella patologica situazione di paralisi della funzione giurisdizionale che si era generata, fino alla metà degli anni Novanta, a causa del ripetersi di astensioni forensi proclamate senza preavviso e per tempi pressoché indeterminati, in assenza di qualsiasi regolamentazione legislativa.

Il monito rivolto al legislatore al fine di apprestare una disciplina rivolta al contenimento del fenomeno in questione dalla medesima Corte attraverso la sentenza del 31 marzo 1994, n. 114 si era rivelato nei fatti del tutto inadeguato, essendo passati invano due anni senza che intervenisse la tanto auspicata soluzione normativa⁴⁶⁵. Incalzata da ben novantaquattro ordinanze di rimessione, la Corte costituzionale non poté più sottrarsi a un intervento incisivo e, abbandonando la posizione attendista assunta in precedenza, passò «dal monito ai fatti»⁴⁶⁶.

Delle numerose questioni sollevate, un gran numero avevano come oggetto disposizioni del codice di rito penale e, tra di esse, una parte rilevante riguardava l'art. 468 comma 5 c.p.p., disciplinante a quel tempo il legittimo impedimento del difensore. Come abbiamo visto diffusamente nei primi capitoli, infatti, la giurisprudenza a quel tempo maggioritaria tendeva a ricondurre l'adesione all'astensione collettiva all'istituto del legittimo

⁴⁶⁵ Corte cost., 31 marzo 1994, n. 114, in Cass. pen., 1994, 2006. Vedi cap. II, par. 7.

⁴⁶⁶ Corte cost., 29 settembre 2014, Lattanzio, in *Giur. it.*, 2014, 2856.

impedimento per giustificare il rinvio ad altra udienza in caso di adesione del difensore alla manifestazione indetta dalla categoria⁴⁶⁷.

Nel tentativo di far dichiarare che la mancata partecipazione del difensore costituisca un'assenza ingiustificata⁴⁶⁸, tali questioni censuravano l'art. 486 comma 5 c.p.p. così come interpretato dal diritto vivente, e, in particolare, reputavano illegittima la mancata previsione in tale disposizione di un congruo preavviso, ovvero di un termine finale certo dell'astensione medesima.

Tale lacuna, secondo i giudici a quibus, aveva come conseguenza l'attribuzione in capo al difensore di un diritto illimitato di astenersi dall'esercizio della difesa. Infatti, proprio le ben note ricadute paralizzanti sullo svolgimento del processo penale prodotte dal riconoscimento di siffatto diritto in capo al difensore finivano per provocare la lesione di plurimi beni costituzionalmente tutelati: attraverso la riconduzione dell'adesione del difensore astinente alla protesta collettiva all'istituto del legittimo impedimento, era riconosciuto a quest'ultimo il potere di influire sull'ordinato andamento del procedimento, fino a comprometterne in taluni casi addirittura l'esito⁴⁶⁹.

Inoltre, tale assetto era considerato da alcuni giudici a quibus idoneo a provocare una grave turbativa al diritto di agire e, soprattutto, a quello di difendersi in giudizio tutelato dall'art 24 Cost., anche con specifico riferimento al profilo dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, inteso come diritto a ottenere una decisione giudiziale in un tempo ragionevole⁴⁷⁰.

Infine, l'interpretazione giurisprudenziale allora dominante era criticata poiché aveva l'effetto di rimettere nei fatti alla volontà delle associazioni rappresentative la celebrazione delle udienze: in questo senso, la lettura dell'art. 486 comma 5 c.p.p. in

⁴⁶⁷ Vedi Cap. II, par. 3.

⁴⁶⁸ CARINCI, *L'improbabile rilievo costituzionale dell'autotutela collettiva di lavoratori autonomi, professionisti e piccoli imprenditori. A proposito dell'art. 2bis, legge n. 146 del 1990*, in *Arg. dir. lav.*, 2001, 939.

⁴⁶⁹ Si allude all'utilizzo dell'adesione dell'astensione collettiva forense in modo strumentale al raggiungimento dell'estinzione del reato per intervenuta prescrizione, come abbiamo visto *supra*, cap. II, par. 5. In questo modo, era lesa l'interesse al regolare svolgimento del processo, tutelato dall'art. 101 comma 2 Cost. nonché dall'art. 97 Cost. sotto il profilo del buon andamento della pubblica amministrazione: così i Pretori di Padova e Bologna in Corte cost. 27 maggio 1996, n. 171, in *Giur. cost.*, 1996, 1552.

⁴⁷⁰ Si veda la questione sollevata dal Tribunale di Sassari in Corte cost. 27 maggio 1996, n. 171, cit.

termini di legittimo impedimento doveva ritenersi lesiva del principio *ex art. 101 comma 2 Cost.*, secondo il quale il giudice è sottoposto unicamente alla legge⁴⁷¹.

Rispetto alle denunce di incostituzionalità mosse nei riguardi dell'art. 486 comma 5 c.p.p., così come interpretato dal diritto vivente, la Corte salvò dalla declaratoria di illegittimità tale disposizione. Contemporaneamente, però, i giudici costituzionali ripudiarono l'ipotesi dell'esercizio dell'adesione all'astensione in termini di legittimo impedimento illimitato e assoluto, precisando che «quando la libertà degli avvocati (...) si eserciti in contrasto con la tavola di valori sopra richiamata», essa non può che «arretrare per la forza prevalente di quelli»⁴⁷².

In assenza di una specifica disciplina legislativa che si occupasse del bilanciamento dei contrapposti interessi in gioco, la Corte reputò conforme alla Carta fondamentale la scelta di affidare al giudice di merito il compito di valutare la richiesta di rinvio dell'udienza avanzata dal difensore astinente e di decidere quando fosse necessario «far recedere la “libertà sindacale” di fronte a valori costituzionali primari»⁴⁷³.

Come osserva la medesima Corte subito dopo, però, questa interpretazione non riusciva a essere risolutiva: infatti, nel caso di rigetto della richiesta di rinvio, la prosecuzione del dibattimento dipendeva dalla concreta possibilità di reperire un difensore immediatamente disponibile⁴⁷⁴.

⁴⁷¹ Così il Pretore di Forlì, come emerge da Corte cost. 27 maggio 1996, n. 171, cit.

⁴⁷² Corte cost. 27 maggio 1996, n. 171, cit.

⁴⁷³ Rispetto alle denunce di incostituzionalità rivolte alla disciplina contenuta nell'art. 486 comma 5 c.p.p., l'analisi della pronuncia mostra la sostanziale adesione da parte dei giudici costituzionali all'orientamento – più volte espresso dalla giurisprudenza di legittimità – secondo cui la partecipazione del difensore all'agitazione di categoria, se tempestivamente comunicata, costituisce legittimo impedimento del difensore medesimo e, quindi, causa di rinvio del dibattimento ai sensi della norma citata. Corte cost. 27 maggio 1996, n. 171, cit.

⁴⁷⁴ Circa il problema dell'impossibilità di reperire, durante gli “scioperi” forensi, un difensore immediatamente disponibile ai sensi dell'art. 97 comma 4 c.p.p. si rimanda a quanto si è diffusamente illustrato nel capitolo precedente. La Corte, subito dopo aver sposato, nei termini accennati, la tesi della configurabilità dell'astensione forense come legittimo impedimento del difensore, aveva essa stessa precisato: «sta di fatto, però, che a seguito del bilanciamento degli opposti interessi operato dal giudice penale (...) la nomina di un difensore d'ufficio non offre una risposta soddisfacente», tutte le volte in cui anche quest'ultimo avesse aderito alla protesta di categoria. Corte cost. 27 maggio 1996, n. 171, cit. In proposito, si noti il commento di PECORELLA, *I codici di autodisciplina vanno consolidati, il legislatore intervenga solo successivamente*, in *Guida dir.*, fasc. 24, 24, il quale tra l'altro rileva: «significativo (...) è che la Corte abbia escluso che i problemi che derivano dall'astensione dalle udienze possano essere risolti facendo ricorso al difensore d'ufficio: la difesa, infatti, non può essere considerata una mera “comparsa” nel processo penale, ma deve essere effettiva e utile».

Un'altra disposizione censurata dai giudici rimettenti fu l'art. 304 comma 1 lett b c.p.p.: infatti, un diverso giudice a quo, rinnegando l'interpretazione più diffusa che considerava il difensore astinente come assolutamente impedito a partecipare all'udienza, assimilava l'adesione all'astensione collettiva alle ipotesi di «mancata presentazione, allontanamento, mancata partecipazione» previste dalla norma in questione. Quest'ultima disposizione, tuttavia, era censurata per la mancata previsione del potere dell'imputato di «domandare e ottenere la celebrazione del dibattimento» nel caso in cui fosse rimasto privo della necessaria assistenza legale a causa dell'adesione del difensore all'iniziativa rivendicativa di categoria⁴⁷⁵.

Era inoltre denunciata anche l'illegittimità costituzionale dell'art. 97 comma 4 c.p.p., nella parte in cui consentiva al difensore d'ufficio nominato in sostituzione a quello astenuto di non prestare l'ufficio difensivo per identica ragione, ossia per aderire anche'egli alla manifestazione di categoria. La fallibilità, già segnalata più di una volta, della designazione di un sostituto *ex art. 97 comma 4 c.p.p.* a causa dell'adesione massiccia e generalizzata dei difensori all'astensione collettiva faceva in modo che venisse concretamente impedita la prosecuzione del giudizio in assenza del difensore astinente, pregiudicando irrimediabilmente il diritto dell'imputato al processo e alla difesa, previsto all'art. 24 comma 1 e 2 Cost.

Sia la questione di legittimità costituzionale avente a oggetto la disciplina della sospensione dei termini di custodia cautelari *ex art. 304 comma 1 lett. b c.p.p.*, sia quella inerente alla possibilità per il difensore d'ufficio nominato in sostituzione di quello aderente alla protesta collettiva di astenersi dalla difesa per la medesima ragione addotta dal sostituto, venne dichiarata manifestamente inammissibile in quanto irrilevante nel procedimento di provenienza⁴⁷⁶.

Con particolare riferimento alla questione avente a oggetto l'art. 304 comma 1 lett. *b c.p.p.*, relativa alla mancata possibilità dell'imputato di richiedere, ed ottenere, la prosecuzione del giudizio nonostante la privazione della difesa tecnica a causa

⁴⁷⁵ Così ancora la Corte d'appello di Napoli, nella questione avanzata alla Corte costituzionale (Corte cost. 27 maggio 1996, n. 171, cit.).

⁴⁷⁶ Come sottolinea la Corte, «dall'ordinanza di rimessione non è dato sapere se», nel processo *a quo*, «taluno degli imputati abbia chiesto – anche in assenza dei difensori di fiducia – la celebrazione del processo; e se vi sia stata la nomina di un difensore d'ufficio in luogo di coloro che abbiano aderito alla protesta», così Corte cost. 27 maggio 1996, n. 171, cit.

dell'adesione generalizzata alla protesta dei difensori, è parso di assistere alla riproposizione della questione della possibilità di autodifesa all'interno del processo penale e della possibilità di disporre della garanzia dell'assistenza tecnica in tale sede. Sembra lecito supporre, di conseguenza, che anche laddove tale questione fosse riuscita a superare il preliminare vaglio di ammissibilità, siffatta questione sarebbe stata rigettata dalla Corte. I giudici costituzionali, infatti, anche se in un altro passo della motivazione, hanno richiamato la propria consolidata giurisprudenza in materia, secondo la quale «l'autodifesa alternativa alla difesa tecnica (...) si porrebbe in contrasto con l'art. 24» Cost., dal quale, viceversa, si ricava la necessità dell'indefettibile presenza del professionista per il corretto funzionamento della dinamica processuale⁴⁷⁷.

Un altro gruppo di questioni di legittimità, dando svolgimento all'indicazione contenuta nella sentenza del 31 marzo 1994, n. 114⁴⁷⁸, involgeva un complesso normativo estraneo al codice di rito, relativo agli artt. 2, 4, 8, 12 della legge 12 giugno 1990, n. 146 in materia di sciopero nei servizi pubblici essenziali. Come abbiamo visto nel precedente capitolo della trattazione⁴⁷⁹, la Corte, pur dichiarando inammissibile la questione a causa del principio della stretta legalità enunciato nell'art. 25 Cost. non si sottrasse dall'offrire una possibile via risolutiva del problema in discorso.

Partendo dalla constatazione della sostanziale identità tra i disagi arrecati all'amministrazione della giustizia dallo sciopero in senso tecnico dei lavoratori subordinati e dall'astensione dalle udienze degli avvocati, evidenziò la palese contraddittorietà di una disciplina che, da un lato, disciplinava il diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali, ricomprendendovi anche l'amministrazione della giustizia, e, dall'altro, trascurava completamente di regolare il fenomeno dell'astensione collettiva degli avvocati⁴⁸⁰. La Corte, in altre parole, rimproverava al legislatore del 1990 di non aver disciplinato delle forme di autotutela collettiva che, al pari dello sciopero, si erano rivelate idonee a ostacolare lo svolgimento di una funzione di risalto primario

⁴⁷⁷ Si vedano le sentenze Corte cost. 22 dicembre 1980, n. 188, in *Giur. cost.*, 1980, II, 1612 e Corte cost. 29 aprile 1975, n. 99, *ivi*, II, 1975, 842.

⁴⁷⁸ Corte cost. 31 marzo 1994, n. 114, cit.

⁴⁷⁹ Cap. II, par. 7.

⁴⁸⁰ Corte cost. 31 marzo 1994, n. 114, cit.

nell'ordinamento dello Stato, ossia di quella giurisdizionale e, di conseguenza, auspicava un nuovo intervento che colmasse la lacuna normativa⁴⁸¹.

Seguendo il solco della sentenza costituzionale appena evocata, il giudice remittente aveva denunciato il contrasto con le disposizioni sopra enunciate con gli artt. 3, 24 comma 2, 97 Cost. poiché «a differenza di quanto previsto per gli altri lavoratori del settore giustizia», esse mancavano di regolare le proteste degli appartenenti alla categoria forense, la cui collaborazione risultava però necessaria per il funzionamento del servizio medesimo⁴⁸².

Volgendo l'attenzione all'essenza della decisione, il punto nodale del ragionamento della Corte è costituito dal riconoscimento del fondamento costituzionale del diritto di astensione dall'attività di udienza degli avvocati, ricollegata alla libertà di associazione *ex art. 18 Cost.*⁴⁸³

Una volta attribuita la dimensione costituzionale al diritto in questione, la Corte precisò che il medesimo non avesse una dimensione illimitata: «la salvaguardia degli spazi di libertà dei singoli e dei gruppi» risultante dalla Carta fondamentale «non esclude, tuttavia, che vi siano altri valori costituzionali meritevoli di tutela», quali «i diritti fondamentali dei soggetti che, in vario modo, sono destinatari della funzione giurisdizionale, in specie il diritto di azione e di difesa di cui all'art. 24 Cost., nonché i principi di ordine generale che sono posti a tutela della giurisdizione»⁴⁸⁴.

Il diritto di associarsi del difensore, al pari di quello di sciopero dei lavoratori subordinati, doveva essere contenuto entro i limiti indispensabili alla salvaguardia di altri beni costituzionalmente protetti, in un'ottica di contemperamento tra interessi contrapposti di pari rango⁴⁸⁵.

Seguendo tale ragionamento, la Corte operò nell'ambito della normativa della legge n. 146 del 1990, la quale, come vedremo più approfonditamente nel paragrafo seguente, del

⁴⁸¹ Corte cost. 31 marzo 1994, n. 114, cit.

⁴⁸² Secondo l'opinione del giudice *a quo*, tale carenza andava perciò giudicata irragionevolmente discriminatoria e occorreva dichiararne l'illegittimità anche a causa della lesione da essa arrecata al canone del buon andamento della pubblica amministrazione, nonché al diritto di difesa di quanti non potevano, in alcun modo, opporsi allo "sciopero" del difensore. Così il Tribunale di Roma nell'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale (Corte cost. 27 maggio 1996, n. 171, cit.).

⁴⁸³ Cap. I, par. 7.

⁴⁸⁴ Corte cost. 27 maggio 1996, n. 171, cit.

⁴⁸⁵ Corte cost. 27 maggio 1996, n. 171, cit.

principio del bilanciamento tra valori configgenti aveva fatto il proprio «criterio cardine»⁴⁸⁶.

Proprio come era avvenuto anni prima per lo sciopero dei lavoratori subordinati nel settore dei servizi pubblici essenziali, l'esercizio del diritto di astensione collettiva dei difensori doveva essere conciliato, attraverso una compiuta disciplina, con l'esigenza di protezione di contrapposti interessi di ugual fondamento costituzionale⁴⁸⁷.

In questo senso, la sentenza n. 171 del 1996 dimostra di accogliere e valorizzare come principio di carattere generale dell'ordinamento il bilanciamento tra opposti valori costituzionali, sotteso alla struttura della legge n. 146 del 1990. All'interno di quest'ultima, la libertà sindacale e i diritti primari della persona risultano convogliati in sistema dialettico teso a mantenere, in costanza di manifestazione collettiva, quella «convivenza “mite”» tra interessi in conflitto, la quale «richiede che ciascuno di tali valori e tali principi sia assunto in una valenza non assoluta», bensì nei limiti della compatibilità «con quelli con i quali deve convivere»⁴⁸⁸.

⁴⁸⁶ F. CARINCI, DE LUCA TAMAJO, TOSI, TREU, *Il Diritto sindacale*, in *Diritto del lavoro*, I, Utet, 5^a ed., 2006, 278.

⁴⁸⁷ GIUGNI, *Ampliata la nozione del diritto di sciopero per garantire le libertà costituzionali*, in *Guida dir.*, fasc. 24, 1996, 47.

⁴⁸⁸ ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Einaudi, 1992, 126. Così come osservato nel cap. I, par. 2.

2. Segue. L'impianto della legge 12 giugno 1990, n. 146 e la dichiarazione di illegittimità costituzionale operata dalla sentenza n. 171 del 1996

La legge n. 146 del 1990 è stata concepita per rispondere all'esigenza di garantire che l'esercizio del diritto di sciopero nell'ambito del settore dei servizi pubblici essenziali avvenisse entro limiti tali da non compromettere, o compromettere in misura tollerabile, i diritti di prioritaria importanza degli utenti, il cui godimento era assicurato proprio dall'erogazione del servizio interrotto.

All'interno della legge in questione, i servizi pubblici essenziali sono definiti su due livelli: anzitutto, il comma 1 dell'art. 1 prevede, attraverso un elenco ritenuto tassativo⁴⁸⁹, i «diritti della persona, costituzionalmente tutelati» che tali servizi mirano a salvaguardare. Secondo tale disposizione, devono considerarsi servizi essenziali quelli «volti a garantire il godimento dei diritti della persona, costituzionalmente tutelati, alla vita, alla salute, alla libertà ed alla sicurezza, alla libertà di circolazione, all'assistenza e alla previdenza sociale, all'istruzione, e alla libertà di comunicazione».

Il secondo livello è costituito da un elenco, stavolta di carattere meramente esemplificativo, dei servizi pubblici essenziali considerati nel secondo comma dell'art. 1 della legge in esame, tra i quali spicca, per importanza ai fini della presente trattazione, quello dell'amministrazione della giustizia. L'elenco suddetto, a differenza di quello contenuto nel comma precedente, non ha carattere tassativo ed è suscettibile di essere integrato in via interpretativa⁴⁹⁰; quest'ultimo prevede alcuni servizi pubblici che devono essere garantiti in costanza di sciopero, almeno nella misura necessaria ad assicurare l'effettività dei diritti costituzionali individuati dal precedente comma 1.

La definizione di servizio essenziale, quindi, non è costruita oggettivamente, ossia attraverso una precisa enucleazione dei suoi tratti costitutivi, né soggettivamente, avendo

⁴⁸⁹ SANTONI, *Lo sciopero*, 5ª ed., Jovene, 2001, 117; RUSCIANO, *Commento all'art. 1*, in *Lo sciopero nei servizi pubblici essenziali. Commentario alla legge 12 giugno 1990, n. 146*, a cura di Rusciano, Santoro Passarelli, Giuffrè, 1991, 12 ss.

⁴⁹⁰ GIANFRANCESCO, *"Sciopero" degli avvocati e Costituzione*, Giuffrè, 2002, 5.

ciò riguardo alla tipologia di rapporto di lavoro instauratosi⁴⁹¹ o al regime giuridico del soggetto gestore dell'attività. Infatti, la tecnica di definizione che il legislatore ha dimostrato di prediligere è quella teleologica: il concetto di servizio essenziale è determinato in relazione agli interessi o beni costituzionali da proteggere⁴⁹²; in altre parole, un servizio pubblico è da considerarsi essenziale per la sua imprescindibilità ai fini della soddisfazione di un diritto fondamentale tassativamente indicato nel comma 1 art. 1 della legge in commento.

Lo spirito della legge è esplicitamente rivolto alla composizione del potenziale conflitto tra il diritto di sciopero *ex art. 40 cost.* e altri diritti di pari rango costituzionale: all'art. 1 comma 2, infatti, è chiaramente affermato come la legge in esame disponga le regole e le procedure da osservare per «contemperare l'esercizio del diritto di sciopero con il godimento dei diritti della persona, costituzionalmente tutelati, di cui al comma 1» al fine di assicurare «l'effettività, nel loro contenuto essenziale, dei diritti medesimi»⁴⁹³.

L'individuazione del punto di equilibrio tra i valori contrapposti è individuata attraverso un modello a «regolazione mista», nel quale, accanto a norme volte alla determinazione immediata e diretta delle modalità di esercizio e i limiti dello sciopero, figurano anche norme di tipo strumentale o procedimentale che rinviavano ad altre fonti esterne al corpus della legge, di natura autonoma e negoziale; a queste ultime, la legge demanda la predisposizione in concreto di modelli di condotte a cui i lavoratori addetti ai servizi

⁴⁹¹ CARINCI, DE LUCA, TAMAJO, TOSI, TREU, *op. cit.*, 280; tale irrilevanza è desunta dall'inciso del comma 1 dell'art. 1 della legge in questione viene affermato che i servizi pubblici devono essere considerati essenziali «indipendentemente dalla natura giuridica del rapporto di lavoro».

⁴⁹² TREU, *Commento all'art. 1, in il diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali, a cura di Treu, in Le nuove leggi civili commentate*, Cedam, 1991, 5.

⁴⁹³ Per alcuni autori, il bilanciamento dei contrapposti valori di pari rango costituisce la *ratio* della legge, in ragione del fatto che quest'ultima non pare avere come esclusivo obiettivo la salvaguardia dei diritti degli utenti in costanza di sciopero; la tutela degli interessi di questi ultimi appare, secondo tale lettura, meramente ma incidentale, in quanto la legge avrebbe quale principale scopo quello di disciplinare lo sciopero per evitare la produzione degli effetti più gravi conseguenti al suo esercizio. In questo senso, SANTORO PASSARELLI, *Commento all'art. 1, in Lo sciopero nei servizi essenziali. Commentario alla legge 12 giugno 1990 n. 146*, a cura di Rusciano e Santoro-Passarelli, Giuffrè, 1991, 22. Secondo altre voci autorevoli, invece, il principio del contemperamento sarebbe solo lo strumento attraverso il quale il legislatore perseguirebbe il suo vero obiettivo, costituito dalla tutela di alcuni diritti fondamentali degli utenti. In questo senso, TREU, *Le prestazioni indispensabili, in Il diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali*, a cura di Treu, in *Le nuove leggi civili comentate*, Cedam, 1991, 26.

pubblici essenziali dovrebbero conformarsi in costanza di sciopero al fine di assicurare il godimento dei diritti fondamentali degli utenti⁴⁹⁴.

Il legislatore, quindi, sceglie di apprestare una disciplina che non derivi solamente dalla fonte normativa: nella ricerca dell'assestamento tra i diversi interessi in gioco sono coinvolte anche le parti sociali. Al contempo, però, il legislatore del 1990 rinuncia alla fissazione preventiva e precisa del punto di equilibrio tra i medesimi⁴⁹⁵. Il ruolo assunto dagli attori del conflitto sociale è tutt'altro che marginale: l'art. 2 comma 2 della legge designa la contrattazione collettiva quale sede per predisporre l'individuazione delle prestazioni indispensabili da garantire in caso di agitazione collettiva⁴⁹⁶, ossia dello standard minimo di servizio essenziale che deve necessariamente essere assicurato al fine di tutelare i diritti fondamentali dell'utenza anche in costanza di sciopero.

L'elemento peculiare che caratterizza il suddetto provvedimento legislativo è quello di consistere in una «legge concertata»: la disciplina della materia ivi affrontata non è esaurita all'interno della suddetta legge, ma, al contrario, parte di essa è affidata alla contrattazione collettiva⁴⁹⁷, e, in via sussidiaria e di chiusura, al controllo esercitato dalla c.d. Commissione di Garanzia⁴⁹⁸.

Nel momento in cui le azioni collettive dei lavoratori autonomi, e, in particolare, le iniziative rivendicative degli avvocati assunsero l'intensità e la frequenza ormai ben note, si prese coscienza di quanto tali condotte astensioniste fossero idonee a pregiudicare la fruizione da parte dei cittadini di alcuni servizi essenziali. Di conseguenza, solo in quel momento gli interpreti iniziarono a interrogarsi sulla possibile applicazione del suddetto provvedimento legislativo anche oltre i confini del lavoro subordinato⁴⁹⁹.

⁴⁹⁴ Descrive tale sistema ex multis FONTANA, *Modifiche e integrazioni alla legge sullo sciopero nei servizi pubblici ed essenziali*, in *Le nuove leggi civili commentate*, Cedam, 2000, 961.

⁴⁹⁵ NANIA, *Sciopero e sistema costituzionale*, Giappichelli, 1995, 62; FONTANA, *Modifiche ed integrazioni alla legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali*, in *Le nuove leggi civili commentate*, Cedam, 2000, 961.

⁴⁹⁶ Scelta giustificata dal fatto che le prestazioni indispensabili siano aderenti il più possibile alla «specificità tecnica e organizzativa» del servizio e dalla necessità del sostegno di un consenso sociale per garantire la concreta erogazione della prestazione ritenuta imprescindibile anche in costanza di sciopero. In questo senso, D'ATENA, *Sciopero nei servizi pubblici essenziali*, in *Enc. dir.*, Agg., III, Giuffrè, 1999, 940.

⁴⁹⁷ Tale sede è deputata alla ricerca di una mediazione tra gli interessi dei lavoratori e quelli degli utenti.

⁴⁹⁸ CARINCI, DE LUCA, TAMAJO, TOSI, TREU, *op. cit.*, 278.

⁴⁹⁹ Per la tesi positiva, vedi PERA, *Sullo sciopero degli avvocati*, in *Giust. civ.*, 1996, I, 2188; PINO, *La Corte costituzionale e l'astensione dal lavoro degli avvocati: i margini di applicazione della legge n. 146/1990 e il dibattito in seno alla commissione di garanzia*, in *Foro it.*, 1997, I, 1030 e SANTONINI, *Lo "sciopero degli avvocati" nel giudizio della Corte costituzionale*, in *Mass. Giur. lav.*, 1996, 464.

La tesi favorevole all'estensibilità della disciplina della legge n. 146 del 1990 al di fuori della sfera del lavoro subordinato si sviluppava lungo due direttrici argomentative: *in primis*, tale indirizzo proponeva una nozione di sciopero allargata, tale da ricomprendere anche alcuni lavoratori autonomi⁵⁰⁰. In secondo luogo, si sosteneva che l'aspirazione della legge in questione fosse la regolazione di qualsiasi espressione di conflitto collettivo idoneo a turbare il godimento dei servizi pubblici essenziali e, quindi, di pregiudicare potenzialmente i diritti primari dei cittadini⁵⁰¹.

I sostenitori di tale lettura, valorizzando al massimo la finalità di protezione dei valori costituzionali prioritari degli utenti a cui tendeva la legge in questione, proponevano un ampliamento dell'ambito di applicazione della medesima anche alle astensioni di lavoratori autonomi e parasubordinati che dimostrassero tale capacità lesiva.

A conforto della tesi favorevole all'estensibilità della disciplina della legge n. 146 del 1990 al lavoro autonomo, erano richiamati due dati testuali: i lavoratori autonomi e parasubordinati erano considerati esplicitamente dalla legge quali destinatari della disciplina della precettazione, contenuta nell'art. 8 comma 2⁵⁰²; inoltre, l'inciso contenuto nel comma 1 dell'art. 1 finiva per avallare la tesi per la quale, al fine della delimitazione dell'operatività della legge, non si dovesse far riferimento alla tipologia – subordinata o autonoma – del rapporto di lavoro in essere, bensì al fine ultimo della protezione dei diritti prioritari dell'utenza⁵⁰³.

⁵⁰⁰ Per tale nozione di sciopero si rinvia al cap. 1, par. 3. SUPPIEJ, *Sciopero degli avvocati, Corte costituzionale, Commissione di garanzia e Consiglio forense*, in *Arg. dir. lav.*, 1997, 238 ss.; TOPO, *L'astensione dei difensori dalle udienze come esercizio del diritto di sciopero*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1995, 693 ss.

⁵⁰¹ CARINCI, *L'improbabile rilievo costituzionale dell'autotutela collettiva di lavoratori autonomi, professionisti e piccoli imprenditori. A proposito dell'art. 2 bis, legge n. 146 del 1990*, in *Arg. dir. lav.*, 2001, 931. 934.

⁵⁰² L'istituto della precettazione consiste nel potere in capo al Presidente del Consiglio dei Ministri e al Prefetto di emanare un'ordinanza motivata diretta a garantire le prestazioni indispensabili e imporre all'amministrazione coinvolta le misure idonee ad assicurare adeguati livelli di funzionamento del servizio. Nel caso di «fondato pericolo di un pregiudizio grave e imminente ai diritti della persona costituzionalmente garantiti, a causa del mancato funzionamento dei servizi di preminente interesse generale» l'ordinanza può essere emessa anche nei confronti dei lavoratori autonomi e parasubordinati, ossia «soggetti di rapporti di collaborazione che si concretino in una prestazione d'opera continuativa e coordinata, prevalentemente personale, pur se non a carattere subordinato». L'art. 9 si preoccupa invece delle conseguenze dell'inosservanza da parte dei lavoratori subordinati e autonomi delle disposizioni contenute nella suddetta ordinanza di precettazione, consistenti nell'irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria.

⁵⁰³ SANTONI, *Lo "sciopero degli avvocati" nel giudizio della Corte costituzionale*, in *Mass. Giur. Lav.*, 1996, 468; ROMAGNOLI, *Le fonti regolative dello sciopero nei servizi essenziali*, in *Lav. dir.*, 1991, 582; PILATI, *Gli avvocati, l'astensione dalle udienze e la legge n. 146/90*, in *Lav. giur.*, 1997, 18.

La tesi contraria, largamente maggioritaria, osservava come la legge in questione fosse stata un provvedimento ideato e, di conseguenza, modellato per disciplinare lo sciopero in senso tecnico ex art. 40 Cost., rivolto, quindi, unicamente ai lavoratori subordinati addetti a servizi pubblici essenziali⁵⁰⁴. In larga misura, infatti, la legge pareva strutturalmente inapplicabile a lavoratori non subordinati: *in primis*, pareva preclusivo il coinvolgimento essenziale delle parti sociali e il ruolo fondamentale assegnato alla contrattazione collettiva, con particolare riferimento al compito di individuare le prestazioni indispensabili da assicurare in occasione dello sciopero. Appariva incompatibile con il lavoro autonomo anche la predisposizione di un preventivo tentativo di conciliazione delle parti⁵⁰⁵ e l'attribuzione al datore di lavoro del compito di irrogare le sanzioni previste in caso di compimento di condotte illegittime⁵⁰⁶.

Oltre a tali rilievi, i sostenitori di tale tesi fecero proprio l'argomento utilizzato anche dall'indirizzo minoritario, incentrato sullo strumento della precettazione: il riferimento specifico ed espresso ai lavoratori autonomi e parasubordinati contenuto nell'art. 8 comma 2 costituiva la prova del fatto che la riferibilità della legge nei confronti dei medesimi doveva considerarsi solamente un'ipotesi eccezionale⁵⁰⁷. Infatti, se tali categorie di lavoratori fossero stati gli ordinari destinatari della legge, il riferimento specifico non avrebbe avuto ragion d'essere: al contrario, il legislatore aveva avvertito la

⁵⁰⁴ La legge in questione, infatti, era stata concepita come risposta a quegli episodi di sciopero nei servizi pubblici essenziali che, a fine anni Ottanta, avevano svelato tutti i limiti degli strumenti di autogoverno sindacale che erano stati ideati in assenza di una regolamentazione specifica di legge. In questo senso, GIUGNI, *Ampliata la nozione del diritto di sciopero per garantire le libertà costituzionali*, in *Guida dir.*, 1996, n. 24, 47. Tra i fautori della tesi maggioritaria si ricordi MENGHINI, *Le regole applicabili allo «sciopero» degli avvocati e le competenze della Commissione di Garanzia dopo la sentenza 171/96 della Corte Costituzionale*, in *Riv. giur. lav.*, 1997, 295 ss.; VALCAVI, *Sulla presunta illegittimità dell'astensione dalle udienze degli avvocati*, in *Dir. lav.*, 1995, 417.

⁵⁰⁵ Prima di arrivare all'emissione dell'ordinanza di precettazione, infatti, deve essere esperito un tentativo di conciliazione tra le parti in conflitto, preceduto dall'invito da parte dell'organo deputato alla precettazione a desistere da comportamenti in grado di porre in pericolo i beni primari degli utenti. Tale disciplina appare modellata sulla struttura bilaterale del conflitto tra datore di lavoro e lavoratore subordinato e, quindi, risulta difficilmente applicabile a lavoratori autonomi.

⁵⁰⁶ Ci si riferisce alla previsione dell'art. 4 della legge in questione e, in particolare, alle sanzioni irrogabili direttamente dal datore di lavoro in caso di compimento da parte dei lavoratori di condotte contrarie alla disciplina legislativa o agli atti adottati sulla base della medesima; tali sanzioni sono di due tipologie possibili: individuali, poiché destinate al singolo lavoratore, e collettive, rivolte ai sindacati nel caso in cui avessero indetto o aderito a uno sciopero illegittimo.

⁵⁰⁷ Da qui, la necessità di una precisazione *ad hoc*. In questo senso, MENGHINI, *op. cit.*, 295.

necessità di affermare la riferibilità dell'istituto della precettazione anche ai lavoratori autonomi, il che ne proverebbe la normale inapplicabilità a questi ultimi⁵⁰⁸.

Il contrasto interpretativo avente a oggetto la possibilità di estendere, oltre i confini del lavoro subordinato, la disciplina contenuta nella legge n. 146 del 1990 è stato risolto, nel senso dell'inapplicabilità della disciplina suddetta dalla Corte costituzionale attraverso la sentenza n. 171 del 1996. Tra le diverse questioni di legittimità costituzionali sollevate, infatti, fu censurato un complesso di norme del provvedimento legislativo in questione⁵⁰⁹: nella sentenza n. 171 del 1996 la Corte sottolineò, in linea con le sue precedenti affermazioni compiute poco tempo prima⁵¹⁰, la capacità delle astensioni collettive forensi di incidere sull'amministrazione della giustizia, qualificata dallo stesso art. 1 comma 2

⁵⁰⁸ Il legislatore avrebbe voluto in tal modo tenere distinta la situazione dei lavoratori subordinati da quella dei lavoratori autonomi e parasubordinati: i primi erano destinatari dell'intera legge mentre i secondi delle sole norme sulla precettazione; così MENGHINI, *op. cit.*, 298 ss. Lo stesso autore osserva come, al di là delle intenzioni del legislatore, però, l'applicabilità concreta dell'istituto della precettazione alla particolare categoria di lavoratori autonomi degli avvocati fosse tutt'altro che pacifica: l'assenza di una controparte collettiva e istituzionale rendeva assai complessa l'applicazione della procedura prevista all'art. 8 della legge n. 146 del 1990 poiché mancavano strutture parasindacali o una parte datoriale sotto forma di amministrazione o impresa in grado di ricevere l'ordine di garantire un livello minimo di servizio. Infatti, pareva difficile ritenere che tale ruolo potesse essere svolto dal Consiglio Nazionale Forense o dai singoli ordini locali che proclamavano gli scioperi, non essendo dotati della soggettività giuridica necessaria per considerarli "parti" e, quindi, interlocutori della autorità amministrative in caso di conflitto. Come osserva NUNZIATA, *Sulla necessità e urgenza di regolamentare l'astensione collettiva dalle udienze di avvocati e procuratori legali*, in *Arch. n. proc. pen.*, 1995, 556, a parte l'ostacolo costituito dalla natura pubblica o meno di tali soggetti, l'argomento centrale per escludere la possibilità di esercitare il potere di precettazione nei confronti degli avvocati era la rimessione ad un organo del potere esecutivo - come il Presidente del consiglio dei ministri, un ministro o un prefetto - il compito di garantire l'esercizio giurisdizionale, ossia la prosecuzione dei giudici attraverso la precettazione degli avvocati astinenti: ciò costituirebbe un'intrusione costituzionalmente intollerabile, in considerazione del principio della soggezione degli organi giurisdizionali solamente alla legge e alla loro indipendenza davanti a qualsiasi altro potere statale sancito dall'art. 101 comma 2 e 104 comma 1 Cost.

⁵⁰⁹ Oltre alle questioni di legittimità inerenti le disposizioni del codice di procedura penale illustrate *supra*, cap. 3, par. 1, erano stati censurati gli artt. 2,4,8,12,13 della legge n. 146 del 1990 per contrasto con gli artt. 3, 24 comma 2, 97 Cost., perché, diversamente da altri lavoratori nel settore Giustizia, tali norme mancavano di disciplinare l'astensione collettiva degli avvocati, i quali rendevano attraverso la loro attività un servizio di pubblica necessità poiché le loro prestazioni lavorative si rivelavano indispensabili per il funzionamento del servizio pubblico costituito dall'amministrazione della giustizia. Così il rimettente Tribunale di Roma, come si evince dalla lettura della sentenza Corte cost., 27 maggio 1996, n. 171, cit.

⁵¹⁰ Si fa riferimento alle indicazioni desumibili dal precedente intervento della Corte costituzionale in materia di astensione collettiva forense, ossia la sentenza del 31 marzo 1994, n. 114. In quella occasione, infatti, seppur non si arrivò alla declaratoria di illegittimità costituzionale, la Corte sottolineò la sostanziale parità dei disagi arrecati al servizio pubblico della giurisdizione da un'astensione collettiva dalle udienze degli avvocati rispetto uno sciopero dei lavoratori dipendenti addetti a tale settore, come il personale delle cancellerie e delle segreterie giudiziarie, e la conseguente contraddittorietà di una disciplina legislativa che, da una parte si era procurata di regolare in modo articolato l'esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali attraverso la legge n. 146 del 1990, dall'altra aveva trascurato completamente di disciplinare l'altro fenomeno, ugualmente incidente sui diritti degli utenti.

lett. *a* della legge n. 146 del 1990 come servizio pubblico essenziale. La scelta compiuta dal legislatore del 1990 di annoverare l'amministrazione della giustizia tra i servizi pubblici essenziali non era un dato da trascurare: al contrario, tale consapevole opzione implicava la necessità per la Corte costituzionale di impedire che i beni fondamentali della persona connessi al buon andamento dell'amministrazione giudiziaria continuassero ad essere pregiudicati dalle agitazioni degli avvocati⁵¹¹.

La Corte affermò poi l'impossibilità di giungere a un'interpretazione costituzionalmente conforme attraverso un'interpretazione estensiva o analogica dei diversi meccanismi previsti dalla legge, ritenendo espressamente inapplicabile larga parte della disciplina contenuta nella legge n. 146 del 1990 alle astensioni dal lavoro autonomo e parasubordinato e, in particolare, a quella di avvocati e procuratori dalle udienze⁵¹². Alla luce di tali affermazioni, la Corte dichiarava l'illegittimità degli artt. 2 comma 1 e 5 della legge n. 146 del 1990 per contrasto con gli artt. 3, 24 comma 2 e 97 Cost. nella parte in cui mancavano di regolamentare le proteste degli appartenenti alla categoria forense, rendendo così improcrastinabile un provvedimento legislativo volto a regolare tutte le forme possibili del conflitto collettivo⁵¹³. Non potendo procedere autonomamente all'«individuazione nel dettaglio delle soluzioni», i giudici costituzionali lasciarono al legislatore il compito «di definire in modo organico le misure atte a realizzare l'equilibrata tutela dei beni coinvolti»; questi ultimi, però, non mancarono di indicare puntualmente i nodi che il futuro intervento legislativo avrebbe dovuto necessariamente sciogliere: l'indicazione di un congruo preavviso e di un ragionevole limite temporale di durata, la specificazione delle prestazioni essenziali da garantire durante l'astensione, le procedure e le sanzioni in caso di inosservanza⁵¹⁴.

⁵¹¹ Corte cost., 31 marzo 1994, n. 114, cit.

⁵¹² La Corte, in particolare, ha ritenuto non fossero applicabili alla fattispecie in esame le norme sulla precettazione e quelle sulle funzioni della Commissioni di garanzia a causa della mancanza di esperienze e di adeguate strutture parasindacali. Corte cost., 31 marzo 1994, n. 114, cit.

⁵¹³ Ciò avverrà con la legge 11 aprile 2000, a quale si rivela il diretto portato della sentenza in questione poiché modifica la normativa sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali sia sul versante soggettivo che su quello oggettivo: la disciplina risultante avrà quale oggetto tutte le manifestazioni di autotutela collettiva, quindi le «astensioni dal lavoro in senso più ampio» occupandosi di estendere loro il principio del bilanciamento coi diritti degli utenti, vero perno della legge n. 146 del 1990. Così CARINCI, *op. cit.*, 944.

⁵¹⁴ Corte cost., 31 marzo 1994, n. 114, cit.

3. Segue. Il riconoscimento del diritto al rinvio dell'udienza in capo al difensore

La dichiarazione di illegittimità costituzionale della legge n. 146 del 1990 ha prodotto come principale effetto l'estensione del campo di operatività della suddetta disciplina al di fuori dei confini del lavoro dipendente. L'operazione compiuta dai giudici costituzionali è parsa pienamente in linea con le intenzioni espresse dallo stesso provvedimento legislativo colpito dalla declaratoria⁵¹⁵. Infatti, la finalità di protezione dei beni primari degli utenti della legge in questione postulava che tutte le manifestazioni di autotutela collettiva incidenti sui suddetti beni dovessero essere compiutamente disciplinate: una normativa circoscritta alla tutela dei diritti fondamentali degli utenti in occasione delle agitazioni della sola categoria di lavoratori subordinati, addetti al servizio pubblico essenziale, avrebbe fornito a tali valori una protezione inadeguata e insufficiente al raggiungimento dell'obiettivo della legge stessa⁵¹⁶.

Nonostante la parte iniziale del titolo della legge si riferisca espressamente allo sciopero, l'oggetto della medesima deve essere rinvenuto nella garanzia dell'erogazione, durante e nonostante la protesta in atto, delle prestazioni indispensabili al soddisfacimento dei diritti dei fruitori dei servizi essenziali⁵¹⁷.

A conferma di tali affermazioni, si è notato come la legge non guardi allo sciopero come classico strumento di pressione nei confronti del datore di lavoro finalizzato al raggiungimento di condizioni lavorative e contrattuali migliori. Al contrario, lo sciopero è qui considerato in una prospettiva totalmente diversa, quale «possibile causa dell'irregolare o discontinua erogazione dei minimi di servizio», in grado, quindi, di pregiudicare i diritti costituzionalmente protetti dei destinatari dei servizi in questione⁵¹⁸.

⁵¹⁵ Considerate le premesse poste dal provvedimento legislativo in questione, la dichiarazione di illegittimità costituzionale è parsa quasi un esito ineluttabile da PILATI, *I diritti di sciopero*, Cedam, 2004, 98.

⁵¹⁶ PILATI, *op. cit.*, 98. In questo senso, tale legge, non sarebbe stata concepita al fine di disciplinare nell'ambito del peculiare settore dei servizi pubblici essenziali l'esercizio del diritto di sciopero *ex art. 40 Cost.*, bensì per tutelare, in caso di agitazioni sindacali, gli interessi degli utenti con esso configgenti, «almeno quando corrispondano a valori costituzionalmente riconosciuti e garantiti», in un'ottica di bilanciamento. Così PERSIANI, *Diritti fondamentali della persona e diritto dei lavoratori a scioperare*, in *Dir. lav.*, 1992, 17.

⁵¹⁷ PILATI, *op. cit.*, 98.

⁵¹⁸ PILATI, *op. cit.*, 98. Infatti, l'erogazione delle prestazioni indispensabili costituisce fin dai primi articoli l'oggetto immediato della regolamentazione e della protezione legislativa, allo scopo di contenere entro limiti accettabili l'interruzione temporanea o la diminuzione dei servizi. In quest'ottica, lo sciopero è considerato con occhio diverso, diventando anche «l'oggetto di un giudizio di disvalore, in quanto inesorabilmente correlato al pregiudizio arrecato ad alcune posizioni giuridiche fondamentali della persona».

Di conseguenza, il focus della legge non è costituito dalla figura del prestatore di lavoro subordinato, il quale, in virtù della sua posizione di contraente debole è riconosciuto titolare del diritto di sciopero, né dalla figura dell'amministrazione pubblica incaricata dell'erogazione del servizio. L'attenzione del legislatore, infatti, sembra essere rivolta al vero danneggiato in caso di azioni collettive nei settori dei servizi pubblici, ossia l'utente, il fruitore del servizio; la preoccupazione della legge è proprio quella di tutelare la posizione di quest'ultimo dalla discontinuità e irregolarità del servizio conseguenti allo sciopero.

A fronte di tali affermazioni, appare ragionevole la manovra della Corte di ricondurre all'impianto della legge n. 146 del 1990 anche manifestazioni di autotutela collettive differenti, e, in particolare, l'astensione collettiva dalle udienze degli avvocati. Il servizio pubblico essenziale dell'amministrazione della giustizia, per la sua peculiare conformazione strutturale di tipo trasversale – caratterizzata dalla necessaria cooperazione di più operatori, ognuno con la propria identità professionale e qualificazione giuridica⁵¹⁹ – non avrebbe potuto essere adeguatamente garantito se non si fossero regolate anche le azioni rivendicative provenienti da soggetti quali gli avvocati che, pur non essendo incardinati nell'organico dei tribunali, risultavano indispensabili per il corretto e ordinato svolgimento della funzione giurisdizionale stessa.

L'operazione di riconduzione delle iniziative rivendicative degli avvocati all'ambito di applicazione della legge n. 146 del 1990 non sarebbe stata possibile se la Corte non avesse svolto una premessa imprescindibile, consistente nel riconoscimento del valore costituzionale del diritto dell'avvocato ad aderire all'astensione collettiva indetta dalla propria categoria.

Infatti, come già ricordato in precedenza⁵²⁰, la Corte in quell'occasione aveva affermato come all'interno dell'ordinamento costituzionale il perimetro della tutela assicurata alle astensioni collettive dal lavoro risulti più ampio di quello delineata dall'art. 40 della Cost.: l'astensione collettiva dalle udienze degli avvocati, pur non rientrando nell'ambito

⁵¹⁹ Basti pensare, oltre agli avvocati, al personale amministrativo delle cancellerie e segreterie giudiziarie, agli ufficiali giudiziari, al personale dell'amministrazione centrale del Ministero della Giustizia e di quello dell'amministrazione penitenziaria, centrale e periferica, oltre ai magistrati, giudicanti e non, ordinari e speciali. Le astensioni dal lavoro di ognuno di tali categorie è in grado di ostacolare o, addirittura, precludere l'ordinato svolgimento della funzione giurisdizionale. GIANFRANCESCO, *op. cit.*, 11.

⁵²⁰ Vedi cap. I, par. 6.

soggettivo della tutela fornita dal diritto costituzionale di sciopero è espressione della libertà di associazione ai sensi dell'art. 18 Cost. Il risultato più importante della sentenza considerata è proprio quello di riconoscere – senza estendere la titolarità del diritto di cui all'art. 40 Cost. – un autonomo diritto di astensione collettiva dal lavoro anche oltre i confini del lavoro dipendente⁵²¹.

Per la prima volta, infatti, è riconosciuta la titolarità in capo a lavoratori autonomi di un vero e proprio diritto di azione collettiva, oltretutto di rango costituzionale, con la contemporanea imposizione di un correlativo obbligo in capo a tutti gli altri soggetti di rispettare il diritto medesimo⁵²². Senza tale riconoscimento, d'altronde, non si sarebbe potuta produrre l'attrazione dei lavoratori autonomi all'interno dell'ambito soggettivo di applicazione della legge n. 146 del 1990. Quest'ultima, infatti, come abbiamo già visto, è incentrata sul principio di bilanciamento degli opposti interessi, il quale postula, quale presupposto logico e giuridico, che il diritto all'autotutela collettiva appartenga allo stesso rango rispetto a quello dei diritti della persona con cui potrebbe entrare in conflitto: senza l'ammissione del comune rilievo del diritto all'astensione collettiva quale diritto costituzionale, non sarebbe stato possibile alcun contemperamento tra valori contrapposti⁵²³. L'esistenza del diritto costituzionale all'astensione e al rinvio dell'udienza è stato consacrato a livello positivo dal legislatore successivo, il quale ha

⁵²¹ PILATI, *op. cit.*, 200. Le critiche più penetranti alla pronuncia si appuntarono proprio sul fatto che la Corte, pur escludendo la riconduzione del fenomeno allo sciopero *ex art. 40 Cost.*, l'astensione collettiva è stata assoggettata alla disciplina dello sciopero nei servizi essenziali. Tale manovra compiuta dalla Corte è sembrata incoerente nella parte in cui rende applicabile una legge disciplinante lo sciopero a delle astensioni dal lavoro non qualificabili come tali poiché poste in essere da lavoratori autonomi. In particolare, la Corte avrebbe considerato, da un lato, strutturalmente non assimilabili allo sciopero per carenza dei suoi tratti tipici, ma, dall'altro, li avrebbe equiparati nella funzione, nell'incidenza sull'adempimento di prestazioni altrimenti dovute nell'interesse di terzi per poi, di conseguenza, applicarvi il medesimo regime di disciplina. In questo senso PULITANÒ, *Lo sciopero degli avvocati: se, come, quando*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 8; In questo modo, distinzione compiuta dalla Corte tra sciopero e astensione collettiva diventava inutile, un «esercizio puramente nominalistico», dato che all'astensione collettiva si sarebbe applicata la stessa disciplina applicata allo sciopero. Così SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, 5.

⁵²² In questo senso, CARINCI, *op. cit.*, 946; PILATI, *op. cit.*, 197; GALATINO, *L'astensione dei lavoratori autonomi*, in *Dir. lav.*, 2002, 147.

⁵²³ PILATI, *op. cit.*, 98. Come osserva la fondamentale sentenza a Sezioni Unite Lattanzio, a cui sarà dedicato il par. 6, «non sarebbe stato possibile, senza un comune radicamento costituzionale, inserire manifestazioni di conflitto collettivo, diverse dallo sciopero *ex art. 40 Cost.*, in una legge che, proprio per consentire il contemporaneo esercizio di diritti per certi aspetti inconciliabili, ma insopprimibili, impone il principio del loro reciproco contemperamento». Anche GIANFRANCESCO, *op. cit.*, 44, afferma che sia necessario, per accedere alla tecnica del contemperamento rinvenibile nell'ossatura della legge in questione una base costituzionale sia del diritto dell'utenza, sia del diritto di astensione collettiva dei lavoratori coinvolti.

provveduto ad applicare anche alle astensioni del lavoro poste in essere dai lavoratori autonomi il modello regolativo della legge n. 146 del 1990 basato sul principio di bilanciamento coi diritti degli utenti⁵²⁴.

Rimandando al prossimo paragrafo un esame più approfondito della novella, il legislatore, attraverso la legge dell'11 aprile 2000, n. 83, non fece altro che seguire il percorso indicato dalla Corte costituzionale nella sua pronuncia: in tale sede, infatti, la Corte espresse la direzione che il futuro legislatore avrebbe dovuto seguire per riempire la lacuna riscontrata nei contenuti della legge n. 146 del 1990. La Corte, dopo aver dichiarato l'illegittimità costituzionale di delle disposizioni censurate, lasciò al legislatore il compito di definire «in modo organico le misure atte a realizzare l'equilibrata tutela dei beni coinvolti»⁵²⁵. Pur riconoscendo quale prerogativa legislativa l'individuazione nel dettaglio del punto di equilibrio tra i contrapposti interessi in gioco, i giudici costituzionali non hanno rinunciato a indicare alcuni nodi che la futura legge avrebbe dovuto necessariamente sciogliere. In particolare, quest'ultima avrebbe dovuto individuare le prestazioni indispensabili al soddisfacimento dei diritti degli utenti in costanza di astensione collettiva forense, un congruo preavviso, un limite temporale di ragionevole durata dell'astensione, e, infine, le sanzioni consequenziali all'inosservanza delle norme disciplinanti il conflitto.

Di conseguenza, è possibile affermare la natura additiva della pronuncia in esame: la Corte, accogliendo la questione di legittimità sollevata, si è preoccupata di indicare il principio generale che il legislatore dovrà seguire per ovviare all'incompatibilità costituzionale⁵²⁶. Parte della dottrina criticò duramente la manovra compiuta dalla Corte

⁵²⁴ Tale intervento legislativo è il portato della sentenza n. 171 del 1996 poiché ne conferma in toto i contenuti: in particolare, è confermata la capacità del diritto di astenersi a entrare in tensione dialettica con i diritti costituzionali elencati all'art. 1 comma 1 della legge, ossia con i diritti fondamentali della persona dotati di solido riconoscimento costituzionale. GIANFRANCESCO, *op. cit.*, 3 ss. Per un approfondimento sul contenuto del suddetto intervento legislativo leggi par. successivo.

⁵²⁵ Corte cost., 27 maggio 1996, n. 171, cit.

⁵²⁶ Le sentenze additive costituiscono un particolare tipo di sentenze di accoglimento le quali non hanno il tipico effetto caducatorio di parte della disposizione censurata di queste ultime ma ad esse consegue la modifica attraverso l'aggiunta di contenuti necessari a rendere compatibile la norma con il dettato costituzionale. Tali interventi sono permessi e ritenuti non lesivi della discrezionalità legislativa solo quando le manipolazioni richieste risultano "a rime obbligate" (il padre della fortunata espressione è CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Cedam, 1984, 402 ss.) ossia quando l'aggiunta è da ritenersi logicamente necessitata e senza alternative; in questo senso, Corte cost., 23 aprile 1986, n. 109, in *Foro it.*, 1986, 1761. L'ipotesi qui esaminata non pare appartenere a questa categoria poiché i rimedi alla lacuna della legge n. 146 del 1990 avrebbero potuto essere molteplici; in ipotesi simili per la Corte è

costituzionale, accusandola di aver compiuto un'indebita e arbitraria «invasione di campo della sfera legislativa»⁵²⁷: secondo alcuni, infatti, il legislatore nel non includere nell'ambito originario di applicazione della legge il fenomeno in esame aveva compiuto, nell'esercizio della sua discrezionalità, una consapevole scelta che la Corte costituzionale avrebbe dovuto rispettare⁵²⁸.

Al fine di superare le suddette critiche è necessario osservare come rilevi – non la scelta del legislatore di non disciplinare un dato fenomeno, ma, piuttosto – la contrarietà della suddetta lacuna alle norme costituzionali⁵²⁹. D'altronde, si ricorda che tale peculiare tipologia di sentenza di accoglimento fu creata dalla giurisprudenza costituzionale proprio per ovviare all'inerzia del legislatore, al contempo richiedendo l'attuazione di un costruttivo rapporto d'interazione tra il legislatore e i giudici di merito⁵³⁰.

4. La sottoposizione delle iniziative di protesta dei lavoratori autonomi alla normativa sul conflitto collettivo nel settore dei servizi pubblici essenziali attuata attraverso la l. 11 aprile 2000, n. 83

Nel solco delle stringenti indicazioni impartite dalla Corte costituzionale, il legislatore è intervenuta profondamente nella materia del conflitto collettivo nel settore dei pubblici servizi essenziali attraverso la novella dell'11 aprile 2000, n. 83, includendo tra i soggetti

possibile emettere un altro tipo di decisione additiva non consistente in una norma direttamente applicabile ma nella formulazione di un principio generale. Non potendo adottare una sentenza additiva in senso proprio senza invadere la discrezionalità legislativa, la Corte, dopo aver dichiarato incostituzionale la lacuna nella disciplina, enuncia i principi in base ai quali il testo normativo dovrà essere completato, «lasciando però al Parlamento la scelta fra le soluzioni cui è possibile ricorrere per completare la disciplina della fattispecie». In questo senso, proprio con riferimento alla pronuncia in esame, PIZZORUSSO, *Nuove tecniche decisorie della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1992, 3210 ss.

⁵²⁷ VALLEBONA, *op. cit.*, 172 ss.; NICCOLAI, “Sciopero” degli avvocati e altre questioni sull'apparato sanzionatorio in materia di sciopero nei servizi pubblici essenziali, in *Riv. it. dir. lav.*, 1997, 668 ss; PIZZI, *Brevi note sull'astensione collettiva degli avvocati dall'attività giudiziaria*, in *Giur. it.*, 1996, 546.

⁵²⁸ In questo senso, PIZZI, *op. ult. cit.*

⁵²⁹ MENGHINI, *op. cit.*, 302.

⁵³⁰ Infatti, da una parte, il legislatore è chiamato a introdurre a livello positivo, disciplinandolo nel dettaglio, il principio delineato dalla Corte; dall'altra parte, i giudici comuni sono tenuti a far riferimento al medesimo principio per porre nel frattempo rimedio alla lacuna legislativa, ricercando la regola nel caso concreto. Così Corte cost., 26 giugno 1991, n. 295, in *Giur. cost.*, 2319.

destinatari della normativa disciplinata dalla legge n. 146 del 1990 anche alcune categorie di lavoratori autonomi.

Tale novella rispecchia l'impostazione impressa nella sentenza n. 171 del 1996 dalla Corte costituzionale: in via tendenziale, infatti, tutti i soggetti incaricati di erogare un servizio pubblico sono in grado di ledere i diritti costituzionalmente garantiti previsti dall'art. 1 della legge n. 146 del 1990 attraverso la sospensione della propria attività a fini di protesta. A nulla rileva, infatti, nell'ottica della salvaguardia dei beni costituzionali degli utenti, la qualifica giuslavorista di chi si astiene dalla prestazione lavorativa⁵³¹.

In ossequio a tale ragionamento, il legislatore del 2000 inserisce nella trama della legge n. 146 del 1990 l'art. 2 bis, dando rilevanza giuridica alle astensioni collettive poste in essere «da lavoratori autonomi, professionisti o piccoli imprenditori», «a fini di protesta o rivendicazione di categoria» quando queste incidano «sulla funzionalità dei servizi pubblici» indicati all'art. 1 della medesima.

In merito alla formulazione prescelta dal legislatore del 2000 è possibile osservare come, circa l'ambito soggettivo di applicazione della disciplina, il riferimento ai «lavoratori autonomi, professionisti o piccoli imprenditori»⁵³² implichi l'inclusione di tutti i lavoratori che prestano la propria attività senza essere legati da un vincolo di subordinazione⁵³³, tra i quali, quindi, per quello che interessa ai fini della presente

⁵³¹ RUGA RIVA, *Lo sciopero degli avvocati e modifiche alla legge sui servizi pubblici essenziali*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, 770.

⁵³² La categoria dei lavoratori autonomi è parsa a una parte della dottrina quella centrale: i professionisti e i piccoli imprenditori sarebbero due *species* del *genus* più ampio del lavoro autonomo. In questo senso, NOGLER, *Proteste collettive dei lavoratori autonomi nei servizi essenziali: una disciplina con due anime*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 2001, 96. *Contra* CARINCI, *L'improbabile rilievo costituzionale dell'autotutela collettiva di lavoratori autonomi, professionisti e piccoli imprenditori. A proposito dell'art. 2bis, legge n. 146 del 1990*, in *Arg. dir. lav.*, 2001, 943, il quale distingue tre categorie ben diverse di lavoratori.

⁵³³ In particolare, i lavoratori parasubordinati e i piccoli imprenditori con dipendenti. Per quanto riguarda la prima categoria, tali lavoratori non sono esplicitamente richiamati dalla legge in questione ma ne sono assoggettati poiché giuridicamente inquadrabili nel lavoro autonomo. In questo senso, l'estensione dell'ambito di applicazione della legge n. 146 del 1990, avvenuta ad opera della novella in commento, ha avuto quale peculiare effetto una proporzionale restrizione della categoria dei soggetti titolari del diritto di sciopero *ex art. 40 Cost.* Prima della modifica del 2000, infatti, in virtù del riferimento contenuto nell'art. 8 comma 2 e 9 della normativa ai «rapporti di collaborazione che si concretino in una prestazione d'opera continuativa e coordinata, prevalentemente personale, pur se non a carattere subordinato», le azioni di protesta dei lavoratori parasubordinati erano assimilate a quelle dei lavoratori subordinati, attraverso una disposizione che sembrava ratificasse l'interpretazione giurisprudenziale che tendeva ad estendere la titolarità dell'art. 40 Cost. anche a questa categoria di lavoratori (vedi cap. I). Dopo la modifica apportata dalla legge n. 83 del 2000, le agitazioni dei lavoratori parasubordinati sono distinte da quelle dei dipendenti e annoverate espressamente tra le iniziative collettive dei lavoratori autonomi. In questo senso, PILATI, *op. cit.*, 129 ss. Per quanto riguarda, invece, la categoria dei piccoli imprenditori con dipendenti, la novella

indagine, debbono ovviamente essere compresi i prestatori di lavoro in condizioni di indipendenza, come gli avvocati.

Per quanto poi riguarda la tipologia di condotta dei suddetti lavoratori considerata dal legislatore, la formulazione dell'art. 2 *bis* si riferisce in modo espresso unicamente all'astensione dal lavoro, ossia ad un comportamento omissivo che si estrinseca nella sospensione della prestazione lavorativa. Come abbiamo visto, nel caso degli avvocati la prestazione di lavoro sarà sospesa parzialmente poiché sarà interrotta la sola attività svolta nelle aule di tribunale, mentre l'attività extragiudiziale continuerà ad essere garantita dal professionista.

Nonostante la chiarezza e univocità del dettato normativo – il quale si riferisce solamente alle astensioni collettive – alcune voci hanno sottolineato che la valorizzazione dell'obiettivo primario della legge della salvaguardia dei beni costituzionalmente garantiti degli utenti imporrebbe di considerare come rilevanti anche iniziative di protesta dissimili dalle astensioni dal lavoro, purché idonee a ledere o a mettere a repentaglio i diritti prioritari della persona⁵³⁴.

Secondo tale ragionamento, dovrebbe essere adottata un'interpretazione estensiva dell'art. 2 *bis*, tale da far rientrare nell'oggetto della legge anche tutte quelle alterazioni del normale svolgimento della prestazione lavorativa – diverse dalle astensioni in senso proprio – comunque incidenti sull'erogazione del servizio pubblico essenziale⁵³⁵.

legislativa del 2000 li contempla in modo esplicito all'art. 20 comma 1 *bis*, infatti, precisa che «ai fini della presente legge si considerano piccoli imprenditori i soggetti indicati all'art. 2083 del codice civile», e quindi «i coltivatori diretti del fondo, gli artigiani, i piccoli commercianti e coloro che esercitano un'attività professionale organizzata prevalentemente con il lavoro proprio e dei componenti della famiglia». Di conseguenza, ricadono nell'ambito di applicazione della disciplina in esame anche le agitazioni indette da soggetti «che possiedono un'organizzazione, seppur ridotta, di mezzi e, quel che più conta, di uomini». Così CARINCI, *op. cit.*, 971 ss.

⁵³⁴ PILATI, *op. cit.*, 133.

⁵³⁵ Infatti, si è osservato come, nella realtà economica sociale odierna, all'interno della categoria dei lavoratori autonomi siano emerse diverse tipologie di manifestazioni conflittuali, differenti dall'astensione dal lavoro vera e propria, dato che tali manifestazioni risultano modellate sulla peculiare struttura del lavoro autonomo, privo di un datore di lavoro al quale infliggere il mancato adempimento della prestazione lavorativa. Molte volte, le manifestazioni di dissenso dei lavoratori autonomi si concretizzano in comportamenti commissivi: a titolo di esempio, si pensi alla protesta dei medici convenzionati con il Servizio sanitario nazionale, i quali avevano richiesto ai propri assistiti il pagamento delle visite effettuate e quella dei farmacisti che avevano venduto il farmaco ai propri clienti a prezzo pieno. Con riferimento a questi casi, CARUSO, NICOSIA, *Il conflitto collettivo post moderno: lo "sciopero" dei lavoratori autonomi*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".it, in www.lex.unict.eurolabor, 2006, 33, propongono, attraverso una lettura estensiva dell'art. 2 *bis*, un concetto unitario e omnicomprensivo di azione collettiva a fine di protesta o di rivendicazione di categoria, tale da includere non solo le condotte omissive delle astensioni

Tale lettura pare avallata anche da alcuni dati testuali rintracciabili in alcune disposizioni della medesima normativa che – a dispetto della formula utilizzata dall’art. 2 *bis* – si riferiscono alle manifestazioni di autotutela dei lavoratori autonomi con espressioni più ampie e atecniche, quali «protesta»⁵³⁶, «forme di astensione»⁵³⁷; queste ultime suggeriscono che la legge consideri rilevanti anche condotte diverse dalla forma tradizionale di protesta⁵³⁸. Di conseguenza, nonostante il riferimento testuale contenuto dall’art. 2 *bis* alla particolare manifestazione di autotutela dell’astensione dal lavoro, può ritenersi che, in perfetta sintonia con la ratio sottesa all’intervento novellatore del 2000, l’unica condizione necessaria e sufficiente all’applicazione della suddetta normativa sia la capacità vulnerante rispetto all’erogazione dei servizi pubblici essenziali della manifestazione di protesta dei lavoratori autonomi, qualsiasi forma essa assuma⁵³⁹.

L’art. 2 *bis*, scolpendo il campo di applicazione della legge n. 83 del 2000, compie un’ulteriore precisazione, di carattere teleologico: le azioni collettive per rientrare nell’ambito di operatività del suddetto provvedimento legislativo, infatti, devono essere esercitate allo scopo di «protesta o di rivendicazione di categoria».

Di conseguenza, si esclude che il diritto di astensione ivi disciplinato possa essere orientato a finalità meramente contrattuali: ciò è escluso, oltre che dal dato testuale, anche dalla stessa struttura delle manifestazioni di protesta. Infatti, come già osservato in precedenza, l’azione rivendicativa non è rivolta all’altro contraente e non è motivata dall’esigenza di spingere il medesimo a concedere condizioni contrattuali migliori; infatti, gli effetti negativi della medesima non sono circoscritti all’ambito ristretto del rapporto di lavoro ma si propagano a una vasta platea di cittadini, ossia agli utenti del servizio pubblico essenziale sospeso⁵⁴⁰. Tale protesta, pur ricadendo su questi ultimi soggetti,

dal lavoro ma anche le condotte commissive. *Contra* CARINCI, *op. cit.*, 961, la quale sostiene che non sarebbe integrata la fattispecie dell’art. 2 *bis* della legge in commento nel caso in cui il lavoratore autonomo protesti attraverso una condotta commissiva: il suddetto lavoratore non sarebbe titolare del diritto di azione ivi affermato.

⁵³⁶ Così si esprime l’art. 4, comma 4 secondo periodo della legge n. 146 del 1990 in tema di sanzioni.

⁵³⁷ Così art. 8 comma 1 della legge n. 146 del 1990.

⁵³⁸ PILATI, *op. cit.*, 139 ss.

⁵³⁹ In questo senso, ancora PILATI, *op. cit.*, 161 ss.

⁵⁴⁰ Per tali considerazioni, si rinvia al cap. I.

risulta però tesa a orientare le decisioni delle autorità statali, parlamentari e governative e, quindi, ha carattere prettamente ultra contrattuale⁵⁴¹.

Resta poi da capire se la protesta, al fine della sua inclusione nell'ambito di applicazione della legge, possa essere rivolta a obiettivi di carattere puramente politico o se sia necessario che gli scopi perseguiti siano anche economici, tendenti quindi a ottenere da parte della pubblica autorità interventi migliorativi – o impedire l'adozione di provvedimenti peggiorativi – che incidano sulle condizioni sociali ed economiche della categoria di appartenenza.

Alcuni commentatori, sulla base del dato testuale che parla di «proteste o rivendicazioni di categoria», hanno affermato che l'utilizzo della congiunzione disgiuntiva indicherebbe la volontà del legislatore di includere tra le azioni regolate dalla legge in esame anche quelle funzionali al raggiungimento di fini prettamente politici oltre a quelle rivolte a obiettivi politici economici⁵⁴².

Una diversa interpretazione riteneva che le iniziative riconosciute e regolate dalla l. 146 del 1990 fossero solamente quelle orientate a finalità di politica economica, ossia tese in maniera esclusiva alla salvaguardia delle condizioni lavorative della categoria in agitazione⁵⁴³. La finalità meramente politica dell'astensione collettiva era esclusa principalmente perché considerata uno strumento indebito per raggiungere un cambiamento legislativo o costituzionale, non mancando dei canali riconosciuti e dedicati proprio al raggiungimento di tale scopo⁵⁴⁴. Tale lettura restrittiva è stata poi smentita dall'applicazione pratica della disciplina in commento, la quale ha dimostrato che anche

⁵⁴¹ CARINCI, *op. cit.*, 976.

⁵⁴² CARUSO, NICOSIA, *op. cit.*, 32. Per tali autori è legittimamente esercitata l'astensione finalizzata ad entrambi gli obiettivi considerati. Gli A. escludono la legittimità dell'astensione solo in un caso, ossia quello del professionista eserciti abusivamente l'azione collettiva per pura strategia di difesa processuale: solo nel caso si dimostrasse un utilizzo simile il professionista sarebbe perseguibile penalmente *ex art.* 340 e 331 c.p. Oltre al dato testuale, sembra avallare tale conclusione anche la vicenda storica che ha portato alla sentenza n. 171 del 1996 e, quindi, alla novella n. 83 del 2000: in tale occasione, come abbiamo già diffusamente sottolineato nel cap. I, il *casus belli* fu una protesta motivata dalla volontà di influire sulle scelte di politica del diritto del legislatore.

⁵⁴³ CARINCI, *op. cit.*, 977 ma anche GIANFRANCESCO, *op. cit.*, 96 ss.

⁵⁴⁴ CARINCI, *op. cit.*, 978, la quale afferma che le astensioni dalle udienze degli avvocati finalizzate al perseguimento di obiettivi prettamente politici si collocano al di fuori della sfera di legittimità designata dall'art. 2 *bis*: per tali iniziative - anche se compiute nel rispetto delle regole della legge e dei codici di autoregolamentazione - tali soggetti potranno essere penalmente perseguiti *ex art.* 340 e 331 c.p., poiché attraverso la loro condotta hanno interrotto o anche solo turbato lo svolgimento di un servizio pubblico.

le manifestazioni di protesta proclamate a fini puramente politici devono considerarsi incluse nell'ambito di operatività della medesima normativa⁵⁴⁵.

Andando oltre alla delimitazione del perimetro di applicazione della disciplina, la novella n. 83 del 2000 subordina la legittimità delle iniziative dei lavoratori autonomi al rispetto delle «misure dirette a consentire l'erogazione delle prestazioni indispensabili» dei servizi pubblici essenziali individuati nel comma 1.

Anche per tali proteste, quindi, in caso di conflitto collettivo si renderà necessaria l'assicurazione di uno standard minimo di prestazione, allo scopo di bilanciare l'astensione collettiva con il godimento dei diritti primari da parte degli utenti, almeno nel loro contenuto essenziale. L'individuazione delle prestazioni indispensabili e la correlata operazione di contemperamento degli interessi in gioco però, non è compiuta direttamente dal legislatore all'interno della legge: l'art. 2 *bis* rinvia a tale scopo ai codici di autoregolamentazione, adottati dalle associazioni e dagli organismi di rappresentanza delle categorie interessate.

Nell'ipotesi di mancata adozione dei codici o di valutazione di idoneità dei medesimi da parte della Commissione di garanzia, quest'ultima è incaricata di deliberare una regolamentazione provvisoria, previa audizione delle parti interessate⁵⁴⁶.

Nell'ultima parte dell'articolo in commento il legislatore dimostra di aderire alle stringenti indicazioni espresse dalla Corte costituzionale nel dispositivo della sentenza n. 171 del 1996⁵⁴⁷. L'art. 2 *bis*, infatti, si chiude individuando il contenuto minimo di tali codici: questi ultimi dovranno «assicurare un livello di prestazioni compatibile con le finalità» di salvaguardia dei diritti costituzionalmente garantiti degli utenti, prevedere un termine di preavviso non inferiore a dieci giorni e indicare necessariamente la durata e delle motivazioni dell'astensione.

⁵⁴⁵ Si veda, a titolo di esempio, la recentissima proclamazione dello stato di agitazione della categoria forense finalizzata alla protesta contro il disegno di legge sulle modifiche organiche al codice penale e di procedura penale, poi sfociato nella legge del 23 giugno 2017, n. 103: nella delibera del 9 maggio 2017, consultabile in www.camerepenali.it, si legge chiaramente che tale protesta era diretta alla «sensibilizzazione dell'opinione pubblica e delle forze politiche sul metodo e sul merito della riforma, ponendo in essere quanto necessario alla instaurazione di un'immediata interlocuzione con il Governo».

⁵⁴⁶ L'art. 13 comma 1 lett. *a*, al quale l'art. 2 *bis* rinvia, stabilisce che la Commissione di Garanzia, prima di intervenire, debba considerare il parere delle organizzazioni dei consumatori e degli utenti interessati e operanti nel territorio di riferimento.

⁵⁴⁷ Vedi *supra*, par. 1.

In tale modo, la legge rinuncia ad effettuare direttamente l'operazione di bilanciamento e rimanda il contemperamento tra interessi e diritti contrapposti all'autonomia regolativa delle categorie interessate: le misure dirette ad assicurare l'erogazione delle prestazioni indispensabili devono essere individuate proprio all'interno dei codici di autodisciplina della categoria.

È necessario sottolineare come, in tale modo, la struttura "concertata" della legge n. 146 del 1990 venga in tal modo estesa anche alla gestione del conflitto del lavoro autonomo: i codici di autoregolamentazione sono chiamati a svolgere la funzione parallela rispetto ai contratti collettivi tra imprese somministratrici del servizio pubblico e organizzazioni sindacali rappresentative dei lavoratori previsti all'art. 2 comma 3 della legge n. 146 del 1990⁵⁴⁸.

I codici di autoregolazione cooperano con la legge in esame nel gestire il conflitto collettivo degli lavoratori autonomi addetti al servizio pubblico essenziale: quest'ultima fissa i principi generali mentre i codici di autodisciplina ne specificano i contenuti nel dettaglio⁵⁴⁹.

Dopo aver riconosciuto il valore dell'autonomia collettiva anche nell'ambito del lavoro autonomo, la legge le affianca, attribuendogli un ruolo centrale, la Commissione di garanzia⁵⁵⁰. Quest'ultima è l'autorità indipendente creata dalla legge n. 146 del 1990 al fine di sovrintendere alla corretta applicazione della normativa e di garantire l'effettuazione concreta del contemperamento tra esercizio del diritto di sciopero e i diritti costituzionalmente tutelati degli utenti⁵⁵¹.

⁵⁴⁸ In tale modo è superato l'elemento strutturale che ostacolava il raggiungimento di un accordo sulle prestazioni indispensabili e impediva, prima della declaratoria di illegittimità, l'estensione della legge n. 146 del 1990 anche ai lavoratori autonomi. FONTANA, *Modifiche ed integrazioni alla legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali*, in *Le nuove leggi civili commentate*, Cedam, 2000, 968. La legge n. 146 del 1990, come abbiamo visto *supra* al par. I, demandava alle norme del contratto collettivo l'individuazione delle prestazioni indispensabili da assicurare in costanza di sciopero dei lavoratori subordinati addetti al servizio pubblico; le disposizioni concepite in seno alla contrattazione collettiva, però, dovevano essere valutate idonee dalla Commissione di garanzia istituita dalla medesima legge: nel caso di inidoneità o di accordi collettivi non raggiunti, la stessa Commissione avrebbe dovuto adottare una regolamentazione provvisoria. Tale schema è stato esportato, dopo la novella n. 83 del 2000, anche al lavoro autonomo.

⁵⁴⁹ CAFAGGI, *Crisi della statualità, pluralismo e modelli di autoregolamentazione*, in *Pol. dir.*, 2001, 550.

⁵⁵⁰ Viene definita da PINO, *Manuale sul conflitto nei servizi pubblici essenziali*, Giappichelli, 2009, 25, il "fulcro" del sistema della legge in esame.

⁵⁵¹ PINO, *op. cit.*, 93.

Attraverso la novella del 2000 il raggio di azione dei suoi poteri è ampliato considerevolmente, non risultando più limitato allo sciopero ma essendo esteso ad ogni forma di conflitto collettivo.

In particolare, similmente a quanto previsto dall'art. 13 comma 1 lett. *a* della legge in questione con riferimento agli accordi collettivi del lavoro subordinato, la Commissione di garanzia, oltre alla promozione dei codici, è incaricata di compiere una valutazione dei medesimi in ordine alla loro idoneità al raggiungimento degli obiettivi perseguiti dal legislatore.

Tale valutazione di idoneità è condizione necessaria per l'efficacia dei codici di autoregolamentazione: in caso di giudizio negativo o di fronte all'inerzia degli interessati, alla Commissione è riconosciuto il potere di deliberare una regolamentazione provvisoria che sostituisca i codici nella individuazione delle prestazioni indispensabili. La disciplina in questione ha natura temporanea in quanto può dispiegare i suoi effetti solo per il tempo necessario all'adozione di un testo definitivo idoneo a garantire i contrapposti interessi in gioco⁵⁵².

La creazione di tale potere sostitutivo in capo alla Commissione è stata giustificata dall'intenzione di garantire il funzionamento del sistema, evitando di affidare la gestione del conflitto unicamente all'autoregolazione: l'autorità di vigilanza assume così un ruolo determinante, diretto ad assicurare, anche in caso di inerzia o incapacità nell'autodisciplinarsi delle parti interessate, la presenza effettiva di una regolamentazione al fine di preservare i diritti primari dell'utenza⁵⁵³.

⁵⁵² PONARI, *Le manifestazioni conflittuali del lavoro autonomo*, in *Le regole dello sciopero. Commento sistematico alla legge 83/2000*, a cura di Santoni, Jovene, 2001, 39.

⁵⁵³ Il legislatore ha così evitato la ripetizione dell'errore compiuto in passato, consistente nel lasciare il sistema senza regolamentazione. L'esperienza aveva provato che il riconoscimento di più ampi poteri alla Commissione, in un'ottica maggiormente "dirigista", era indispensabile: infatti, il sistema originariamente concepito dalla legge n. 146 del 1990, imperniato su un conflitto autoregolato con eventuali e provvisori interventi correttivi da parte della Commissione di garanzia si era rivelato nei fatti un fallimento. In questo senso, PONARI, *op. cit.*, 33;

5. La difficile fase di attuazione della legge n. 83 del 2000 e l'approvazione del codice di autoregolamentazione del 25 gennaio 2007. L'individuazione delle prestazioni indispensabili

La riforma n. 83 del 2000 affida l'operazione di contemperamento degli interessi in conflitto a più fonti regolative, chiamate a collaborare tra di loro: all'indomani della novella legislativa, però, il clima tra le diverse parti chiamate dalla legge suddetta a cooperare risulta tutt'altro che disteso. Infatti, prima di approdare al codice di autodisciplina attualmente in vigore, si è assistito a un lungo periodo di scontro tra Commissione di garanzia e le associazioni di rappresentanza della categoria forense. Queste ultime criticarono fortemente la legge n. 83 del 2000, considerandola come «liberticida» e finalizzata a «mettere un bavaglio all'avvocatura»: le maggiori resistenze si concentrarono sul riconoscimento da parte delle associazioni medesime del ruolo e

della competenza della Commissione di garanzia in tema di astensione collettiva dall'attività di udienza⁵⁵⁴.

Infatti, la diffidenza dimostrata dalle associazioni di categoria forense nei riguardi di quest'ultima ha radici profonde poiché, pur in assenza di una norma che le conferisse espressamente il potere di vigilare sulle astensioni collettive forensi, la Commissione intervenne in merito al fenomeno in epoca addirittura precedente alla sentenza n. 171 del 1996⁵⁵⁵.

Il primo scontro tra Commissione di garanzia e gli organismi di rappresentanza forensi si registrò in occasione della presentazione all'organo di vigilanza del primo codice di autoregolamentazione approvato dall'Organismo unitario dell'avvocatura, adottato il 19 gennaio 1996⁵⁵⁶.

L'art. 7 di tale codice, infatti, prevedeva la creazione di una commissione ad hoc e la nomina dei componenti della medesima da parte del Presidente della Commissione di garanzia istituita dalla legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali; oltre a non riconoscere quest'ultima quale organo incaricato della vigilanza, tale codice mirava a «riflettere le asserite peculiarità dell'astensione degli avvocati rispetto alle astensioni delle altre categorie di lavoratori, sia subordinati che autonomi»⁵⁵⁷ attraverso la diversa composizione dei membri, rispetto a quella prevista per la Commissione di garanzia prevista dalla legge n. 146 del 1990⁵⁵⁸.

⁵⁵⁴ Il malcontento della categoria a fronte dei contenuti della riforma si espresse anche attraverso la proclamazione di una protesta da parte dell'Organismo unitario dell'avvocatura. RUGA RIVA, *op. cit.*, 763.

⁵⁵⁵ Ci si riferisce alla delibera n. 183 del 15 giugno 1995, in *Arg. dir. lav.*, 1997, 337. Attraverso tale provvedimento, la Commissione di garanzia istituita dalla legge n. 146 del 1990 rivendica la propria competenza a intervenire in tema di astensione collettiva forense in ragione dell'essenzialità del ruolo degli avvocati nel funzionamento del servizio dell'amministrazione della giustizia e della capacità delle loro proteste di ledere i diritti costituzionali sottesi a tale servizio pubblico, qualificato come essenziale dalla legge medesima. In realtà, la Commissione è conscia della difficoltà di considerare il fenomeno come una delle manifestazioni del diritto *ex art.* 40 Cost. e del fatto che la legge medesima non fosse applicabile a tutte le azioni di autotutela collettiva ma solamente a quelle poste in essere nell'esercizio del diritto di sciopero. Di conseguenza, in tale occasione la delibera assume carattere solo interlocutorio, limitandosi in concreto a disporre la presentazione di una relazione volta a far conoscere i termini della problematica ai Presidenti delle Camere, ai sensi della versione originaria dell'art. 13 lett. *d* della legge 146 del 1990. MENGHINI, *op. cit.*, 313 ss; GIANFRANCESCO, *op. cit.*, 16, nota 35.

⁵⁵⁶ Consultabile in *Dir. pen. proc.*, 1996, 521 ss.

⁵⁵⁷ RUGA RIVA, *op. cit.*, 764.

⁵⁵⁸ La commissione prevista dal codice di autodisciplina in commento risultava composta da tre membri nominati dal Presidente della Commissione di garanzia di cui alla legge n. 146 del 1990 e scelti da terne di nominativi forniti dal Ministero di grazia e giustizia, dal Consiglio Nazionale Forense e dall'Organismo unitario dell'Avvocatura; la Commissione istituita dalla legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali,

Quest'ultima aveva rivendicato il potere di intervenire rispetto a un fenomeno che rimaneva ancora al di fuori dall'ambito di applicazione della legge n. 146 del 1990 ma che, al contempo, aveva dimostrato una considerevole potenzialità vulnerante rispetto i valori costituzionali garantiti dal medesimo provvedimento legislativo. In tale occasione, il codice di autodisciplina proposto dall'associazione di categoria fu giudicato inidoneo rispetto all'obiettivo di salvaguardia dei beni costituzionali primari sottesi al servizio pubblico essenziale coinvolto, ossia quello dell'amministrazione della giustizia. *In primis*, la Commissione considerò inaccettabile la richiesta di nominare un comitato di vigilanza ad hoc poiché in tal modo si sarebbe creato un organo superfluo, dotato di competenze concorrenti rispetto alle sue; inoltre, tale organo di vigilanza avrebbe tratto legittimità da una fonte diversa dalla legge, ossia da un codice di autoregolamentazione, reputato inidoneo a regolare le attribuzioni e competenze⁵⁵⁹.

Il codice in questione, poi, aveva previsto la comunicazione della durata e delle modalità delle astensioni nel momento di proclamazione della protesta medesima⁵⁶⁰. A tal riguardo, la Commissione di garanzia considerò alquanto lacunosa detta previsione poiché la durata dell'astensione avrebbe dovuto essere precisata *ex ante* dal codice di autoregolamentazione; inoltre, affermò la necessità di informare la suddetta disciplina al principio della progressività dell'azione di autotutela, il quale comporta astensioni distanziate nel tempo da un intervallo temporale apprezzabile, di durata sempre maggiore ma comunque sempre ragionevole⁵⁶¹.

In relazione al periodo di preavviso della protesta, all'art. 6 del codice di autodisciplina in commento era previsto che, salvo i casi di urgenza, la proclamazione dell'astensione dovesse essere comunicata al Ministro della giustizia almeno dieci giorni prima dell'inizio della medesima; la Commissione aveva reputato ragionevole la previsione del termine di dieci giorni, ma al contempo aveva precisato che l'inciso iniziale – che eccepiva i casi d'urgenza – avrebbe dovuto essere necessariamente interpretato in senso coincidente al dettato dell'art. 2 comma 7 della legge n. 146 del 1990, per il quale il

invece, è composta da esperti di diritto costituzionale, di diritto del lavoro, di relazioni industriali scelti dai Presidenti della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica.

⁵⁵⁹ MENGHINI, *op. cit.*, 322.

⁵⁶⁰ Così l'art. 3 comma 1 del codice. Tale regola presentava l'eccezione costituita dal caso in cui l'astensione fosse proclamata con urgenza: in tal caso, la medesima non avrebbe potuto superare i tre giorni.

⁵⁶¹ MENGHINI, *op. cit.*, 322.

preavviso poteva essere escluso solo «nei casi di astensione dal lavoro in difesa dell'ordine costituzionale, o di protesta per gravi eventi lesivi dell'incolumità e della sicurezza dei lavoratori».

Per quanto riguarda le prestazioni indispensabili da garantire nei procedimenti penali durante le astensioni collettive⁵⁶², il codice in esame le individuava all'art. 5, ampliando e specificando quelle indicate dall'art. 1 comma 2 lett. *a* della legge n. 146 del 1990⁵⁶³: il difensore non avrebbe potuto aderire all'astensione collettiva nei procedimenti relativi a imputati detenuti, in quelli relativi ai delitti di criminalità organizzata, nei procedimenti nei quali la prescrizione fosse maturata durante il periodo di astensione o nei successivi quarantacinque giorni, nonché nei procedimenti in cui il termine di custodia cautelare potesse scadere proprio durante il periodo di astensione.

L'adesione all'astensione era inoltre esclusa nei procedimenti e adempimenti per i quali fosse prevista la presenza del difensore, ancorché potessero essere compiuti anche in sua assenza, e, per ultimo, durante le indagini preliminari, con riferimento ad atti o attività essenziali ai fini della decisione sulla libertà personale dell'indagata e non differibili per la massima urgenza.

Nei commi successivi dell'art. 5, il codice in commento si occupava di imporre degli obblighi di informazione in capo al difensore, sia a carico di quello aderente all'astensione, sia di quello non astinente. Infatti, nel caso in cui l'astensione avesse gravemente determinato un pregiudizio alle parti, il difensore intenzionato ad aderire all'iniziativa avrebbe dovuto dare tempestivo e motivato avviso scritto al presidente del consiglio dell'ordine territorialmente competente e agli altri difensori delle attività che intendesse compiere. Parimenti, il difensore che non avesse voluto aderire all'astensione avrebbe dovuto informare preventivamente gli altri difensori costituiti o di cui conoscesse la presenza nel processo. Nel caso in cui gli altri difensori avessero preso parte alla protesta, il codice prevedeva l'obbligo per il difensore non astinente di evitare di compiere atti o adoperarsi affinché non fossero emessi dal giudice provvedimenti pregiudizievoli

⁵⁶² In generale, il codice in commento escludeva la facoltà dell'avvocato di aderire alle iniziative collettive proclamate dalla categoria qualora si ritenesse fosse fondamentale garantire una pronta definizione di determinate serie di controversie in materia penale, civile, amministrative, tributarie.

⁵⁶³ Il quale si riferisce ai «provvedimenti restrittivi della libertà personale ed a quelli cautelari ed urgenti nonché ai processi penali con imputati in stato di detenzione».

per le altre parti processuali: in questo modo, si cercava di evitare che il difensore astinente venisse pregiudicato dall'attività processuale svolta in sua assenza dal difensore non aderente alla protesta in accordo con il giudice⁵⁶⁴. La Commissione di garanzia censurò la previsione da parte del codice di autodisciplina di obblighi di condotta in capo al difensore non astinente: infatti, a quest'ultimo doveva essere riconosciuto il diritto di non prendere parte alla protesta e di proseguire la normale attività lavorativa, parendo inesigibili dei doveri di informazione che si ponessero come «una vera e propria prestazione personale»⁵⁶⁵.

Il secondo codice di autodisciplina, adottato dall'Organismo unitario dell'avvocatura e dall'Unione delle camere penali, fu giudicato altrettanto inidoneo dalla Commissione di garanzia, la quale, però, mostrò un atteggiamento più costruttivo e collaborativo: le associazioni promotrici del codice furono invitate a rivedere e a integrare la disciplina alla luce delle osservazioni compiute dalla Commissione e a ritrasmetterle una nuova versione corretta per una nuova valutazione⁵⁶⁶.

Rispetto al contenuto del primo codice è necessario sottolineare alcune novità.

In primis, le associazioni rappresentative rinunciarono a dotarsi di un organo di vigilanza appositamente dedicato alle astensioni collettive forensi sulla base della constatazione del pressoché impossibile accoglimento della proposta: infatti, come abbiamo visto, la Commissione di garanzia di cui alla legge n. 146 del 1990 rivendicava a sé il potere di sorveglianza in tema di astensioni collettive forensi. Un'altra novità riguardò le ipotesi di deroga del necessario rispetto del termine di preavviso di dieci giorni: le ipotesi di esclusione di tale obbligo ricalcarono i casi previsti dalla legge n. 146 del 1990 all'art. 2 comma 7, con l'aggiunta dell'ipotesi del pericolo di gravi attentati «alle garanzie essenziali del processo». Secondo la Commissione quest'ultima formula doveva intendersi come comprensiva delle ipotesi di «tutela dell'ordine costituzionale» e della reazione a «gravi attentati ai diritti fondamentali dei cittadini»: in questo modo, il preavviso era garantito nel caso in cui l'astensione avesse arrecato un pregiudizio per i

⁵⁶⁴ In questo senso, MENGHINI, *op. cit.*, 326.

⁵⁶⁵ A carico degli avvocati non astinenti avrebbero potuto essere formulati al massimo dei richiami agli obblighi professionali elencati nell'ordinamento deontologico, fermo restando la possibilità di questi ultimi di ricorrere attraverso i rimedi giurisdizionali avverso gli eventuali misure adottate arbitrariamente nei loro riguardi. MENGHINI, *op. cit.*, 324.

⁵⁶⁶ MENGHINI, *op. cit.*, 323.

meri interessi o prerogative dell'imputato, circoscrivendo le ipotesi di esclusione dell'obbligo di preavviso ai soli casi di lesione del diritto di difesa⁵⁶⁷.

Per quanto riguarda la determinazione delle prestazioni indispensabili, non vi furono apprezzabili novità rispetto alla regolazione precedente e la Commissione si espresse in maniera sostanzialmente positiva⁵⁶⁸; infine, riguardo alla posizione del difensore non astinente, il codice di autoregolamentazione continuò a imporre al medesimo obblighi di informazione preventiva agli altri difensori del procedimento e di non compiere, in assenza degli altri difensori aderenti alla protesta, atti pregiudizievoli nei confronti delle altre parti in causa; tali disposizioni furono fortemente criticate dalla Commissione per l'effetto di costringere il difensore che liberamente avesse deciso di non partecipare alla protesta a non svolgere le sue mansioni normalmente ma a comportarsi come se partecipasse alla protesta, essendo obbligato a condotte positive⁵⁶⁹.

Dopo aver superato definitivamente tutte le incertezze sull'applicabilità della legge n. 146 del 1990 anche all'astensione collettiva forense attraverso la legge n. 83 del 2000, finirono per dissiparsi i dubbi circa la possibilità della Commissione di garanzia di vigilare anche sulle suddette azioni di autotutela; ciononostante, nuovamente il suddetto organo giudicò inidoneo il codice approvato il 30 marzo 2000⁵⁷⁰, poiché sostanzialmente identico al codice di autodisciplina già presentato tre anni prima dalle medesime associazioni rappresentative.

In epoca successiva a questo episodio, attraverso l'applicazione dell'art. 13 lett. *a* della legge n. 146 del 1990, la Commissione sottopose agli organismi di rappresentanza della categoria, dopo una valutazione di inidoneità del codice di autoregolamentazione da loro presentato, una proposta contenente l'insieme delle prestazioni, delle procedure e delle

⁵⁶⁷ MENGHINI, *op. cit.*, 324.

⁵⁶⁸ La Commissione, al contempo, osservò in modo critico come la fonte autodisciplinare non fosse riuscita ad evitare un utilizzo abusivo delle astensioni collettive finalizzato a far decorrere i termini di prescrizione del reato o di custodia cautelare.

⁵⁶⁹ MENGHINI, *op. cit.*, 325. Il difensore sembra essere in questo senso obbligato a scioperare contro la sua volontà. L'A. osserva come tali imposizioni fossero contrarie al contenuto della sentenza n. 171 del 1996 poiché in tale pronuncia era stato affermato il diritto di astenersi come espressione delle libertà fondamentali affermate in Costituzione: di conseguenza, «non può essere ammissibile nessuna costrizione ad astenersi». Inoltre, è opportuno osservare che il codice di autoregolamentazione dovrebbe contenere la disciplina per coloro che scelgono di astenersi poiché il soggetto non astinente, proprio per il fatto di non aderire alla protesta, dovrebbe essere soggetto unicamente ai doveri consueti della sua normale attività professionale.

⁵⁷⁰ Consultabile in *Dir. giust.*, 2000, 13, 82.

misure indispensabili, da garantire quindi anche in costanza di astensione collettiva. Le associazioni, però, lasciarono decorrere invano il termine previsto di quindici giorni e si dimostrarono non disponibili ad interloquire sui contenuti del futuro codice di autodisciplina. Preso atto dell'inerzia delle parti coinvolte⁵⁷¹, la Commissione adottò la propria regolamentazione provvisoria, la quale avrebbe dovuto essere osservata dalle suddette parti fino al raggiungimento di una disciplina di autoregolamentazione valutata idonea.

Due disposizioni di tale temporanea disciplina colpiscono l'interprete: l'art. 2 comma 2, in particolare, per il contrasto con le censure formulate dalla medesima Commissione ai precedenti codici di autoregolamentazione. Quest'ultimo prevedeva, nell'ambito del procedimento penale, l'obbligo in capo al difensore di informare l'autorità giudiziaria e gli altri difensori costituiti della sua intenzione di non partecipare all'astensione collettiva indetta dalle associazioni di categoria. Tale disposizione creava una sorta di «presunzione di adesione»⁵⁷², la quale si poneva in diretto contrasto con l'orientamento giurisprudenziale largamente maggioritario che addossava lo speculare onere del difensore di comunicare tempestivamente la propria decisione di partecipare all'astensione collettiva⁵⁷³. Un'altra disposizione in evidente contrasto con il diritto vivente era quella contenuta nell'art. 2 comma 4, la quale escludeva l'operatività della «presunzione di adesione» sopra descritta per le udienze che possono celebrarsi anche senza la presenza difensore: la regola suddetta, quindi, aveva come presupposto la facoltà del difensore di aderire all'iniziativa collettiva anche nelle udienze camerali, dove la sua presenza era solo facoltativa. La giurisprudenza prevalente, come si vedrà nella prosecuzione del presente lavoro, aveva fino ad allora negato in modo compatto l'ammissibilità dell'adesione all'astensione collettiva del difensore nelle udienze a partecipazione non necessaria del difensore⁵⁷⁴.

⁵⁷¹ Spirati i 15 giorni, l'art. 13 comma 1 lett. *a* prevede che la Commissione debba verificare la definitiva indisponibilità delle parti a raggiungere un accordo tramite audizioni da svolgere entro il termine di venti giorni.

⁵⁷² Così verrà definita nella celebre sentenza Cass., Sez. Un., 29 settembre 2014, Lattanzio, cit. Per un esame approfondito della pronuncia, vedi nei par. succ.

⁵⁷³ Vedi a questo proposito Cass., 16 febbraio 1998, Natale, in *C.e.d.*, 209900.

⁵⁷⁴ Vedi par. 7.

Dopo una nuova delibera con la quale la Commissione sollecitava nuovamente le associazioni di categoria a dotarsi di una propria disciplina⁵⁷⁵, fu trasmesso da queste ultime il codice di autoregolamentazione che, il 25 gennaio 2007, fu giudicato idoneo dalla autorità di vigilanza poiché considerato conforme all'art. 2 *bis* della legge n. 146 del 1990 e agli orientamenti espressi precedentemente all'interno delle diverse delibere della Commissione medesima⁵⁷⁶.

L'articolo 2 al comma 1 del suddetto codice impone la comunicazione dell'avvenuta proclamazione della protesta collettiva a una pluralità di soggetti⁵⁷⁷, riservando una particolare premura al "pubblico", onde cercare, ove possibile, di creare il minor disagio possibile all'utenza.

Il comma 4 del suddetto articolo si occupa di delimitare temporalmente l'astensione in modo assai puntuale, fissando, da un lato, con l'esclusione della domenica e degli altri giorni festivi, in otto giorni consecutivi il termine massimo di durata dell'astensione dall'attività di udienza e, dall'altro, prevedendo un necessario preavviso di almeno dieci giorni oltre che degli intervalli minimi di quindici giorni tra un'astensione e l'altra.

L'art. 3 del codice disciplina le modalità di comunicazione dell'atto di adesione, le quali si pongono come alternative: in particolare, la decisione di aderire alla protesta di categoria deve essere dichiarata personale o tramite sostituto all'inizio dell'udienza o dell'atto di indagine preliminare, oppure comunicata almeno due giorni prima della data stabilita con atto scritto trasmesso, oltre che ai colleghi costituiti, alla cancelleria del giudice o alla segreteria del pubblico ministero, ove dovrà essere depositato.

⁵⁷⁵ La delibera della Commissione che contiene l'invito a superare il regime transitorio allora in vigore è consultabile in www.commissione-garanziasciopero.it.

⁵⁷⁶ Il codice di autoregolamentazione ancora oggi in vigore fu adottato il 4 aprile 2007 in concerto dall'Organismo unitario dell'avvocatura, dall'Unione nazionale camere civili, dall'Unione camere penali italiane, dall'Associazione italiana giovani avvocati, dall'Associazione nazionale forense; fu valutato idoneo dalla Commissione di garanzia con la delibera n. 749 del 13 dicembre 2007 e pubblicato in Gazzetta Ufficiale il 4 gennaio 2008.

⁵⁷⁷ Il primo periodo del comma 1 dell'art. 2 del codice in questione impone la necessità di informare il Presidente della Corte d'Appello, i dirigenti degli uffici giudiziari civili, penali, amministrativi, tributari coinvolti, il Ministero della Giustizia o l'altro Ministero interessato dalla protesta, la Commissione di garanzia di cui alla legge n. 146 del 1990 e il Consiglio nazionale forense. Tali obblighi di comunicazione sono volti, ovviamente, a consentire agli uffici giudiziari di predisporre adeguate misure finalizzate ad attenuare il più possibile i disagi al pubblico. Ai sensi del comma 3 del medesimo articolo si prevede che l'obbligo di avviso potrà non essere rispettato nei soli casi in cui l'astensione venga indetta in difesa dell'ordine costituzionale ovvero per gravi attentati ai diritti fondamentali dei cittadini e alle garanzie essenziali del processo, ai sensi dell'art. 2 comma 7 della legge n. 146 del 1990.

L'art. 3 comma 2 riconosce il diritto di astenersi a tutti i difensori costituiti nel procedimento, non solo al difensore dell'imputato⁵⁷⁸. Il diritto è quindi attribuito a prescindere dalla posizione processuale rivestita dalla parte rappresentata nel processo poiché il medesimo è legato alla condizione lavorativa dell'avvocato. Per questa via, si giunge al riconoscimento del diritto di astensione anche al difensore della persona offesa, che parte non è. La dichiarazione di astensione regolarmente manifestata da parte del difensore è idonea a produrre il rinvio dell'udienza anche nel caso in cui gli altri avvocati del medesimo procedimento non abbiano aderito alla protesta di categoria⁵⁷⁹. Il comma 3 della disposizione in esame, però, prevede la possibilità di separare la trattazione dell'udienza per le parti assistite da un legale che sceglie di non aderire alla protesta di categoria, prevedendo al contempo l'obbligo per quest'ultimo di avvertire gli altri colleghi interessati all'udienza o all'atto di indagine quanto prima, e comunque almeno due giorni prima della data stabilita, oltre ad essere tenuto a non compiere atti pregiudizievoli per le altre parti in causa.

Il vero fulcro del codice risiede, come è intuibile, nella disposizione dedicata all'individuazione delle prestazioni indispensabili che debbono essere garantite in costanza di astensione collettiva: l'art. 4 si occupa di definire nell'ambito del procedimento penale quali prestazioni devono essere obbligatoriamente assicurate in caso di conflitto collettivo. È possibile distinguere tra due categorie di situazioni, disciplinate diversamente: quelle caratterizzate da urgenza ovvero le ipotesi di procedimento con imputato *in vinculis*. Nel primo caso, l'adesione è vietata *sic et simpliciter*; nel secondo, il riconoscimento dell'adesione e il conseguente rinvio dell'udienza sono condizionati dal consenso dell'imputato in stato di custodia cautelare o detenzione. In particolare, Alla lett. a del comma 1 dell'art. 4 il codice sancisce un divieto assoluto per il difensore di aderire all'astensione collettiva in caso di atti non rinviabili, come quelli di perquisizione e sequestro, o in ipotesi di procedimenti connotati da un certo grado di urgenza, come il

⁵⁷⁸ Può essere esercitato, ai sensi del 4 comma del medesimo articolo, sia dal difensore di fiducia dell'imputato che da quello assegnatogli d'ufficio.

⁵⁷⁹ In tale passaggio, il codice afferma che la dichiarazione di astensione costituisce legittimo impedimento anche qualora gli altri avvocati del medesimo procedimento scelgano di non aderire alla protesta. Come abbiamo appurato nel corso della trattazione, l'accostamento tra l'istituto dell'astensione e del legittimo impedimento deve considerarsi impropria.

giudizio direttissimo, l'incidente probatorio e il compimento di atti *ex art. 467 c.p.p.*⁵⁸⁰. Siffatto divieto di astensione si estende anche ai procedimenti nei quali il reato per cui si procede è prossimo a prescrivere, e alle udienze nelle quali si discute la libertà personale dell'indagato o imputato, come quelle di convalida di fermo o arresto e quelle relative all'applicazione di misure cautelare e gli interrogatori di garanzia.

La disposizione prosegue con la lett. *b* nel prevedere una preclusione stavolta relativa all'adesione all'astensione collettiva: quest'ultima non è possibile anche nei procedimenti o processi con indagato o imputato in condizioni di custodia cautelare o detenzione, solo qualora, però, sia lo stesso indagato o imputato a chiedere espressamente che si proceda malgrado l'astensione del difensore. Tale disposizione – la quale ricalca il contenuto dell'art. 420 *ter* c.p.p. – impone al difensore di fiducia o d'ufficio che vorrebbe astenersi ad assicurare la propria prestazione professionale: in caso contrario, l'adesione del difensore compiuta malgrado la richiesta di prosecuzione dell'indagato o imputato non sarebbe legittima e andrebbe incontro alle sanzioni previste dal codice medesimo. L'imputato *in vinculis*, di conseguenza, dovrebbe essere informato tempestivamente dal proprio difensore dell'intenzione di astenersi; sul punto, però, il codice di autoregolamentazione inespugnabilmente tace, non prevedendo alcun obbligo di comunicazione in capo all'avvocato nei confronti del proprio assistito. Nonostante tale silenzio, il suddetto dovere di informazione deve ritenersi implicitamente previsto, in quanto solo in tal modo si rende possibile la manifestazione di dissenso dell'imputato e l'eventuale revoca del mandato⁵⁸¹.

⁵⁸⁰ Vedi Cass., 22 marzo 2017, Drago, in *C.e.d.*, 269667.

⁵⁸¹ Già prima dell'avvento del codice di autoregolamentazione, la giurisprudenza aveva avvertito la necessità di un obbligo in capo all'avvocato di comunicare al cliente la volontà di aderire alla manifestazione: si veda Cass., 11 maggio 1998, Sileno, in *Cass. pen.*, 1998, 3490; Cass., 16 febbraio 1998, Natale, *ivi*, 1998, 1499; Cass., 5 aprile 1996, Chillocci, *ivi*, 2746.

6. Il valore e l'efficacia del codice di autoregolamentazione di cui all'art. 2 *bis* della l. 12 giugno 1990, n. 146 sotto la lente delle Sezioni Unite Lattanzio

Al codice di autoregolamentazione deve essere riconosciuto il merito di aver tracciato con precisione il perimetro di legittimità dell'adesione del difensore all'astensione collettiva: infatti, quest'ultimo ha individuato i casi in cui tale adesione è preclusa all'avvocato in considerazione della necessità di assicurare un livello minimo del servizio pubblico in questione – costituito dalla funzione giurisdizionale – al fine di non pregiudicare irrimediabilmente i diritti primari e fondamentali dei cittadini coinvolti nel procedimento.

Il difensore che dimostra di non rispettare le prescrizioni e gli adempimenti previsti dal codice di autodisciplina si vedrebbe inevitabilmente respingere la richiesta di rinvio dell'udienza: in tal caso, infatti, il medesimo non è riconosciuto quale soggetto titolare del diritto di azione collettiva.

Infatti, a seguito del riconoscimento dell'idoneità del codice da parte della Commissione di garanzia di cui alla legge n. 146 del 1990, il rispetto dei presupposti fissati all'interno del medesimo è stato considerato dalla giurisprudenza successiva la «precondizione (...) per la sussistenza del diritto» di astensione in capo al difensore, il quale, attraverso l'istanza di rinvio, dimostra di voler esercitare⁵⁸².

La constatazione per la quale l'osservanza delle prescrizioni e dei limiti fissati dalla normativa disciplinare rappresenta il requisito di legittimità dell'adesione all'astensione,

⁵⁸² Cass., 12 luglio 2013, Cartia, in *C.e.d.*, 256336.

però, non esaurisce il tema del rapporto tra libertà di astenersi e progressione del procedimento penale: infatti, permanevano alcuni dubbi sul fatto che la normativa emanata in epoca successiva alla sentenza n. 171 del 1996 avesse lasciato o meno intatto il potere del giudice di regolare lo svolgimento del processo secondo i canoni dell'ordinamento processuale.

Se la portata precettiva delle norme contenute nel codice suddetto nei confronti degli avvocati non era posta in discussione⁵⁸³, non poteva dirsi altrettanto circa l'efficacia vincolante dei codici di autodisciplina nei confronti del giudice. Non risultava chiaro, infatti, se quest'ultimo fosse tenuto ad attenersi alle prescrizioni generate dall'autoregolamentazione di categoria, concedendo senz'altro il rinvio dell'udienza o rigettando l'istanza sulla base delle medesime, ovvero, al contrario, se residuasse in capo al medesimo giudice uno spazio di libero apprezzamento per valutare in modo autonomo la situazione peculiare del caso concreto. In quest'ultimo caso, il giudice avrebbe potuto discostarsi dalle previsioni del codice di autoregolamentazione allorché avesse ritenuto prevalente delle esigenze di giustizia presenti nella fattispecie concreta, ritenendo ad esempio prevalente l'interesse alla prosecuzione del giudizio rispetto al contrapposto diritto del difensore ad aderire all'iniziativa della categoria di appartenenza.

Rispetto al quesito incentrato sulla sussistenza di un obbligo in capo al giudice di uniformarsi alla normativa autodisciplinare, si pone come logicamente presupposta la questione della natura giuridica e dell'efficacia – vincolante nei confronti dei soli appartenenti alla categoria o *erga omnes* – del codice di autoregolamentazione giudicato idoneo dalla Commissione di garanzia nel 2007; è necessario, quindi, preliminarmente accertare l'esatta collocazione del suddetto codice, all'interno delle fonti del diritto, al fine di appurare il grado di vincolatività delle disposizioni contenute all'interno della normativa di autoregolamentazione nei confronti del giudice.

Secondo una prima opinione, il codice di autoregolamentazione è atto vincolante per i soli associati: si tratta, quindi, di una normativa priva della forza di propagarsi verso

⁵⁸³ I soggetti in questione infatti facevano parte della categoria che aveva contribuito alla creazione della fonte normativa medesima. Tale normativa, infatti, è generata dall'associazione rappresentativa della categoria e, di conseguenza, deve presumersi l'accettazione della medesima da parte degli avvocati rappresentati dalle associazioni che l'hanno emanata.

l'esterno, avente un effetto necessariamente circoscritto ai componenti della categoria che l'ha adottata⁵⁸⁴.

Di conseguenza, le disposizioni del codice non avrebbero la forza necessaria per obbligare gli altri soggetti dell'ordinamento: secondo tale visione, in particolare, il giudice non sarebbe legato dalle prescrizioni fissate dall'avvocatura per autodisciplinare le proprie manifestazioni di protesta collettiva. Al contrario, quest'ultimo potrebbe «autonomamente procedere al bilanciamento degli interessi in gioco», in quanto «il codice di autoregolamentazione è un atto che vincola i soli associati»⁵⁸⁵. Tale giurisprudenza pare la pedissequa ripetizione delle affermazioni compiute precedentemente dalla Corte Suprema in merito ai codici di autoregolamentazione delle associazioni rappresentative forensi emanati sotto il vigore della legge n. 146 del 1990⁵⁸⁶. Tali codici erano pacificamente considerati a quell'epoca fonte di impegno unilaterale da parte della categoria che se ne dotava, utilizzabili dal giudice come un eventuale e facoltativo parametro di riferimento nell'effettuazione dell'operazione di contemperamento degli opposti interessi⁵⁸⁷.

Tale opinione, però, non pare tener debitamente conto delle innovazioni apportate dall'entrata in vigore della legge n. 83 del 2000 e della conseguente emanazione della regolamentazione provvisoria e, successivamente, del codice ritenuto idoneo dalla Commissione di garanzia.

Le affermazioni contenute nella sentenza n. 171 del 1996 e, ancor di più, i contenuti del conseguente intervento legislativo n. 83 del 2000 portarono una parte consistente della giurisprudenza a un profondo ripensamento circa l'efficacia dei codici in questione: la Corte Suprema a Sezioni Unite affermò che l'autoregolamentazione in tema di astensione

⁵⁸⁴ Cass., 19 aprile 2013, Di Giorgio, in *C.e.d.*, 255937; Cass., 29 maggio 2009, Frediani, *ivi*, 244785.

⁵⁸⁵ Cass., 19 aprile 2013, Di Giorgio, *cit.*; in tale occasione, la Corte Suprema afferma che il giudice, nel valutare le circostanze che, rendendo urgente la trattazione, impediscono l'accoglimento di una richiesta di rinvio del dibattimento motivata dall'adesione all'astensione dalle udienze proclamata dalla categoria, non è soggetto ai principi fissati dall'avvocatura per autodisciplinare l'astensione medesima.

⁵⁸⁶ Tali atti, ritenuti obbligatori solo i soggetti della categoria che avevano creato tale disciplina, non erano considerati vincolanti nei confronti del giudice destinatario della richiesta di rinvio, assoggettato solamente agli obblighi discendenti dall'ordinamento processuale. Così Cass., 21 gennaio 1999, Nava, in *C.e.d.*, 212952 riferendosi al codice di autoregolamentazione adottato in quell'epoca ma poi dichiarato inidoneo dalla Commissione, come si è visto nel par. precedente.

⁵⁸⁷ CAGNANI, *L'avvocatura offre piena collaborazione per predisporre la nuova disciplina*, in *Guida dir.*, 1996, fasc. 24, 51.

collettiva degli avvocati, emanato ai sensi della legge n. 146 del 1990 così come novellata dalla legge n. 83 del 2000, aveva assunto «valore di normativa secondaria»⁵⁸⁸.

Attraverso tale decisione, la Suprema Corte dimostrava di ritenere che il codice, una volta giudicato idoneo dalla Commissione di garanzia, fosse idoneo a realizzare concretamente il bilanciamento con i diritti della persona costituzionalmente tutelati *ex art. 1* della legge n. 146 del 1990.

Tale filone interpretativo andò poi a consolidarsi in numerose sentenze successive che riconobbero il ruolo di fonte regolatrice della materia al codice e iniziarono a utilizzare le disposizioni ivi contenute per decidere in ordine all'accoglimento o al rigetto della richiesta di rinvio fondata sull'adesione del difensore alla protesta collettiva di categoria. Il valore di normativa secondaria, infatti, imponeva al giudice di rigettare le richieste di differimento dell'udienza avanzate nelle ipotesi di divieto contemplate nel codice di autodisciplina giudicato idoneo dalla Commissione di garanzia nel 2007⁵⁸⁹. In tali casi, infatti, la pretesa di astenersi dall'udienza dell'avvocato non trovava una valida "copertura" normativa nella disciplina regolamentare, risolvendosi così in una mera iniziativa individuale dell'avvocato, inidonea a integrare esercizio del diritto all'astensione collettiva dalle udienze⁵⁹⁰.

⁵⁸⁸ Cass., Sez. Un., 30 maggio 2013, Ucciero, in *Giur. it.*, 2013, 1496 con nota di FUMU, *Legittimo impedimento del difensore*.

⁵⁸⁹ A titolo esemplificativo, si rimanda alla sentenza Cass., 12 luglio 2013, Notarianni, in *C.e.d.*, 256444: nel corso di ricorso cautelare in Corte di cassazione *ex art. 311 c.p.p.*, avente a oggetto l'applicazione della misura cautelare del sequestro preventivo, il difensore dell'imputato avanzò una richiesta di sospensione motivata dalla volontà del medesimo di esercitare il diritto di astenersi, rigettata dal giudice sulla base dell'art. 4 del codice di autoregolamentazione del 2007, il quale, come abbiamo visto in precedenza (vedi par. precedente) esclude la possibilità di adesione nelle udienze «afferenti misure cautelari». Quest'ultima formula è stata letta dalla Corte medesima estensivamente, ossia come comprensiva, oltre che delle misure cautelari personali – incidenti sul diritto di libertà personale *ex art. 13 Cost.* – anche delle misure di natura reale come il sequestro preventivo. Sul punto, vedi par. succ.; In altra occasione, la Corte ha rigettato l'istanza di differimento dell'udienza sulla base dell'art. 4 comma 1 lett. *a* del codice di autodisciplina poiché il giudizio che si stava svolgendo davanti alla cassazione si sarebbe prescritto nei successivi 90 giorni: Cass., 12 luglio 2013, Cartia, cit.

⁵⁹⁰ Così Cass., 12 luglio 2013, Cartia, cit. Le disposizioni regolamentari furono utilizzate in giurisprudenza oltre che per motivare il rigetto delle istanze di rinvio avanzate, anche per sorreggere decisioni di senso opposto: in una pronuncia, in particolare, è stato riconosciuto il diritto di astensione in capo al difensore in un'ipotesi fino ad allora esclusa tassativamente dal diritto vivente. Ci si riferisce al riconoscimento del diritto di astenersi e, quindi, del diritto al rinvio, anche all'interno delle udienze camerali, avvenuta con la sentenza Cass., 24 ottobre 2013, S., in *C.e.d.*, 258336; in tale occasione, i giudici di legittimità affermarono che la disciplina delle astensioni collettive dovesse essere ricercata unicamente nella fonte, di rango sub legislativo, costituito dal codice di autoregolamentazione. Per una trattazione più approfondita di tale argomento, si veda il par. 7.

Nella fondamentale sentenza della Suprema corte a Sezioni Unite Lattanzio è confermata la soluzione fornita in precedenza⁵⁹¹ e, in particolare, il principio secondo il quale il codice di autoregolamentazione giudicato idoneo dalla Commissione di garanzia nel 2007, pubblicato in Gazzetta ufficiale e attualmente in vigore «contiene una normativa di valore secondario, o regolamentare, che ha efficacia obbligatoria per tutti i soggetti dell'ordinamento, ed in primo luogo, quindi, nei confronti del giudice», il quale è tenuto ad applicarla e a rispettarla⁵⁹².

L'autodisciplina di categoria non avrebbe, *ex se*, tale valore precettivo⁵⁹³: quest'ultimo costituisce la conseguenza principale dell'operazione legislativa compiuta attraverso le modifiche apportate alla disciplina dello sciopero nel settore dei servizi pubblici dalla legge n. 83 del 2000. L'art. 2 *bis* del citato provvedimento legislativo, infatti, ha svolto un ruolo di «norma sulla produzione», in particolare «sulla fonte secondaria di disciplina delle misure dirette a consentire l'erogazione delle prestazioni indispensabili» individuate nell'art. 1 comma 2 della legge n. 146 del 1990.

Il legislatore del 2000, infatti, oltre a porre la disciplina generale dell'astensione collettiva dei lavoratori autonomi, professionisti e piccoli imprenditori nel settore dei servizi pubblici essenziali, aveva contemporaneamente demandato ai codici di autoregolamentazione – fonte specifica e appositamente creata – il compito di produrre la disciplina secondaria o di dettaglio⁵⁹⁴.

Per questo motivo, la Corte Suprema ha affermato che le norme contenute nel codice di autoregolamentazione devono essere considerate a tutti gli effetti disposizioni poste da una fonte «di diritto oggettivo»⁵⁹⁵, rientranti, quindi, nell'ambito di quelle norme di legge

⁵⁹¹ Cass., Sez. Un., 30 maggio 2013, Ucciero, cit.

⁵⁹² Cass., Sez. Un., 29 settembre 2014, Lattanzio, cit.

⁵⁹³ Prima che possa dirsi perfezionato l'iter *procedimentale* descritto all'art. 2 *bis* – ossia prima di ricevere la patente di idoneità dalla Commissione di garanzia – deve ritenersi che i codici di autodisciplina rivelino tutt'al più quale parametro di riferimento eventuale per l'individuazione delle prestazioni indispensabili da garantire in costanza di sciopero. In questo senso, PINO, *op. cit.*, 44.

⁵⁹⁴ Tali codici assumono una funzione complementare, regolativa delle misure dirette ad assicurare l'erogazione di prestazioni indispensabili in costanza di astensione collettiva, svolgendo un ruolo parallelo a quello assunto, nell'ambito del lavoro subordinato, dai contratti collettivi. Così Cass., Sez. Un., 29 settembre 2014, Lattanzio, cit.

⁵⁹⁵ Secondo MODUGNO, *Fonti del diritto*, in *Dig. disc. publ.*, I, Utet, 2010, 192, tale espressione indica «l'insieme delle norme costitutive in un dato ordinamento giuridico».

considerate dall'art. 101 Cost. comma 2 Cost. alle quali «il giudice, proprio in forza di tale disposizione costituzionale, è sicuramente soggetto»⁵⁹⁶.

L'efficacia *erga omnes* dei codici discende, inoltre, dal contenuto dell'art. 2 *bis* della legge n. 83 del 2000, il quale mantiene «fermo quanto previsto dal comma 3 dell'art. 2»: in questo modo, anche i lavoratori autonomi e le loro associazioni sono assoggettati all'obbligo sancito all'interno di quest'ultima disposizione di assicurare l'erogazione delle prestazioni indispensabili e di rispettare il contenuto dell'art. 2 comma 2, al cui interno spicca il riferimento ai codici di autoregolamentazione⁵⁹⁷. L'efficacia *erga omnes* del codice di autodisciplina è poi confermata ulteriormente dalla previsione contenuta dall'art. 4 comma 4 secondo periodo del codice, nella parte in cui prevede delle sanzioni in caso di violazione delle prescrizioni ivi contenute: significativamente, la natura di tali sanzioni non è endo-sindacale, bensì amministrativa pecuniaria⁵⁹⁸.

Le affermazioni contenute nella pronuncia in commento invitano alla riflessione circa il ruolo rivestito dalla Commissione di garanzia: infatti, nell'ambito dell'art. 2 *bis* della legge n. 146 del 1990, inserito dalla legge n. 83 del 2000, la delibera di idoneità del codice di autodisciplina di competenza della medesima Commissione risulta l'elemento centrale da cui discende direttamente la forza precettiva alle disposizioni di

⁵⁹⁶ Cass., Sez. Un., 29 settembre 2014, Lattanzio, cit. Secondo i giudici di legittimità, infatti, le norme poste dal codice avevano tutte le caratteristiche che, nel nostro ordinamento, contraddistinguono le norme poste da una fonte di diritto oggettivo: *in primis*, in relazione alle medesime si applica il principio *iura novit curia*, in ossequio al quale il giudice ha l'obbligo di conoscerle indipendentemente dall'onere di allegarle delle parti. Infatti, quest'ultimo principio era stato applicato nelle decisioni in cui era stato riconosciuto alle norme del codice il valore di norma secondaria: in tali occasioni queste ultime erano state applicate dal giudice d'ufficio al fine di rigettare la richiesta avanzata dal difensore. Leggi, ad esempio, Cass., 12 luglio 2013, Notarianni, cit. e Cass., 12 luglio 2013, Cartia, cit. In secondo luogo, una conferma sulla natura di norme di diritto oggettivo delle disposizioni del codice di autodisciplina è fornita dalla considerazione della possibilità di ricorrere per cassazione a seguito della loro violazione ai sensi dell'art. 111 comma 7 Cost. e dell'art. 606 comma 1 lett. *b* c.p.p.; in particolare, la Corte precisa che l'eventuale annullamento del provvedimento non dovrà essere pronunciato per vizio di motivazione *ex art.* 606 comma 1 lett. *e* c.p.p. ma per l'inosservanza o erronea applicazione di norme giuridiche di cui si deve tenere conto nell'applicazione della legge penale. Infine, i criteri utili all'interpretazione per le disposizioni contenute nel codice di autodisciplina sono quelle contenute nell'art. 12 delle preleggi e non secondo quelle valevoli per gli atti e gli accordi collettivi di diritto privato.

⁵⁹⁷ Si dimostra adesivo rispetto all'opinione della Corte Suprema che riconosce vincolatività *ex lege* del codice di autodisciplina in virtù del rinvio dell'art. 2 *bis* all'art. 2 comma 3, che a sua volta rimanda all'art. 2 comma 2, quinto periodo, PILATI, *Il conflitto collettivo nell'area del lavoro autonomo*, in *La nuova disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali*, a cura di Pascucci, Ipsoa, 2000, 84 ss.

⁵⁹⁸ Le sanzioni sono irrogate in caso di violazione delle disposizioni del codice di cui all'art. 2 *bis* oltre che in qualsiasi altra ipotesi di violazione dell'art. 3 comma 2; queste ultime sono deliberate dalla Commissione di garanzia e applicate con ordinanza della Direzione provinciale del lavoro.

autoregolamentazione⁵⁹⁹. La valutazione di idoneità consiste nella verifica da parte della Commissione della capacità del codice di autodisciplina di assicurare il contemperamento dell'esercizio del diritto di astensione con il godimento dei diritti della persona, costituzionalmente tutelati, in modo da assicurare l'effettività, nel loro contenuto essenziale, dei diritti medesimi. Tale delibera integra l'atto finale di un procedimento che conferisce al codice di autoregolamentazione un valore normativo, e ha l'effetto di trasformare un mero atto unilaterale di assunzione di responsabilità della categoria – incapace di esplicare forza vincolante nei confronti degli altri consociati – nella «disciplina generale del settore»⁶⁰⁰. È necessario sottolineare come la Commissione sia stata investita di un inedito potere normativo nell'ipotesi di completa inerzia delle associazioni rappresentative o di insufficienza degli sforzi delle medesime: infatti, l'organo di vigilanza è investito della facoltà di emanare una regolamentazione provvisoria, idonea a surrogare e sostituire il codice ritenuto inidoneo o mancante.

Il riconoscimento di una simile competenza conferma la pregnanza centrale dell'intervento di Commissione⁶⁰¹: l'interprete non può che interrogarsi sull'opportunità della scelta del legislatore ordinario di conferire a tale organo un «ruolo di fonte normativa sub primaria», in grado di concepire norme vincolanti nei confronti di tutti i soggetti dell'ordinamento⁶⁰².

Tale soluzione, a fronte del fallimento del sistema precedente incentrato unicamente sull'autoregolamentazione di categoria, è parsa una soluzione obbligata e l'unica possibile: solo riconoscendo efficacia *erga omnes* alla normativa in commento, infatti, sarebbe stato possibile garantire all'utenza del servizio essenziale in questione, ossia

⁵⁹⁹ La successiva pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della delibera è visto come un rafforzamento dell'efficacia generale riconosciuta al codice dalla Commissione attraverso la delibera di idoneità: ha la funzione di renderlo conoscibile oggettivamente e, quindi, opponibile a tutti: così PINO, *op. cit.*, 96. Nel senso che sia la delibera di idoneità a conferire efficacia *erga omnes* al codice, *ex multis*, NOGLER, *op. cit.*, 87; GRAGNOLI, *Sciopero nei servizi pubblici essenziali ed efficacia soggettiva dei contratti sulle "prestazioni indispensabili"*, in *Arg. dir. lav.*, 1997, 152; D'ATENA, *L'efficacia degli accordi contemplati dalla legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali*, in *Giur. cost.*, 1996, 3024.

⁶⁰⁰ PINO, *op. cit.*, 96.

⁶⁰¹ L'intervento della Commissione è riconosciuto «come esercizio di un potere di regolazione espressamente conferito dal legislatore e, quindi, rafforzato nella sua autorevolezza». Così TREU, *Il conflitto e le regole*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2000, 285 ss.

⁶⁰² Cass., Sez. Un., 29 settembre 2014, Lattanzio, cit.

quello della giustizia, un livello sufficiente di prestazioni in costanza di astensione collettiva forense⁶⁰³.

Sempre con riferimento all'individuazione della posizione occupata, all'interno del nostro ordinamento, dal codice di autoregolamentazione ritenuto idoneo dalla Commissione di garanzia ai sensi della legge n. 146 del 1990, è necessario a questo punto chiarire quale rapporto intercorra tra quest'ultimo e il codice di procedura penale in vigore. In particolare, si cerca di capire quale norma debba applicarsi in ipotesi di contrasto tra contenuto di una norma del codice di autodisciplina e quello di una disposizione del codice di rito⁶⁰⁴.

La soluzione a tale quesito è stata ricercata allontanandosi dal criterio gerarchico tra le diverse fonti: infatti, come abbiamo appena visto, le disposizioni dell'autodisciplina costituiscono normativa regolamentare, di rango secondario rispetto a quelle di legge ordinaria e, di conseguenza, l'applicazione del suddetto criterio sancirebbe una sicura soccombenza di tale normativa a favore di quella codicistica.

Il diverso criterio eletto al fine di definire il rapporto tra le diverse fonti è quello di specialità o di competenza, in considerazione della significativa scelta compiuta dal legislatore ordinario attraverso la legge n. 83 del 2000 di attribuire la specifica competenza a regolare la peculiare materia delle astensioni collettive forensi proprio al codice di autoregolamentazione.

Per questo motivo, le disposizioni di tale codice si atteggiano come norme speciali rispetto alle norme generali contenute dal codice di procedura penale⁶⁰⁵. Per questa via,

⁶⁰³ Secondo PONARI, op. cit., 36 ss.; PILATI, *Il conflitto collettivo nell'area del lavoro autonomo*, cit., 84 ss. il sistema antecedente era strutturalmente privo degli strumenti necessari per garantire il funzionamento dei pubblici servizi essenziali in caso di astensioni collettive dei lavoratori autonomi. La stessa Corte costituzionale, nella fondamentale sentenza n. 171 del 1996, rilevò i limiti intrinseci della normativa autoregolamentare emanata fino ad allora, invitando il legislatore all'emanazione di una disciplina che, quindi, possedesse una forza generale, non limitata ai soli associati. Vedi Corte cost., 27 maggio 1996, n. 171, cit.

⁶⁰⁴ Tale contrasto è stato ipotizzato riguardo i riti camerati a partecipazione facoltativa del difensore, come vedremo più approfonditamente nel par. succ.

⁶⁰⁵ Già in Cass., 12 luglio 2013, Cartia, cit., si era affermata la prevalenza della disposizione regolamentare dell'art. 4 del codice di autoregolamentazione vigente sull'art. 159 comma 1 n. 3 c.p., ritenendo che la norma speciale debba essere applicata in luogo di quella generale. Il principio è stato poi fissato all'interno della fondamentale sentenza Cass., Sez. Un., 29 settembre 2014, Lattanzio, cit.; in tale occasione, infatti, le Sezioni Unite, pronunciandosi sull'ammissibilità della presentazione dell'istanza di rinvio dell'udienza motivata dall'adesione del difensore all'iniziativa collettiva di categoria, hanno affermato che in tal caso dovesse trovare applicazione – in base ai criteri di specialità e di competenza – la norma posta dalla fonte

si arriva a escludere categoricamente l'applicazione, anche in via analogica, delle disposizioni del codice di procedura penale alla materia dell'astensione collettiva forense. L'implicazione principale di tali affermazione è costituita dal fatto che, di norma, sia impossibile configurare una «antinomia reale» tra norma del codice di autoregolamentazione e disposizione del codice di procedura penale, in quanto un contrasto non è logicamente né giuridicamente ipotizzabile, dato che le due fonti prendono in considerazione materie, situazioni, fattispecie differenti e corrono, di conseguenza, su due binari paralleli⁶⁰⁶.

Le ipotesi, invero assai limitate, in cui potrebbe dirsi integrata una vera e propria antinomia sono limitate ai casi in cui il contrasto tra le due norme sia talmente puntuale da non potersi applicare il principio di specialità o competenza. La disposizione del codice di procedura penale dovrebbe risultare diretta inequivocabilmente a disciplinare – non la generalità dei rapporti processuali, ma – lo specifico fascio di rapporti contemplati dalla disciplina speciale. In tali casi, quindi, dovrebbe emergere espressamente l'intenzione del legislatore ordinario di sottrarre alla disciplina speciale la regolamentazione dell'astensione forense al fine di assoggettarla a quella, di carattere generale, contenuta nel codice di rito: solamente in presenza di tali condizioni, la disciplina della normativa

speciale e competente a regolare la specifica materia, ossia, attualmente, dall'art. 3, del vigente codice di autoregolamentazione, il quale prevede che l'atto contenente la dichiarazione di astensione sia trasmessa o depositata nella cancelleria del giudice o nella segreteria del pubblico ministero. La formulazione dell'art. 3 risulta comprensiva di qualsiasi modalità di trasmissione della dichiarazione, anche diversa dal tradizionale deposito, che assicuri la provenienza della medesima dal difensore e l'arrivo in cancelleria o in segreteria. Il principio di specialità è stato successivamente utilizzato da Cass., Sez. Un. 30 ottobre 2014, Guerrieri, cit.

⁶⁰⁶ In considerazione del carattere procedurale che dimostrano le norme del codice di autoregolamentazione laddove individuano le «attività processuali indispensabili ed urgenti» e disciplinano «la partecipazione al processo di soggetti necessari, quali i difensori, e l'esercizio del diritto di difesa» non pare logico ritenere che queste ultime non siano suscettibili di applicazione in caso di incoerenza rispetto alle disposizioni del codice di procedura penale. Ovviamente, deve reputarsi “fisiologico” che le disposizioni di autoregolamentazione non siano perfettamente sovrapponibili a quelle del codice di rito, in considerazione della loro finalità di fornire, in ipotesi di astensione collettiva legittimamente proclamata, una disciplina speciale e, quindi, differente, rispetto a quella generale e ordinaria. D'altronde, se si ritenesse che in caso di discostamento della disciplina speciale fosse legittimo disapplicare quest'ultima in favore di quella generale, le norme del codice di autoregolamentazione finirebbero per non essere mai applicate, il che porterebbe a considerarle quali norme aventi valore meramente endoassociativo, in contrasto evidente con le intenzioni del legislatore del 2000 nonché della Corte costituzionale. Così Cass., Sez. Un. 30 ottobre 2014, Guerrieri, cit.

processuale dettata dal codice di procedura penale potrebbe prevalere rispetto a quella generata del codice di autoregolamentazione⁶⁰⁷.

⁶⁰⁷ Cass., Sez. Un. 30 ottobre 2014, Guerrieri, cit.

7. Segue. La residuale sussistenza in capo al giudice di un autonomo potere di bilanciamento dei valori in conflitto

Dopo aver accertato la natura di diritto oggettivo delle disposizioni del codice di autoregolamentazione giudicato idoneo dalla Commissione il 25 gennaio 2007, rimaneva aperta una diversa e ulteriore problematica, seppur legata logicamente al riconoscimento dell'efficacia *erga omnes* delle norme ivi contenute. Infatti, dato per presupposto il valore di legge secondaria e la vincolatività dispiegata dalle disposizioni contenute nel codice di autodisciplina nei confronti del giudice, non era chiaro se fosse rimasto in capo a quest'ultimo un residuale potere di rigettare l'istanza di differimento dell'avvocato astinente in considerazione di esigenze di giustizia diverse e ulteriori rispetto a quelle previste nel codice suddetto⁶⁰⁸.

Il dubbio è emerso in merito alla capacità del codice di autoregolamentazione di raccogliere ed esaurire tutti i casi in cui sia necessario procedere al bilanciamento tra il diritto del difensore e i diritti della persona costituzionalmente tutelati di cui all'art. 1 della legge n. 146 del 1990: sarebbero configurabili, infatti, situazioni non catalogate a priori dal codice, caratterizzate dall'idoneità lesiva dell'astensione rispetto a diritti costituzionalmente rilevanti, e, quindi, potenzialmente idonee a fondare un'autonoma potestà di contemperamento del giudice.

Nella decisione che portò alla rimessione alle Sezioni Unite della Corte di cassazione, il giudice di merito sostenne che il codice di autoregolamentazione, nel definire le prestazioni indispensabili all'art. 4, avesse indicato unicamente le ragioni per cui al difensore era preclusa l'adesione e non quelle, invece, in cui il giudice avrebbe potuto disporre la prosecuzione del giudizio⁶⁰⁹.

⁶⁰⁸ MITTICA, *Astensione del difensore e diritto di ottenere il differimento dell'udienza*, in *Proc. pen. giust.*, 2015, 142 e GUERINI, *Il diritto del difensore di astensione dalle udienze: la parola delle Sezioni Unite*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it

⁶⁰⁹ Il contenuto dell'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite, Cass., ord., 21 novembre 2013, Lattanzio, in www.dirittopenalecontemporaneo.it. Il Tribunale ha riconosciuto il potere di accertare ulteriori situazioni rispetto a quelle contemplate nel codice di autoregolamentazione nelle quali è legittima la prosecuzione del giudizio nonostante l'adesione all'astensione del difensore, in esito ad una valutazione di concreta prevalenza dell'interesse fondamentale contrastante con quello del difensore medesimo.

Oltre a domandarsi se il codice avesse esaurito tutte le ipotesi in cui si presenta il problema del contemperamento tra diritto di astensione del difensore e diritti fondamentali sottesi al procedimento penale, in tale occasione ci si chiese se, in presenza di conflitti non contemplati dall'autodisciplina, potesse ritenersi riservata al giudice un analogo potere di bilanciare tali «interessi, diritti e situazioni non contemplate». Il giudice rimettente aveva individuato, anche se a titolo puramente esemplificativo, una serie di circostanze in relazione alle quali non era ben chiaro quale fosse il contenuto dei poteri del giudice: in tale ordinanza si ricordavano i casi di conflitto tra il diritto di astensione e il principio costituzionale della ragionevole durata del processo, ovvero il contrasto tra l'interesse del difensore astinente e dell'imputato a raggiungere la definizione della vicenda processuale il più velocemente possibile, ovvero la sussistenza di misure cautelare non custodiali, comunque incidenti sul diritto di libertà costituzionale di circolazione dell'imputato⁶¹⁰. Infine, dalla lettura del codice di autoregolamentazione non emergeva con chiarezza quale rilievo dovesse essere dato all'esigenza di assumere tempestivamente una testimonianza, in ragione del grave disagio del teste chiamato a rendere esame da una città molto lontana dal luogo dello svolgimento del processo⁶¹¹.

Tutte queste situazioni non previste in modo specifico dal codice di autoregolamentazione in vigore, oltre a ulteriori ipotesi non predeterminabili *ex ante*, apparivano idonee a incidere negativamente su diritti costituzionalmente rilevanti e, per tale ragione, emergeva l'impellente necessità di raffrontarle «col diritto del difensore all'esplicazione della propria libertà sindacale»⁶¹².

⁶¹⁰ Come abbiamo visto nel par. 4 del presente capitolo, l'art 4 lett. *b* del codice di autoregolamentazione oggi in vigore sancisce la preclusione all'adesione del difensore solo in presenza di un imputato costretto in regime di custodia cautelare, nulla dicendo sull'eventualità di una sottoposizione a misura cautelare diversa, di natura non detentiva.

⁶¹¹ È proprio questo il caso concreto, oggetto della decisione del Tribunale di Bologna adottata in data 5 luglio 2007: in tale occasione, il giudice aveva rigettato l'istanza di rinvio e disposto la prosecuzione del giudizio in assenza del difensore di fiducia che aveva comunicato la propria adesione all'astensione collettiva, motivandola con la necessità di ascoltare un teste che aveva affrontato un lungo viaggio, da Bari a Bologna, al fine di partecipare all'udienza.

⁶¹² Cass., ord., 21 novembre 2013, Lattanzio, cit. Il raffronto e il conseguente bilanciamento, a fronte della lacuna di disciplina riscontrata nel codice di autoregolamentazione, avrebbe dovuto essere compiuto dal giudice. A quest'ultimo era già stato affidato un simile potere di bilanciamento dei contrapposti interessi in epoca precedente all'entrata in vigore della legge n. 83 del 2000, con particolare riferimento al tema cruciale, nell'ambito del processo penale, della prescrizione del reato. Come abbiamo già visto approfonditamente nel capitolo II della presente trattazione, nel periodo in cui il diritto vivente tendeva a disconoscere l'adesione del difensore all'iniziativa di categoria quale causa di sospensione della

Le Sezioni Unite rinnegarono recisamente tale linea interpretativa, affermando che la totalità delle situazioni bisognose di un contemperamento tra diversi diritti era già stata compiutamente contemplata, in via generale, all'interno delle norme di legge e regolamentari dedicate alla materia; attraverso la legge n. 83 del 2000 e l'entrata in vigore del codice di autoregolamentazione ivi previsto, infatti, si era già provveduto a individuare il corretto punto di equilibrio tra gli interessi contrapposti a quello del difensore di aderire alla manifestazione di categoria. Conseguentemente, non era possibile ravvisare alcun potere giudiziale residuo di contemperamento dei valori in potenziale conflitto, poiché tale operazione di bilanciamento è stata compiuta a "a monte" da parte di «norme certe, generali ed astratte e non rimesse a mutevoli valutazioni discrezionali in relazione ai casi concreti»⁶¹³.

A conferma di ciò, la Suprema corte enuncia una serie di disposizioni contenute nel codice di autodisciplina e dettate proprio allo scopo di salvaguardare interessi costituzionali suscettibili di essere lesi da un esercizio illimitato del diritto di astensione⁶¹⁴, reputando

prescrizione ai sensi del combinato disposto degli artt. 159 c.p. e 304 comma 1 lett. *b* era attribuita al giudice la facoltà di rigettare l'istanza del difensore in considerazione della necessità di impedire la maturazione del termine di prescrizione, prossimo alla scadenza. La stessa Corte costituzionale riconobbe ed avallò tale interpretazione giurisprudenziale, la quale, in assenza di una disciplina legislativa appositamente dedicata al tema, aveva dimostrato la capacità di permettere il bilanciamento dei valori in conflitto, riuscendo, in particolare, a tutelare i diritti primari dei cittadini messi a repentaglio dalle iniziative collettive degli avvocati. Così Corte cost., 27 maggio 1996, n. 171, cit.

⁶¹³ Cass., Sez. Un., 29 settembre 2014, Lattanzio, cit. Di conseguenza, doveva essere riconosciuto il diritto al rinvio del difensore astinente e il correlativo dovere per il giudice di disporlo per effetto dell'esercizio *secundum legem* del diritto di astensione, discendente da una norma extracodicistica; come aveva già osservato RAFARACI, *Una "presa d'atto" molto attesa: l'adesione del difensore all'astensione collettiva dalle udienze impone il rinvio anche nei riti camerati a partecipazione non necessaria*, in Cass. pen., 2014, 2080 ss. La violazione di tale disposizione, secondo l'A., dovrebbe portare alla nullità ex art. 178 lett. *c* e 180 c.p.p.

⁶¹⁴ Le Sezioni Unite hanno evidenziato come, al fine di procurare il minor disagio possibile al pubblico degli utenti del servizio Giustizia, l'art. 2 predisponga una serie di misure volte a rendere nota nel più breve tempo possibile l'iniziativa della categoria, quali le prescrizioni in materia di proclamazione dell'astensione e quelle relative agli obblighi di comunicazione nei confronti di determinati soggetti. L'art. 3, invece, si preoccupa di far fronte alle necessità organizzative, logistiche e di buon andamento dell'amministrazione giudiziaria, attraverso la previsione delle condizioni alle quali si deve considerare legittima la mancata comparizione dell'avvocato in un'udienza o all'atto d'indagine preliminare o a qualsiasi altro atto o adempimenti per il quale sia prevista la sua presenza, ancorché non obbligatoria: l'adesione deve essere dichiarata, alternativamente, personalmente o dal sostituto all'inizio dell'udienza o dell'atto di indagine, ovvero con atto scritto trasmesso o depositato alla cancelleria del giudice o nella segreteria del pubblico ministero, oltre che agli altri avvocati costituiti, almeno due giorni prima dell'udienza. Lo stesso art. 3, al comma 1 lett. *c* procede poi a considerare gli eventuali interessi contrari delle diverse parti processuali: anche nel caso in cui gli altri avvocati dello stesso procedimento non abbiano aderito all'agitazione la dichiarazione di astensione regolarmente presentata costituisce una valida causa di assenza del difensore e che tale disposizione si applica, indifferentemente, a tutti i soggetti del procedimento, compresi i difensori

assai difficile la sussistenza di residuali «diritti o valori costituzionali diversi ed ulteriori rispetto a quelli considerati dalla legge o dal codice di autoregolamentazione», tali da poter ancora giustificare l'esercizio da parte del giudice di un'autonoma potestà discrezionale⁶¹⁵.

Di conseguenza, lo spazio di apprezzamento concesso al giudice appare assai limitato di fronte al diritto costituzionale di astenersi riconosciuto in capo al difensore: l'autorità giudicante, infatti, è tenuta ad accertare che i limiti, le prescrizioni e modalità previste all'interno della legge n. 146 del 1990 e del codice di autoregolamentazione del 2007 siano rispettate e, in caso di esito positivo di detta verifica, accogliere l'istanza di differimento dell'udienza avanzata dal difensore astinente.

Tutto ciò non esclude, però, che al giudice sia totalmente preclusa alcuna valutazione nel merito, modellata sul caso concreto. Anche dopo l'intervento legislativo del 2000, il giudice conserva il potere – dovere di fornire una «corretta interpretazione, anche mediante un'esegesi sistematica o adeguatrice» delle disposizioni in questione, al fine di renderle il più possibile conformi ai principi e valori costituzionali con cui il diritto di astensione si pone in potenziale conflitto⁶¹⁶.

della persona offesa, anche se non costituita parte civile. L'art. 4, invece, si occupa di assicurare il corretto bilanciamento con le esigenze di «urgenza, celerità ed effettività del processo», prevedendo il divieto assoluto di astensione nel caso di atti di perquisizione e sequestro, udienze di convalida di arresto e fermo, udienze afferenti misure cautelari, interrogatori di garanzia *ex art. 294 c.p.p.*, incidente probatorio, giudizio direttissimo, atti urgenti *ex art. 467 c.p.p.* Il medesimo articolo, al fine di salvaguardare il diritto dell'imputato sottoposto a misura cautelare o che si trovi in stato di detenzione a una celere definizione del giudizio, preclude l'adesione del difensore nei procedimenti con imputato in *vinculis* nel caso in cui quest'ultimo richieda espressamente di procedere malgrado l'astensione: in tal caso, il difensore non può astenersi legittimamente ed ha l'obbligo di assicurare la propria prestazione. Infine, la Suprema corte osserva che il codice non ha trascurato di disciplinare l'interesse statale ad evitare la prescrizione dei reati, stabilendo che l'adesione del difensore all'astensione risulta illegittima nei procedimenti in cui la prescrizione matura nel periodo di astensione, ovvero entro trecentosessanta giorni se pendenti nella fase delle indagini, centottanta giorni nel giudizio di merito ovvero novanta giorni nel giudizio di legittimità. Cass., Sez. Un., 29 settembre 2014, Lattanzio, cit.

⁶¹⁵ Cass., Sez. Un., 29 settembre 2014, Lattanzio, cit.

⁶¹⁶ La corte riconosce il potere del giudice di compiere un «bilanciamento indiretto» degli interessi in gioco ricorrendo a un'esegesi sistematica e adeguatrice delle norme primarie e secondarie al fine di individuare l'interpretazione il più possibile conforme ai valori e principi costituzionali. Cass., Sez. Un., 29 settembre 2014, Lattanzio, cit. La dottrina ha criticato tale apertura, considerandola un pericoloso spiraglio per futuri indirizzi giurisprudenziali che, enfatizzando la suddetta facoltà di interpretazione conforme, potrebbero cercare di mantenere un vero e proprio potere discrezionale del giudice di limitare il diritto del difensore di astenersi. In questo senso, SPIGARELLI, *Le Sezioni Unite Lattanzio: un intervento in chiaroscuro sul diritto di astensione del difensore*, in *Giur. it.*, 2014, 2855.

La soluzione indicata dalle Sezioni Unite al quesito relativo la necessità di bilanciare con il diritto di astensione del difensore quelle situazioni che, a prima vista, non sembrerebbero essere contemplate nel codice di autoregolamentazione è costituita proprio dalla “interpretazione adeguatrice”⁶¹⁷.

Dopo aver indicato tale principio, la Corte lo applica ad alcune disposizioni del codice di autoregolamentazione: attraverso un’interpretazione conforme al primario interesse di rango costituzionale dell’imputato a una celere definizione del giudizio, i giudici di legittimità hanno ritenuto che l’art. 4 lett. *b* – il quale vieta l’astensione forense nei procedimenti con imputato detenuto o ristretto in custodia cautelare – deve essere ritenuto applicabile anche a imputati assoggettati a misure cautelari coercitive ma non detentive⁶¹⁸.

In secondo luogo, la Corte prende in considerazione l’art. 3 comma 2 del codice, il quale afferma che l’adesione costituisce causa legittima di assenza di tutti i difensori⁶¹⁹.

Secondo i giudici di legittimità, tale disposizione non dovrebbe essere interpretata nel senso che deve essere data sempre e comunque prevalenza dell’istanza di differimento presentata dal difensore della parte civile; al contrario, tra tutte le interpretazioni possibili della disposizione citata, il giudice avrebbe dovuto orientarsi su quella tesa a privilegiare l’interesse dell’imputato ad una tempestiva trattazione del giudizio: di conseguenza, nel caso in cui l’imputato si fosse espresso in senso contrario al rinvio dell’udienza richiesto dalla parte civile, si sarebbe dovuto riconoscere un peso decisivo alla volontà del primo⁶²⁰. Proprio nella parte conclusiva della decisione, la Corte lascia intravedere una residuale, seppur remota, possibilità di riconoscere un potere del giudice di bilanciare autonomamente i contrapposti diritti in gioco. Infatti, la corte di legittimità afferma come

⁶¹⁷ L’eventuale interpretazione adeguatrice troverebbe un limite invalicabile del testo letterale della disposizione o della sua *ratio*. In realtà, già in precedenti sentenze la Suprema corte aveva affrontato situazioni non puntualmente previste dal codice attraverso la suddetta tecnica interpretativa. Ci si riferisce, in particolare, a Cass., 12 luglio 2013, Notarianni, cit., la quale ha interpretato estensivamente la locuzione contenuta nell’art. 4 lett. *a* del codice di autoregolamentazione che vieta l’astensione nel caso di sottoposizione dell’imputato a misure cautelari come comprensiva anche delle udienze afferenti misure cautelari reali.

⁶¹⁸ Infatti, l’imputato soggetto a misura diversa da quella custodiale si trova comunque limitato in una delle sue libertà fondamentali, benché diversa dalla libertà personale *ex art. 13 Cost.* Cass., Sez. Un., 29 settembre 2014, Lattanzio, cit.

⁶¹⁹ Anche quello della persona offesa non costituita parte civile nel giudizio, anche nel caso quest’ultimo difensore fosse l’unico, tra quelli costituiti, ad aderire all’iniziativa di protesta.

⁶²⁰ Cass., Sez. Un., 29 settembre 2014, Lattanzio, cit.

non sia possibile escludere a priori casi eccezionali in cui emergano dei valori costituzionali non presi in considerazione né dalla legge né dal codice di autodisciplina la cui integrità potrebbe essere messa a repentaglio dall'esercizio del diritto di astensione da parte del difensore⁶²¹.

In tale remota e assolutamente residuale ipotesi, si sarebbe venuta a ripresentare una situazione di anomia – ossia di mancanza o assoluta inadeguatezza della normativa – la quale, prima dell'entrata in vigore della legge n. 83 del 2000, aveva giustificato l'attribuzione del potere di contemperamento in capo al giudice⁶²².

La corte osserva, al contempo, quanto tale scenario sia invero improbabile: in particolare, manifesta seri dubbi sulla possibilità di emersione di diritti o valori costituzionali diversi da quelli per i quali sia già avvenuto il bilanciamento all'interno della normativa primaria o secondaria⁶²³.

I giudici di legittimità, infatti, sottolineano come tale eventualità non si fosse ancora avverata: fino a quel momento, infatti, tutti i conflitti affrontati dalla giurisprudenza di legittimità erano stati ricondotti al novero dei principi costituzionali considerati dalle fonti secondarie o, nel caso di mancata previsione puntuale nelle suddette fonti, erano stati risolti attraverso il metodo dell'interpretazione “adeguatrice” o “conforme”⁶²⁴.

8. L'applicazione dei principi enucleati nella sentenza a Sezioni Unite: il riconoscimento del diritto al rinvio del difensore nell'ambito delle udienze camerale a partecipazione facoltativa del difensore

⁶²¹ In particolare, il margine di discrezionalità riconosciuto al giudice si rivela limitato alle situazioni in cui vi sia una lacuna normativa nel codice di autoregolamentazione ovvero nei casi di emersione di nuovi valori costituzionali, non ancora presi in considerazione dal legislatore in sede di bilanciamento.

⁶²² Vedi cap. II.

⁶²³ La Corte non considera sufficienti generiche ragioni di opportunità o esigenze di giustizia non contemplate specificamente dal codice: infatti, tali interessi non assurgono al rango costituzionale riconosciuto al diritto all'astensione e, di conseguenza, non possono entrare in bilanciamento con il medesimo. Così Cass., Sez. Un., 29 settembre 2014, Lattanzio, cit.

⁶²⁴ Cass., Sez. Un., 29 settembre 2014, Lattanzio, cit.

I principi espressi all'interno delle Sezioni Unite hanno ricevuto un'importante valorizzazione all'interno delle pronunce di legittimità successive e, in particolare, hanno rivestito un ruolo decisivo nel rivolgimento giurisprudenziale registratosi in tema di astensione collettiva nelle udienze camerale a partecipazione facoltativa del difensore. In un primo momento, infatti, la lettura giurisprudenziale dominante aveva escluso in modo compatto la rilevanza dell'adesione all'astensione collettiva del difensore ai fini del rinvio delle udienze camerale. Tale irrilevanza era fondata sulla tradizionale riconduzione dell'adesione all'iniziativa di categoria all'alveo dell'istituto del legittimo impedimento del difensore, e sulla ritenuta inapplicabilità dell'art. 486 c.p.p. e, successivamente, dell'art. 420 *ter* c.p.p. alle udienze camerale diverse dall'udienza preliminare⁶²⁵.

Infatti, nonostante il legislatore, attraverso l'introduzione dell'art. 420 *ter* c.p.p. operata con la legge c.d. Carotti, avesse risolto in senso affermativo la questione dell'applicazione della disciplina del legittimo impedimento del difensore in udienza preliminare, l'applicazione della disciplina del legittimo impedimento alle diverse

⁶²⁵ La questione della rilevanza del legittimo impedimento del difensore nell'ambito dei procedimenti camerale è stata affrontata e risolta in senso negativo per la prima volta dalla Corte di cassazione a Sezioni unite con riferimento al giudizio abbreviato di appello. L'art. 599 c.p.p., dopo aver richiamato la disciplina generale del procedimento camerale *ex art.* 127 c.p.p., introduce un correttivo al modello generale richiedendo la partecipazione necessaria del pubblico ministero e dei difensori nella sola eventualità di rinnovazione dell'istruzione dibattimentale *ex art.* 603 c.p.p.. Il comma 2 dell'art. 599 c.p.p. prevede la rilevanza, ai fini del rinvio dell'udienza, dell'impedimento dell'imputato nel caso in cui quest'ultimo richieda espressamente di essere sentito. Diversamente, per quanto riguarda l'impedimento legittimo del difensore non si rinviene alcun appiglio legislativo all'interno del *corpus* dell'art. 599 c.p.p.; la giurisprudenza, su questa base, ha negato la rilevanza all'impedimento del difensore, in particolare ai fini del rinvio dell'udienza camerale: Cass., 11 ottobre 1994, Bucci, in *Cass. pen.*, 1997, 826; Cass., 14 aprile 1994, Ammirati, *ivi*, 1995, 2918; Cass., 7 luglio 1998, Dotti, in *C.e.d.*, 211683; Cass., 30 aprile 1996, Grillo, *ivi*, 205087. Le Sezioni unite, interrogate sulla possibilità di estendere la disciplina dibattimentale dell'istituto a tale sede, hanno sostenuto che la mancata previsione della rilevanza dell'impedimento legittimo del difensore non sia da interpretarsi come una svista o una dimenticanza, in ragione del fatto che «il presupposto stesso della lacuna è escluso dalla opposta regola desumibile» dall'art. 127 comma 3 c.p.p., per il quale il pubblico ministero e il difensore sono sentiti solo se compaiono. Cass., Sez. un., 8 aprile 1998, Cerroni, in *Cass. pen.*, 1998, 3219. Per un commento in senso adesivo alla decisione delle Sezioni unite vedi PLESSI, *Il «no» delle Sezioni unite alla rilevanza dell'impedimento del difensore nelle udienze camerale con partecipazione facoltativa di accusa e difesa*, *ivi*, 1999, 2070 ss. Sempre con riguardo al giudizio abbreviato d'appello si vedano inoltre Cass., 23 settembre 2004, Di Gregorio, in *C.e.d.*, 230260; Cass., 17 marzo 2005, Arenzani, *ivi*, 231360; Cass., 14 luglio 2008, Menoni, *ivi*, 240901; Cass., 16 luglio 2010, Borra, *ivi*, 248435.

udienze camerale⁶²⁶ risultava assai problematica in ragione della differente “modulazione”⁶²⁷ del diritto di difesa a seconda dell’oggetto e della natura dei diversi procedimenti in questione e del diverso ruolo assunto dalle parti e dei difensori in tali sedi⁶²⁸.

Per quanto riguarda la rilevanza del legittimo impedimento all’interno di tali riti camerale, infatti, il discorso era destinato a complicarsi rispetto alla sede dell’udienza preliminare⁶²⁹: la disposizione alla quale è necessario riferirsi è la norma-archetipo 127

⁶²⁶ In particolare, ci si riferisce al procedimento di esecuzione *ex art.* 666 comma 4 c.p.p., a quello di sorveglianza *ex art.* 678 comma 1 c.p.p. e al giudizio abbreviato in grado di appello *ex art.* 599 c.p.p.

⁶²⁷ Il diritto di difesa, nella sua accezione di partecipazione difensiva all’udienza – al quale l’istituto del legittimo impedimento è funzionale – può essere variamente modulato a seconda del procedimento a cui si accede e dell’attività processuale che si svolge. In questo senso, Cass., Sez. Un., Guerrieri, cit. D’altronde, come osserva acutamente RAFARACI, *op. cit.*, 2084. Il nostro sistema processuale conosce altre situazioni in cui il diritto di partecipazione difensiva è variamente disciplinato: si pensi solo al regime degli atti durante la fase preliminare. In tale contesto, infatti, sono previsti degli atti alla formazione dei quali il difensore non può assistere, altri che devono essere formati obbligatoriamente in sua presenza e, infine, atti ai quali egli ha la facoltà di assistere, con o senza preavviso.

⁶²⁸ Nel senso che il legislatore ha scelto di modulare il diritto di difesa dell’imputato in sede di udienza camerale in modo diverso e meno intenso rispetto ad altre fasi del procedimento, più garantite, leggi BARGIS, *op. cit.*, 227; l’A. sottolinea in particolare l’idea per la quale il modellamento della garanzia difensiva in rapporto alle diverse caratteristiche dei procedimenti camerale atipici sia espressione della discrezionalità legislativa e non arrechi di per sé alcuna lesione di beni costituzionalmente garantiti; BALZAROTTI, *Impedimento a comparire (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Annali, II, Giuffrè, 2008, 475. Il modello semplificato dell’art. 127 c.p.p. e la partecipazione non obbligatoria del pubblico ministero e del difensore sono giustificati in considerazione del «contenzioso di minore importanza od in rapporto al quale, comunque, le esigenze di garanzia assumono dimensioni più circoscritte»; di conseguenza, l’attenuazione delle garanzie conseguente all’adozione del modello *ex art.* 127 c.p.p. verrà meno tutte le volte in cui, all’interno del rito camerale, dovessero emergere rilevanti esigenze processuali: l’art. 599 c.p.p., infatti, richiede la presenza necessaria del difensore nell’ipotesi di attività processuale eccezionale in sede di giudizio abbreviato d’appello, quale l’assunzione di una prova. In questo senso, GARAVELLI, *Commento all’art. 127*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da Chiavario, II, Utet, 1991, 95. In caso di rinnovazione dell’istruzione probatoria *ex art.* 603 c.p.p. e di assenza del pubblico ministero e del difensore in udienza, il comma 3 dell’art. 599 c.p.p. prevede la necessità di un rinvio a nuova udienza; in questa eventualità, la giurisprudenza ha affermato in tale sede la rilevanza del legittimo impedimento del difensore: Cass., 27 ottobre 1998, Gulinello, in *C.e.d.*, 211515.

⁶²⁹ Il riconoscimento del legittimo impedimento del difensore anche nella fase dell’udienza preliminare – la quale si sostanzia in un’udienza camerale a partecipazione necessaria di pubblico ministero e difensore – compiuto attraverso l’introduzione dell’art. 420 *ter* c.p.p. a opera della legge n. 497 del 1999, ha comprensibilmente sollevato dei dubbi circa la ritenuta inapplicabilità della disciplina in esame ai riti camerale atipici. Infatti, una parte, seppur ridotta, della giurisprudenza, iniziava ad osservare come la disciplina del legittimo impedimento del difensore sancita dall’art. 420 *ter* c.p.p. fosse applicabile anche al giudizio abbreviato di primo grado, in forza del rinvio, nel limite della compatibilità, contenuto nell’art. 441 comma 1 c.p.p., proprio alle disposizioni dettate per l’udienza preliminare, compresa la nuova norma che riconosce rilievo in tale sede al legittimo impedimento del difensore. Di conseguenza, secondo tale parte della giurisprudenza, sarebbe stato davvero arduo, stante l’applicabilità dell’art. 420 *ter* c.p.p. al giudizio abbreviato di primo grado, negarla per il successivo grado di appello. In questo senso, Cass., 11 ottobre 2000, Matranga, in *Cass. pen.*, 2001, 3445. La giurisprudenza maggioritaria, però, impassibile a fronte di tali rilievi, rimaneva aggrappata alla posizione che negava l’applicabilità della disciplina in questione, basandosi, da un lato, sul richiamo all’art. 127 c.p.p. compiuto dall’art. 599 comma 1 c.p.p. e

c.p.p.⁶³⁰, la quale, se al comma 4° afferma, da una parte, la necessità di rinviare l'udienza camerale solo se «sussiste un legittimo impedimento dell'imputato o del condannato che ha chiesto di essere sentito personalmente»⁶³¹, dall'altra parte non contempla una simmetrica previsione per l'ipotesi in cui ad essere impedito fosse il difensore precedentemente nominato. D'altronde, la disposizione in esame prevede come non necessaria la presenza del difensore, il quale, come il pubblico ministero, è sentito solo se comparso⁶³².

In tale udienze, infatti, il contraddittorio è assicurato nei confronti del difensore dalla mera notifica dell'avviso di fissazione dell'udienza⁶³³, con la conseguenza irrilevanza dell'assenza del medesimo, anche quando causata da un impedimento legittimo⁶³⁴.

Una volta appurato che l'assenza del difensore derivante dalla sua adesione alla protesta di categoria costituisce una situazione del tutto diversa dall'oggettiva impossibilità a presentarsi in udienza *ex art. 420 ter c.p.p.* poiché integra l'esercizio di un diritto di

sulla disposizione dettata dall'art. 599 comma 2 c.p.p. che attribuisce rilevanza al solo impedimento dell'imputato che ha manifestato espressamente la volontà di partecipare all'udienza. Infine, si osservava come, qualora il legislatore avesse davvero voluto rendere applicabile la disciplina del legittimo impedimento del difensore ai riti camerale atipici, lo avrebbe fatto espressamente in occasione della l. 479 del 1999. In questi termini, BARGIS, *op. cit.*, 229.

⁶³⁰ L'art. 127 c.p.p. costituisce la norma base per una pluralità di eterogenei procedimenti: all'interno della disciplina di questi ultimi si trova, infatti, un rinvio a tale disposizione generale. In tale modo, il legislatore ha voluto perseguire l'obiettivo di semplificazione ed economia, in quanto il modello contenuto nell'art. 127 c.p.p. deve essere applicato a tutti i procedimenti che si svolgono in camera di consiglio, salvo esplicite deroghe. I procedimenti che seguono tale modello si contraddistinguono per il minor rilievo dell'oggetto rispetto alla fase dibattimentale, caratteristica che legittima la semplificazione delle formalità ivi richieste *ex art. 127 comma 9 e 10 c.p.p.*, l'assenza di pubblicità *ex art. 127 comma 6 c.p.p.* e l'attenuazione del contraddittorio *ex art. 127 comma 3 c.p.p.*

⁶³¹ Per i soggetti detenuti o internati in luoghi diversi e al di fuori della circoscrizione del giudice, il comma 3° assicura, a richiesta dei medesimi, la possibilità di essere ascoltati dal magistrato di sorveglianza del luogo in cui si trovano.

⁶³² Nel contesto delle udienze camerale, il diritto al contraddittorio ed il diritto di difesa vengono modulati diversamente e garantiti in modo meno intenso rispetto alla fase dibattimentale. In questo senso, vedi BALZAROTTI, *op. cit.*, 474. All'interno del procedimento camerale d'appello il contraddittorio è di regola cartolare – attuabile attraverso lo scambio di memorie – ma può anche essere integrato con l'eventuale partecipazione in udienza di pubblico ministero e difensore, i quali sono sentiti se compaiono.

⁶³³ Prevista a pena di nullità dall'art. 127 comma 1 e 5.

⁶³⁴ La giurisprudenza di legittimità ha continuato a escludere il rilievo dell'impedimento a comparire del difensore in presenza della dichiarazione di adesione all'astensione dalle udienze in tutti i casi di partecipazione facoltativa del difensore: ciò è avvenuto anche con riferimento al procedimento di archiviazione di cui all'art. 409 comma 2 c.p.p.; così Cass., 19 febbraio 2009, Leoni, in *C.e.d.*, 243263. Per i procedimenti camerale a partecipazione necessaria non disciplinati dall'art. 420 *ter c.p.p.*, si possono ricordare inoltre, per il procedimento di esecuzione, Cass., 13 febbraio 2002, Scalrino, *ivi*, 222236; per il procedimento di applicazione di misure di prevenzione, Cass., 11 novembre 2005, Vara, *ivi*, 233166, nonché Cass., 27 settembre 2013, Canarelli, *ivi*, 259509; per il procedimento davanti al tribunale di sorveglianza, Cass., 20 dicembre 2012, Morano, *ivi*, 254807.

levatura costituzionale riconosciuto in capo all'avvocato⁶³⁵, si tratta di chiarire se potesse ancora essere legittimamente sostenuta la tesi della totale estraneità del diritto di astensione del difensore all'interno dei procedimenti camerali *ex art. 127 c.p.p.*

Infatti, anche alla luce del sistema normativo odierno, non era chiaro se l'adesione all'astensione collettiva del difensore potesse assumere rilevanza in sede di udienza camerale, in ragione dell'apparente contrasto tra l'art. 127 del codice di rito penale e l'art. 3 comma 1 del codice di autoregolamentazione ritenuto idoneo dalla Commissione di garanzia.

Quest'ultima disposizione, infatti, si riferisce alla «mancata comparizione dell'avvocato all'udienza o all'atto di indagine preliminare o a qualsiasi altro atto o adempimento per il quale sia prevista la sua presenza, ancorché non obbligatoria»: non compiendo alcuna distinzione tra le udienze a partecipazione necessaria e quelle a partecipazione facoltativa del difensore, tale norma sancisce la facoltà di quest'ultimo di astenersi anche nei procedimenti camerali.

Il diritto al rinvio emergente dall'art. 3 comma 2 del codice di autodisciplina appariva in contrasto con la norma di rango primario, a essa gerarchicamente sovraordinata, costituita dall'art. 127 del codice di procedura penale.

La questione appena illustrata fu l'occasione di un pronunciamento delle Sezioni Unite⁶³⁶ che costituì un vero e proprio “banco di prova” dei principi enunciati l'anno precedente dalla medesima Corte in tema di astensione collettiva⁶³⁷.

Le Sezioni Unite, in armonia con quanto affermato in precedenza⁶³⁸, hanno smentito categoricamente un rapporto gerarchico tra la disposizione del codice di autoregolamentazione e quella del codice di rito, ravvisando tra le due una relazione di specialità: la norma regolamentare risulta speciale poiché introdotta nell'ordinamento proprio con la finalità di disciplinare la materia dell'astensione collettiva forense.

Quest'ultima potrebbe essere disapplicata, in favore di quella di carattere generale contenuta nel codice di procedura penale, nell'unica e limitata ipotesi in cui quest'ultima risulti «in modo inequivocabilmente diretta a disciplinare anche la fascia

⁶³⁵ Vedi cap. II.

⁶³⁶ Cass., Sez. Un., 14 aprile 2015, Guerrieri, cit.

⁶³⁷ Ci si riferisce a Cass., Sez. Un., 29 settembre 2014, Lattanzio, cit.

⁶³⁸ Cass., Sez. Un., 29 settembre 2014, Lattanzio, cit.

di rapporti oggetto della disciplina speciale»⁶³⁹. Considerata la mancanza di elementi concreti che potessero provare la volontà del legislatore ordinario – attraverso la previsione contenuta dall’art. 127 c.p.p. – di sottrarre «lo specifico rapporto dell’astensione collettiva alla norma speciale per assoggettarlo alla disciplina generale», le Sezioni Unite hanno concluso per la prevalenza della normativa autodisciplinare, in quanto «norma posta dalla fonte competente in materia»⁶⁴⁰.

Di conseguenza, le Sezioni Unite hanno riconosciuto il diritto al rinvio del difensore astinente anche nelle udienze camerale a partecipazione eventuale del difensore⁶⁴¹: anche in tale sede, infatti, il giudice è tenuto a disporre il differimento della trattazione del giudizio a nuova udienza a fronte di una dichiarazione di adesione all’astensione collettiva avanzata dal difensore a norma dell’art. 3 comma 1 del vigente codice di autoregolamentazione⁶⁴².

D’altronde, come osserva la Suprema corte, nel caso in cui si continuasse a negare la rilevanza dell’astensione collettiva nei procedimenti camerale a partecipazione facoltativa, il diritto del difensore all’adesione alla protesta suddetta subirebbe un

⁶³⁹ Cass., Sez. Un., 14 aprile 2015, Guerrieri, cit.

⁶⁴⁰ Cass., Sez. Un., 14 aprile 2015, Guerrieri, cit.

⁶⁴¹ Accogliendo la tesi positiva, la Suprema corte ha superato l’evidente contraddittorietà intrinseca dell’orientamento giurisprudenziale contrario, il quale, da un lato, riconosceva il diritto al rinvio in capo al difensore ai fini della sospensione del termine di prescrizione del reato, ma, dall’altro, giustificava l’irrelevanza dell’adesione alla protesta ricorrendo alla categoria del legittimo impedimento. In questo modo, la stessa situazione dell’adesione all’astensione da parte del difensore era inquadrata da questa giurisprudenza «ora dentro, ora invece fuori la nozione di legittimo impedimento». Così RAFARACI, *op. cit.*, 2080.

⁶⁴² Nelle udienze a partecipazione non necessaria, il difensore potrebbe non comparire per manifestare verbalmente la sua intenzione di aderire alla manifestazione di categoria. In questo caso, infatti, evitando la comparizione personale o la sostituzione con un collega, l’astinente ben potrebbe avvisare della sua volontà di aderire alla protesta attraverso una preventiva comunicazione scritta diretta al giudice. Con particolare riferimento alle modalità di trasmissione della comunicazione, si è discussa la possibilità di utilizzare validamente il fax, registrando posizioni contrapposte in giurisprudenza: una parte della medesima aveva ritenuto inammissibile la comunicazione compiuta attraverso tale modalità, in quanto non garantiva l’autenticità della sua provenienza. In questo senso, vedi Cass., 20 gennaio 1998, Monti, in Cass. pen., 1999, 2219. *Contra* Cass., 6 maggio 2004, Paolini, *ivi*, 2006, 184. La Suprema corte ha sciolto il contrasto tra le due posizioni, statuendo che il riconoscimento del diritto al rinvio del difensore è condizionato dalla sussistenza delle condizioni previste dalla legge e, in particolare, dagli obblighi discendenti dall’art. 3 in materia di forme e termini di presentazione della dichiarazione di astensione. In particolare, il succitato articolo del codice di autoregolamentazione richiede che la presentazione dell’atto di adesione sia trasmessa o depositata nella cancelleria del giudice o nella segreteria del pubblico ministero. Di conseguenza, non è richiesta alcuna forma particolare per la trasmissione della comunicazione di adesione. In tale modo il difensore manifesta, contemporaneamente all’intenzione di aderire alla protesta, anche quella di essere presente all’udienza a partecipazione facoltativa. Cass., Sez. Un., 14 aprile 2015, Guerrieri, cit.

pesante e intollerabile compressione: il difensore, infatti, si troverebbe costretto nell'alternativa di scegliere tra l'esercizio di un suo diritto di rango primario e l'esigenza di non lasciare privo di assistenza tecnica il suo cliente⁶⁴³.

9. Rilievi critici al sistema normativo vigente e considerazioni conclusive

Alla luce dell'elaborazione giurisprudenziale che si è cercato fin qui di illustrare, deve considerarsi quale principio ormai consolidato nel nostro ordinamento quello secondo cui, in tema di astensione collettiva dalle udienze, il legislatore ha già provveduto “a

⁶⁴³ Cass., Sez. Un., 14 aprile 2015, Guerrieri, cit. Tale argomentazione è stata adottata anche in molteplici decisioni a sezioni semplici della Corte: Cass., 12 marzo 2014, Lapresa, in C.e.d., 259438; Cass., 19 marzo 2014, Pierri, *ivi*, 259439; Cass., 16 aprile 2014, Adem, *ivi*, 259199.

monte”, ossia a livello di legge ordinaria e secondaria o regolamentare, a effettuare il necessario contemperamento tra il diritto di azione collettiva in capo al difensore e gli altri diritti e valori costituzionali che possono potenzialmente trovarsi in antitesi con esso. Il giudice assume in tale operazione un ruolo assai marginale, vedendosi esonerato dal potere di dirigere lo svolgimento del procedimento secondo un suo autonomo apprezzamento: quest’ultimo, infatti, in caso di astensione collettiva è di regola obbligato ad applicare il bilanciamento dei contrapposti interessi così come cristallizzato all’interno della normativa primaria e secondaria in materia. In merito all’ordinaria assenza in capo al giudice di un autonomo potere di bilanciamento si osserva come, in virtù del meccanismo previsto e disciplinato dall’art. 2 *bis* della legge n. 146 del 1990, l’autorità giurisdizionale è assoggettata alle previsioni contenute nel codice di autoregolamentazione, formato unilateralmente dalle associazioni rappresentative della categoria e munito del *placet* di un’autorità amministrativa indipendente costituita dalla Commissione di garanzia.

Infatti, qualora siano rispettate le specifiche norme primarie e secondarie appositamente create, in capo al difensore è oggi riconosciuto un vero e proprio diritto di astensione costituzionalmente tutelato⁶⁴⁴. Ne consegue, in prospettiva processuale, che oggi l’atto di adesione del difensore a un’iniziativa collettiva di categoria integra una causa di rinvio non codificata: infatti, la sede della disciplina del medesimo non risulta il codice di rito penale ma la legge n. 146 del 1990 e le ulteriori fonti secondarie, in particolare il codice di autoregolamentazione, a cui la stessa legge rinvia⁶⁴⁵.

In via generale, rispetto all’operazione di contemperamento dei contrapposti interessi compiuta dalla legge⁶⁴⁶ e dalla fonte *sub* legislativa appena citate possono avanzarsi alcune considerazioni critiche.

In primis, solleva una certa perplessità la scelta concettuale di ritenere bilanciabili dei diritti sanciti come inviolabili dalla Carta fondamentale – quali il diritto alla libertà personale *ex art. 13 Cost.* e il diritto di difesa *ex art. 24 comma 2 Cost.* – con il diritto di astenersi, che, seppur di rango costituzionale, non può di certo vantare una simile

⁶⁴⁴ Cass., Sez. Un., 29 settembre 2014, Lattanzio, cit.

⁶⁴⁵ RAFARACI, *op. cit.*, 2086.

⁶⁴⁶ Dietro le indicazioni della sentenza della Corte costituzionale n. 171 del 1996 e dopo la modifica effettuata dal legislatore del 2000 attraverso la legge n. 83.

caratteristica. Tale dato dovrebbe far riflettere sulla concreta possibilità di considerare un diritto come quello di astensione dell'avvocato in un'ottica di bilanciamento con quei diritti che la Costituzione ha voluto proteggere in modo più intenso, connotandoli con la particolare caratteristica dell'inviolabilità.

Passando a un esame più dettagliato dell'attuale disciplina posta dal codice di autoregolamentazione, è necessario osservare come permangano alcune criticità, non risolte in modo soddisfacente dai numerosi interventi ermeneutici della giurisprudenza di legittimità.

Il codice di autodisciplina manca di disciplinare gli eventuali conflitti insorti tra le diverse posizioni dei soggetti presenti nel processo penale: in particolare, la normativa secondaria trascura di regolare compiutamente l'eventuale contrasto tra interesse dell'imputato e quello del suo difensore.

Se è vero che l'art. 4 lett. *b* del codice di autoregolamentazione assicura all'imputato sottoposto a custodia cautelare o a detenzione la facoltà di chiedere di procedere in assenza del proprio difensore astinente, non è rinvenibile all'interno del *corpus* regolamentare nessuna disposizione che riconosca lo stesso potere all'imputato in procedimenti ordinari, nell'ambito dei quali non sono ravvisabili le particolari esigenze di urgenza collegate alla condizione dell'imputato *in vinculis*.

In queste ultime ipotesi deve concludersi per la prevalenza del diritto all'astensione del difensore su quello dell'imputato – che si trova in stato di libertà – a una celere trattazione del giudizio; comprensibilmente, tale operazione di bilanciamento è stata criticata da parte della dottrina che, come abbiamo già illustrato in precedenza⁶⁴⁷, ha suggerito di risolvere il contrasto tra l'interesse del difensore e quello, di senso contrario, dell'imputato attraverso l'applicazione analogica di una disposizione, l'art. 420 *ter* c.p.p. La descritta manovra ermeneutica permetterebbe di applicare l'ultimo comma della disposizione in questione, nella parte in cui consente all'imputato di affrancarsi dal proprio difensore legittimamente impedito, chiedendo che si proceda in sua assenza. Tale soluzione, però, è destinata a infrangersi inesorabilmente sulla considerazione dell'accertata impossibilità di ricondurre il fenomeno in questione all'istituto del

⁶⁴⁷ Vedi cap. II.

legittimo impedimento, fondata sulla profonda diversità dei tratti connotanti i due istituti⁶⁴⁸.

A parere di chi scrive, un altro percorso interpretativo possibile sarebbe quello indicato recentemente dalla giurisprudenza di legittimità in rapporto a un altro profilo critico della normativa secondaria, ossia quello relativo all'eventuale contrapposizione tra esercizio del diritto di astensione da parte del difensore delle parti private e la posizione assunta dal difensore dell'imputato: il codice, infatti, non regola espressamente tale ipotesi, limitandosi a riconoscere in capo a qualsiasi difensore il diritto di astenersi sulla base della sola appartenenza alla categoria forense, indipendentemente dalla posizione processuale della parte rappresentata⁶⁴⁹.

La giurisprudenza di legittimità a Sezioni unite, interrogata sul punto, ha fornito un'interpretazione che valorizza, conferendole valore decisivo, la volontà dell'imputato di proseguire la trattazione del giudizio a fronte della volontà di astenersi espressa dal difensore della parte privata⁶⁵⁰.

Non si vede perché tale principio non possa essere applicato anche all'ipotesi di contrapposizione tra la volontà del difensore ad aderire alla protesta e quella dell'imputato non detenuto che espressamente richieda di procedere nella trattazione del giudizio, malgrado la dichiarazione di astensione del proprio difensore: in entrambi i casi, infatti, a entrare in bilanciamento sarebbe il diritto ad astenersi di un difensore e quello dell'imputato di raggiungere, il più celermente possibile, la definizione del procedimento.

⁶⁴⁸ Vedi, diffusamente, cap. II.

⁶⁴⁹ L'art. 3 comma 2 del codice di autodisciplina oggi vigente, infatti, conferisce il diritto di astensione anche ai difensori delle persone offese, nonché delle parti civili.

⁶⁵⁰ Tale problematica è stata affrontata e risolta da Cass., Sez. Un., 14 aprile 2015, Guerrieri, cit. nell'ambito dei procedimenti camerali: in tale occasione è stato enunciato il principio per cui la dichiarazione di astensione avanzata dal difensore della parte civile non determina il rinvio dell'udienza in tutti i casi in cui vi sia una contraria volontà manifestata dal difensore dell'imputato. Le Sezioni Unite ritengono che la diversa rilevanza riconosciuta all'adesione del difensore della parte privata eventuale rispetto a quella del difensore dell'imputato non sia irragionevole, poiché fondata sul diverso peso degli interessi di cui sono portatrici le parti rappresentate. Il legislatore, inoltre, ha previsto espressamente attraverso una disposizione della disciplina di attuazione – precisamente l'art. 23 disp. att. c.p.p. – che l'assenza delle parti private non integri una causa di sospensione del dibattimento: a maggior ragione tale regola dovrebbe trovare applicazione, attraverso un ragionamento analogico, all'interno dei procedimenti camerali a contraddittorio solo eventuale. Per tali considerazioni, vedi GUERIN, *Le Sezioni Unite su astensione del difensore e procedimenti camerali a partecipazione facoltativa, diritto al rinvio ed esercizio del diritto di astensione dei difensori delle parti private*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it.

Sempre in merito al rapporto tra imputato e difensore astinente emerge un'altra problematica relativa all'ipotesi prevista dall'art. 4 lett. *b* del codice di autoregolamentazione, disciplinante i casi di adesione all'astensione del difensore in procedimenti con imputati *in vinculis* consenzienti.

Sul punto, si è osservato come non si possa fare a meno di chiedersi – sulla base del rapporto che realmente intercorre tra avvocato e suo assistito, imputato in un procedimento penale – se possa affermarsi una concreta possibilità di opposizione dell'imputato a fronte dell'intenzione del difensore di aderire alla protesta di categoria. Infatti, appare ardua per l'imputato la scelta di negare il proprio consenso all'adesione del proprio difensore alla protesta di categoria, specialmente se si trova in stato di detenzione: verosimilmente l'imputato che versa in tale condizione depone tutte le «speranze di riacquistare la libertà» all'efficace azione del suo difensore e, per questo motivo, difficilmente si porrà in contrasto con la volontà di astenersi di quest'ultimo⁶⁵¹.

Sulla base dell'asimmetria che caratterizza la relazione tra imputato detenuto e difensore, quindi, è difficile pensare all'accettazione del primo della scelta dell'avvocato di aderire all'astensione collettiva come un atto di volontà pienamente libero.

L'acquiescenza dell'imputato detenuto all'iniziativa del difensore astinente produce riflessi negativi sulla durata del periodo di custodia: in tale modo, il riconoscimento, così modulato, del diritto di astensione del difensore rischia di compromettere gravemente, se non vanificare, il diritto fondamentale e inviolabile dell'imputato alla libertà personale *ex* art. 13 Cost.

Una diversa censura può essere formulata in merito alla disciplina dei limiti temporali delle astensioni collettive previste dal codice di autoregolamentazione: tale rilievo merita particolare attenzione poiché costituisce l'oggetto della recente ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale sollevata dalla Corte d'appello di Venezia il 24 maggio 2017 e, almeno potenzialmente, potrebbe costituire la via per mettere in discussione tutto il sistema regolativo oggi vigente delle astensioni collettive⁶⁵².

La questione di legittimità proposta ha come oggetto l'art. 2, commi 1, 2 e 5 della legge n. 146 del 1990, così come modificata dalla legge n. 83 del 2000, nella parte in cui non

⁶⁵¹ GIANFRANCESCO, *op. cit.*, 64, nota 62.

⁶⁵² Corte d'appello Venezia, ord., 24 maggio 2017, in www.archiviopenale.it.

prevede che la disciplina dei limiti temporali delle astensioni si debba applicare anche a quelle iniziative reiterate che, seppur cronologicamente distanziate, sono determinate dalle medesime motivazioni. Il giudice *a quo*, infatti, osserva come la previsione di un congruo preavviso e di un ragionevole limite temporale dell'astensione collettiva – nonché, di conseguenza, il bilanciamento tra contrapposti interessi realizzato dal sistema normativo attuale – sia stata valutata in riferimento alla singola e contingente iniziativa di astensione. Il giudice rimettente, sulla base di una visione d'insieme delle concrete modalità di attuazione dell'iniziativa, propone una rivisitazione dell'apprezzamento di ragionevolezza e di adeguatezza della disciplina in questione finora ritenuta sussistente. La censura, in un primo momento, si concentra sul numero massimo di giorni in cui, per l'attuale codice di autoregolamentazione è legittimo impedire – nell'esercizio di un diritto costituzionalmente tutelato – lo svolgimento della funzione giurisdizionale⁶⁵³: il giudice *a quo* lo ritiene sproporzionato, considerando tale dato già di per sé probante dell'assenza di coerenza e adeguatezza nell'attuale bilanciamento tra diritto di astensione del difensore, i diritti dell'utenza e l'esigenza che il servizio essenziale giustizia non resti paralizzato.

Ma il vero fulcro dell'ordinanza di rimessione consiste nell'osservazione della facile elusione dei limiti posti dalla disciplina di autoregolamentazione: infatti, si osserva come la reiterazione delle iniziative di astensione in tempi brevissimi, ossia quelli minimi previsti dalla stessa disciplina, motivate dalle stesse ragioni, renda inefficaci le prescrizioni del codice di autodisciplina, rivelando un sistema non coerente con i principi già indicati nella sentenza n. 171 del 1996 dalla Corte costituzionale⁶⁵⁴. Infatti, dietro alle plurime proclamazioni di protesta può scorgersi un'unica iniziativa associativa, articolata in modalità e tempi solo formalmente rispettosi dei principi appena evocati: infatti,

⁶⁵³ Il codice in questione riconosce il diritto al rinvio dell'udienza al difensore per ben 88 giorni lavorativi in 11 mesi all'anno (in tale conteggio è compiuto escludendo agosto poiché la legge impone la sospensione dei termini in tale periodo). Di conseguenza, il codice di autoregolamentazione considera legittimo che le astensioni collettive causino la perdita, nel 2017, composto da 235 giorni lavorativi, del 35 % annuo del tempo lavorativo utile.

⁶⁵⁴ La vicenda concreta sottostante all'ordinanza si riferisce a quattro astensioni collettive motivate dalla volontà di contestare oltre che il metodo di deliberazione del disegno di legge sulle modifiche al codice penale e di procedura penale (c.d. riforma Orlando, dal nome del ministro della Giustizia), avvenuta attraverso la richiesta della fiducia parlamentare, anche il provvedimento a livello contenutistico, in particolare in relazione alle modalità di partecipazione in videoconferenza e la prescrizione.

l'effetto principale della descritta condotta si concretizza nell'assenza di un preavviso tempestivo e congruo dell'iniziativa e nella conseguente impossibilità di determinare anticipatamente sia le varie fasi della protesta che il reale termine finale della medesima⁶⁵⁵.

Un diverso profilo capace di generare molteplici perplessità è costituito dal pieno riconoscimento all'interno dei procedimenti camerali di un diritto al rinvio del difensore che liberamente sceglie di aderire alla protesta di categoria⁶⁵⁶. Come abbiamo già avuto modo di osservare, in tale peculiare contesto l'oggettiva impossibilità partecipativa del medesimo difensore *ex art. 420 ter c.p.p.* non riveste alcun rilievo processuale, risultando il legittimo impedimento inidoneo a provocare il rinvio dell'udienza camerale. Ciò che si vuole mettere in discussione non è la diversità tra i due istituti, di cui già lungamente ci siamo occupati⁶⁵⁷, bensì la ragionevolezza del bilanciamento dei contrapposti interessi compiuto dal legislatore nelle due situazioni in esame. L'astensione collettiva e il legittimo impedimento, infatti, sono due istituti che sottendono valori ben lontani e diversi: rispettivamente, il diritto di associarsi dell'avvocato e il diritto di difesa⁶⁵⁸. Quest'ultimo, nello specifico profilo della partecipazione difensiva, può ben essere modulato diversamente con riferimento al procedimento e all'attività processuale svolta. Nell'ambito dell'udienza *ex art. 127 c.p.p.*, il legislatore ha scelto di far arretrare la garanzia difensiva alla quale risulta funzionale l'istituto del legittimo impedimento a favore delle esigenze di celerità ed economia del rito, ritenute prevalenti⁶⁵⁹. Queste ultime, allo stesso tempo, sono eclissate totalmente dall'esercizio del diritto di associazione da parte del difensore. In questo modo, il diritto costituzionale in questione, pur non condividendo la natura inviolabile del diritto di difesa *ex art. 24 Cost.*, si rivela

⁶⁵⁵ Corte d'appello Venezia, ord., 24 maggio 2017, cit. La Corte ha quindi sollevato d'ufficio questione di legittimità costituzionale dell'art. 2 commi 1, 2 e 5 della legge n. 146 del 1990 per contrasto con l'art. 97, 111, 3 e 24 Cost., nella parte in cui non prevede che l'obbligo di congruo preavviso e di ragionevole durata delle astensioni si applichi anche alle astensioni dalle udienze, successive e coordinate per essere determinate dalle medesime ragioni e, pertanto, da doversi considerare unitariamente.

⁶⁵⁶ Vedi *supra*, par. 8.

⁶⁵⁷ La quale ben potrebbe giustificare una diversità di trattamento. Vedi *supra*, cap. 2.

⁶⁵⁸ Sul punto si interroga LONATI, *op.cit.*, 281, giungendo a giustificare la diversità di trattamento riservata ai due istituti.

⁶⁵⁹ Il legislatore, nella valutazione di prevalenza di tali esigenze, ha tenuto debitamente conto della minore gravità dei reati attratti dai riti camerali. Il contenzioso di minore importanza, quindi, giustifica l'arretramento delle esigenze difensive. In questo senso vedi *supra*, par. 8.

del tutto «insensibile» alle peculiari caratteristiche processuali e «all'oggetto dell'attività giudiziaria» da cui il difensore decide di astenersi⁶⁶⁰.

Alla luce dell'esame dell'ormai decennale esperienza pratica successiva all'entrata in vigore del codice di autoregolamentazione, tutte le criticità fin qui segnalate inducono l'interprete a interrogarsi sulla reale adeguatezza del sistema normativo attuale a realizzare un efficace equilibrio tra principi costituzionali configgenti. Ci si interroga, quindi, sulla tenuta costituzionale del sistema che ha avuto origine dalle affermazioni contenute dalla sentenza della Corte costituzionale n. 171 del 1996, le quali hanno guidato l'intervento legislativo della legge n. 83 del 2000, a sua volta attributivo della competenza alla categoria forense all'individuazione delle regole di contemperamento del diritto di astensione degli avvocati e i diritti degli utenti.

Oltre ai puntuali rilievi inerenti l'operazione di bilanciamento effettuata all'interno della disciplina di autoregolamentazione che si sono appena ricordati, la maggiore critica che può essere mossa nei confronti del sistema normativo disciplinante l'astensione collettiva nell'ambito del servizio pubblico della giustizia è costituita dalla constatazione per cui quest'ultimo avrebbe realizzato unicamente il contemperamento del diritto di astensione e dei diritti degli utenti, lasciando del tutto impregiudicato il bilanciamento dei medesimo e altri diritti, non annoverabili tra i diritti soggettivi inerenti alla persona⁶⁶¹.

Infatti, la legge n. 146 del 1990, anche dopo la novella apportata dalla legge n. 83 del 2000, pare volta unicamente a risolvere il conflitto tra la posizione del difensore astinente e i diritti di azione e difesa dei soggetti che, a vario titolo, sono destinatari della funzione giurisdizionale. L'art. 1 della legge in questione individua, con riferimento al servizio pubblico essenziale dell'amministrazione della giustizia, quali situazioni meritevoli di tutela il diritto alla «libertà» e alla «sicurezza». Se non è stato avanzato alcun dubbio circa la possibilità di ricondurre tali due concetti al più generale diritto all'azione e alla difesa in giudizio, continuano tuttora a permanere consistenti dubbi in merito alla capacità di tali formule di comprendere anche situazioni di natura oggettiva, non definibili in termini di diritti soggettivi⁶⁶².

⁶⁶⁰ RAFARACI, *op.cit.*, 2084.

⁶⁶¹ CARINCI, *op. cit.*, 949 ss.

⁶⁶² GIANFRANCESCO, *Sciopero degli avvocati*, cit., 8.

L'esercizio della giurisdizione come servizio pubblico essenziale nei confronti dei cittadini costituisce solamente un'esplicazione possibile della funzione medesima, ma non l'unica: la giurisdizione, infatti, non è solo un problema di utenza, essendo innanzitutto una «questione di esistenza dello Stato di diritto e di controllo democratico del suo funzionamento e delle sue finalità»⁶⁶³. In realtà, il diritto di astensione, nei termini in cui è stato riconosciuto dalla Corte costituzionale in capo al difensore nella fondamentale sentenza n. 171 del 1996, dovrebbe trovare un limite non solo in altri diritti costituzionalmente tutelati configurati in capo ad altri soggetti coinvolti nel servizio, ma anche da quelle garanzie oggettive «necessarie ad assicurare la vita stessa della comunità e dello Stato»⁶⁶⁴.

In merito al profilo del bilanciamento tra la posizione dell'avvocato astinente e i canoni oggettivi di regolarità del regolare svolgimento della funzione giurisdizionale, particolare interesse suscita il rapporto tra il diritto all'astensione del difensore e la garanzia della durata ragionevole del processo di cui all'art. 111 comma 2 Cost. *In primis*, sembra assai difficile ricollegare il principio suddetto alle situazioni di «libertà» e «sicurezza» contemplate nell'art. 1 della legge n. 146 del 1990 e, conseguentemente, al codice di autoregolamentazione. D'altra parte, se si considera appurata la natura recessiva del principio in questione rispetto alle prerogative difensive riconosciute alle parti⁶⁶⁵, non è possibile asserire con pari sicurezza che il medesimo non sia idoneo a comprimere un diritto, come quello di astensione del difensore, per nulla attinente alle garanzie fondamentali del giusto processo.

Alla luce di questi rilievi, può affermarsi che l'attuale disciplina non appare idonea ad assicurare un ragionevole punto di equilibrio tra tutti i principi costituzionali configgenti: l'attenzione del legislatore risulta, infatti, completamente assorbita dalla volontà di risolvere la contrapposizione tra i diritti dall'avvocatura e i diritti dell'utenza, senza riconoscere sufficiente rilievo alle peculiari caratteristiche ed esigenze immanenti al processo penale. Si impone, così, l'esigenza di un nuovo intervento che riesca finalmente

⁶⁶³ Così la recentissima ordinanza di remissione alle Sezioni Unite della seconda sezione della Corte d'appello di Venezia.

⁶⁶⁴ Corte cost., 28 dicembre 1962, n. 123, cit., riferendosi ai limiti opposti allo sciopero dei lavoratori subordinati nell'ambito del settore dei servizi pubblici essenziali.

⁶⁶⁵ Vedi cap. I, par. 9.

a garantire il doveroso bilanciamento tra i diversi diritti e principi costituzionali antitetici, perseguendo l'obiettivo, espresso a suo tempo dalla fondamentale sentenza costituzionale n. 171 del 1996, del «pieno e ordinato esercizio di funzioni, come quella giurisdizionale, che assumono un rilievo fondamentale nell'ordinamento»⁶⁶⁶.

⁶⁶⁶ Corte cost., 27 maggio 1996, n. 171, cit.

Bibliografia

ACCORNERO, *La “terziarizzazione” del conflitto e i suoi effetti*, in *Gior. dir. lav. rel. ind.*, 1985, 17.

AIMOINETTO, *La durata ragionevole del processo penale*, Giappichelli, 1997, 165 ss.

AMATO, *Art. 18*, in *Rapporti civili*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di Branca, Zanichelli, 1977, 192,

AMODIO, *Ragionevole durata del processo penale, abuse of process e nuove esigenze di tutela dell'imputato*, in ID., *Processo penale, diritto europeo e common law: dal rito inquisitorio al giusto processo*, Giuffrè, 2003, 57.

APOSTOLI, *sub art. 40*, in *Commentario breve alla Costituzione*, a cura di Bartole - Bin, 2^a ed., Cedam, 2008, 396 ss.

APRILE, *Le misure cautelari nel processo penale*, Giuffrè, 2003, 272.

APRILE, SILVESTRI, *La formazione della prova penale dopo le leggi sulle indagini difensive sul “giusto processo”*, Giuffrè, 2002, 3 ss.

BALDASSARRE, *Iniziativa economica privata*, in *Enc. dir.*, XXI, Giuffrè, 1971, 594.

BALDASSARRE, *Lo sciopero e i “limiti” dell'art. 41 della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1965, 1965 ss.

BALDUCCI, *Considerazioni in tema di rinvio ad udienza fissa*, in *Cass. pen.*, 1978, 958.

BALZAROTTI, *Impedimento a comparire (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Annali, II, Giuffrè, 2008, 475.

BARGIS, *Commento all'art. 15 l. 8 agosto 1995, n. 332*, in *Leg. pen.*, 1995, 722.

BARGIS, *L'impedimento del difensore e l'astensione collettiva dalle udienze*, in *Il diritto processuale penale nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di Conso, Edizioni scientifiche italiane, 2006, p. 219.

BARILE, *Associazione (dir.civ)*, in *Enc. dir.*, 1958, Giuffrè, 840.

BARTOLO, *Prescrizione del reato*, in *Enc. giur.*, XXIV, Treccani, 1991, 4.

BASTIANON, *Due pronunce, tanti problemi, nessuna soluzione: ovvero gli avvocati e l'antitrust secondo la Corte di Giustizia*, in *Foro it.*, IV, 2002, 188.

BELLERO, *Tutela sostanziale del diritto di difesa e nuovo corso della giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1972, II, 1001.

BELTRANI, *Adesione del difensore all'astensione dalle udienze e sospensione della prescrizione*, in *Cass. pen.*, 2008, 1777.

BERTI ARNOALDI VELI, *Breve storia dei sindacati forensi (1964-1966)*, in *Rass. For.*, 1997, 17.

BERTOLOTTI, *Una pronuncia dell Corte di Giustizia: lo spedizioniere doganale, il libero professionista, esercita attività di impresa. Sulla nozione comunitaria di impresa.*

BETOCCHI, *il binomio imputato-difensore: garanzie concrete di effettività della difesa e criteri di composizione delle situazioni di conflittualità*, in *Riv. it.dir. proc. pen.*,

BRICCHETTI, *Atti interruttivi : cambia il tetto invalicabile*, in *Guida dir.*, 2006, fasc. 1, 75;

BUONOCORE, *Primi orientamenti della giurisprudenza onoraria in tema di società delle professionali*, in *Giur. comm.*, 1976, 100.

CAFAGGI, *Crisi della statualità, pluralismo e modelli di autoregolamentazione*, in *Pol. dir.*, 2001, 550.

CAGNANI, *L'avvocatura offre piena collaborazione per predisporre la nuova disciplina*, in *Guida dir.*, 1996, fasc. 24, 51.

CALAMANDREI, *Significato costituzionale del diritto di sciopero*, in *Riv. giur. lav.*, 1952, 221 ss.

CARINCI, *L'improbabile rilievo costituzionale dell'autotutela collettiva di lavoratori autonomi, professionisti e piccoli imprenditori. A proposito dell'art. 2bis, legge n. 146 del 1990*, in *Arg. dir. lav.*, 2001, 943.

CARINCI, DE LUCA TAMAJO, TOSI, TREU, *Il diritto sindacale*, in *Diritto del lavoro*, 5^a ed., Utet, 2006, 247 ss.

CARLI GARDINO, *Il diritto di difesa nell'istruttoria penale*, Giuffrè, 1983, 23 ss.

CARNELUTTI, *Principi del processo penale*, Morano, 1960, 55.

CARULLI, *La difesa dell'imputato*, Jovene, 1981, 35 ss.

CARUSO, NICOSIA, *Il conflitto collettivo post moderno: lo "sciopero" dei lavoratori autonomi*, in *WP C.S.D.L.E., Massimo D'Antona*, in www.lexunict/eurolabor.it, 2006, 4.

CATELANI, *Gli ordini e i collegi professionali nel diritto pubblico*, Giuffrè, 1976, 101.

CAVALERI, *Iniziativa economica privata e costituzione "vivente". Contributo allo studio della giurisprudenza sull'art. 41 Cost.*, Cedam, 1978, 68.

CAVALLARI, *La restituzione nel termine nel sistema processuale penale*, Cedam, 1957, 188.

CECCHETTI, *Riforma dell'art. 111 della Costituzione e giurisprudenza costituzionale: analisi e bilancio del primo triennio in AA.VV., Diritti, nuove tecnologie, trasformazioni sociali. Scritti in memoria di Paolo Barile*, Cedam, 2003, 196 ss.

CENCI, *sciopero degli avvocati e sospensione dei termini di custodia cautelare tra vecchio e nuovo codice*, in *Giur. it.*, 1992, II, 399 ss.

- CERESA CASTALDO, *Sciopero degli avvocati e sospensione de i termini ex art. 272 c.p.p.*
- CERESA GASTALDO, *Ridisegnati dalle Sezioni Unite i rapporti tra prescrizione del reato, tempi del processo e durata della custodia cautelare*, cit., 148, nota 29.
- CHIAVARIO, *La sospensione del processo penale*, Giuffrè, 1967, 23 ss.
- CHIAVARIO, *Processo e garanzie della persona*, II, Giuffrè, 1982, 113 ss.
- CHIAVARIO, *Sospensione del processo (Dir. proc. pen.)*, in *Enc. giur.*, Treccani, XXX, 1993, 1.
- COMOGLIO, *Le garanzie fondamentali del giusto processo*, in *Riv. it. sc. giur.*, 2000, 335 ss.
- CONFALONIERI, *Imputato «in vinculis» e sciopero degli avvocati*, in *Giur. it.*, 1992, II, 729 ss.
- CONFALONIERI, *La prescrizione come causa di elusione del diritto al difensore di fiducia*, in *Cass. pen.*, 1994, 2461.
- CONSO, *Considerazioni in tema di contraddittorio*, in *Costituzione e processo penale*, Giuffrè, 1969, 348;
- CONSO, *Costituzione e processo penale*, Giuffrè, 1969, 40.
- CONSO, *Un tabù che mette in crisi troppe cose*, in *Dir. pen. proc.*, 1990, 929.
- CONTI, *Giusto processo (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Agg., V, Giuffrè, 2001, 630 ss.
- CORSINOVI, *Astensione degli avvocati dalle udienze e sciopero dei servizi pubblici essenziali*, in *Riv. dir. lav.*, 1996, II, 295 ss.
- CRISAFULLI, *Associazioni (dir. civ.)*, in *N. Dig. it.* I, Giappichelli, 1937, 1035.
- CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Cedam, 1984, 402 ss.

D'ANDRIA, *I contrasti giurisprudenziali e l'intervento delle Sezioni Unite in tema di impedimento del difensore per concorrenti impegni professionali*, in *Cass. pen.*, 1992, 1791.

D'ATENA, *L'efficacia degli accordi contemplati dalla legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali*, in *Giur. cost.*, 1996, 3024.

D'ATENA, *Sciopero nei servizi pubblici essenziali*, in *Enc. dir.*, Agg., III, Giuffrè, 1999, 975.

DE MARSICO, *Il diritto processuale penale*, Jovene, 1938, 88 ss.

DE MARSICO, *Lezioni di diritto processuale penale*, 3^a ed., 1955, 96.

DE SIERVO, *Associazione (libertà di)*, in *Dig. pubbl.*, I, 1987, 487 ss.

DENTI, *La difesa come diritto e come garanzia*, in AA.VV., *Il problema dell'autodifesa nel processo penale*, a cura di Grevi, Zanichelli, 1977, 48.

DERRIDA, *Il diritto alla giustizia*, in AA.VV., *Diritto giustizia e interpretazione*, a cura di Derrida-Vattimo, Roma, 1988, 32.

DEZZA, *Lezioni di storia del processo penale*, Pavia University press, 2013, 1 ss.

DI BITONTO, *Le Sezioni Unite reinterpretano il combinato disposto degli artt. 159 e 304 c.p.p.: l'astensione collettiva dei difensori dalle udienze penali sospende il corso della prescrizione*.

DI CERBO, *Serrata (libertà di)*, in *N.ssimio dig. it.*, 1987, Giappichelli, 150.

DI CHIARA, *Le linee prospettive del «difendersi ricercando»: luci e ombre sulle “nuove” investigazioni difensive*, in *Leg. pen.*, 2002, 7.

DI DEDDA, *L'astensione collettiva degli esercenti le professioni forensi e i principi costituzionali. La sentenza della Consulta e il disegno di legge del Governo*, in *Doc. giust.*, 1996, 2101.

DI FILIPPO, *Sui rapporti tra l'astensione dalle udienze degli avvocati e il diritto di sciopero alla luce della sent. n. 171 del 1996 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1996, 1586.

DI NICOLA, GUZZETTA, *L'esercizio del diritto e suo abuso. L'astensione degli avvocati tra disciplina costituzionale ed ordinamento penale*, in *Cass. pen.*, 1998, 468.

DI NICOLA, sub art. 50, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da Chiavario, I, Utet, 1989, 262.

DIDDI, *Ipotesi sospensive della prescrizione tra diritto e processo*, in AA.VV., *Nuove norme su prescrizione del reato e recidiva*, a cura di Scalfati, Cedam, 2006, 135.

DOMINIONI, *Autodifesa e difesa tecnica nel processo di prevenzione criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967.

DOMINIONI, *Le investigazioni del difensore ed il suo intervento nella fase delle indagini preliminari*, in *Dif. pen.*, 1990, 26.

DOMINIONI, *Le parti del processo penale*, Giuffrè, 1985, 291 ss.

ELIA, *La Corte ha fatto vincere la Costituzione. Analogamente, Corte cost. 16 maggio 2002, n. 195*, ivi, 2002, 1543.

ESPOSITO, *Lo Stato e i sindacati nella costituzione italiana*, in *La costituzione italiana. Saggi*, Cedam, 1954, 164.

F. CARINCI, DE LUCA TAMAJO, TOSI, TREU, *Il Diritto sindacale*, in *Diritto del lavoro*, I, Utet, 5^a ed., 2006, 278.

FERRUA, *Difesa (diritto di)*, in *Dig. disc. pen.*, III, Utet, 1994, 474 ss.

FERRUA, *I maxi-processi e la L.17 febbraio 1987, n. 29*, in *Cass. pen.*, 1987, 1662.

FERRUA, *I termini massimi di custodia cautelare*, in *La nuova disciplina della libertà personale nel processo penale*, a cura di Grevi, Padova, 1985, 302;

- FERRUA, *Il “giusto processo”*, 3^aed., Zanichelli, 2012, 108.
- FERRUA, *Il “giusto” processo tra modelli, regole e principi*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, 404.
- FILIPPUCCI, *Sciopero degli avvocati tra nuova regolamentazione e giusto processo*, in *Giur. it.*, 2002, 2130.
- FONTANA, *Modifiche e integrazioni alla legge sullo sciopero nei servizi pubblici ed essenziali*, in *Le nuove leggi civili commentate*, Cedam, 2000, 961.
- FORTUNA, DRAGONE, FASSONE, GIUSTOZZI, PIGNATELLI, *Manuale pratico del nuovo processo penale*, 4^a ed., Cedam, 1995, 756.
- FOSCHINI, *Dibattimento*, in *Enc. dir.*, XII, Giuffrè, 1964, 345 ss.
- FOSCHINI, *I principi fondamentali del dibattimento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1963, 1043.
- FRIGO, *Le ragioni di uno “sciopero” senza precedenti*, in *Dir. pen. proc.*, 1995, 799.
- FRIGO, *Verso il nuovo processo penale, La posizione del difensore nel nuovo processo penale*, in *Giust. pen.*, 1988, 547.
- GALATINO, *L’astensione dei lavoratori autonomi*, in *Dir. lav.*, 2002, 147.
- GAMBINI, *L’intrinseca debolezza del principio di ragionevole durata del processo*, in *Giur. cost.*, 2006, 461.
- GARAVELLI, *Commento all’art. 127*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da Chiavario, II, Utet, 1991, 95.
- GATTO, *Le investigazioni preventive del difensore*, Giuffrè, 2003.
- GAZZANIGA, *In tema di abbandono della difesa per asserita violazione dei diritti dell’imputato*, in *Cass. pen.*, 1986, 1966.
- GIANFRANCESCO, *“Sciopero” degli avvocati e Costituzione*, Giuffrè, 2002, 5.

GIANFRANCESCO, *L'ord. n. 116 del 2008 e lo "sciopero" degli avvocati: piccoli casi, gravi questioni*, in *Giur. cost.*, 2008, 2662.

GIANZI, *Contumacia, (dir. proc. pen.)*, in *Enc. Dir.*, X, Giuffrè, 2008, 472 ss.

GIARDA, *Un cammino appena iniziato*, in *Le indagini difensive, legge 7 dicembre 2000*, n. 394, Ipsoa, 2001, 8.

GIORGIANNI, *L'astensione dall'attività forense: un criterio univoco tra tanti principi. Applicabilità nelle controversie di lavoro*, in *Giur. merito*, 2000, 56 ss.

GIOSTRA, *Contraddittorio (principio del)*, II) *Diritto processuale penale*, in *Enc. giur.*, VIII, Treccani, 2001, 4.

GIOSTRA, *Quando il fine non giustifica i mezzi*, in *Dir. pen. proc.*, 1995, 801.

GIOSTRA, *Valori ideali e prospettive metodologiche del contraddittorio in sede penale*, in *Pol. dir.*, 1986, 23.

GIUGNI, *Ampliata la nozione del diritto di sciopero per garantire le libertà costituzionali*, in *Guida dir.*, 1996, n. 24, 47.

GIUGNI, *Commento all'art. 39 Cost., Commentario alla Costituzione*, a cura di Branca, Zanichelli, *Il Foro Italiano*, 1979, 270.

GIUGNI, *Il diritto sindacale*, 8^a ed., Cacucci, 1988, 215.

GRAGNOLI, *Sciopero nei servizi pubblici essenziali ed efficacia soggettiva dei contratti sulle "prestazioni indispensabili"*, in *Arg. dir. lav.*, 1997, 152.

GREVI, *Alla ricerca di un processo penale «giusto». Itinerari e prospettive*, Giuffrè, 2000, 42.

GREVI, *Dal giudice unico all'astensione degli avvocati: il Governo presenta la Giustizia che verrà*, in *Guida al diritto*, fasc. 33, 1996, 12.

GREVI, *Introduzione*, in AA.VV., *Il problema dell'autodifesa nel processo penale*, a cura di Grevi, Zanichelli, 1977, 45.

GREVI, *L'adesione allo «sciopero» dei difensori non costituisce «legittimo impedimento» (a proposito del regime di sospensione del corso della prescrizione)*, in *Cass. pen.*, 2006, 2059.

GREVI, *Legge Mancino-Violante e giurisprudenza della Corte europea*, in *Quaderni Giustizia*, 1987, 71.

GREVI, *Più luci che ombre nella l. 8 agosto 1995, n. 332, tra istanze garantistiche ed esigenze del processo*, in AA.VV., *Misure cautelari e diritto penale*, a cura di Grevi, Giuffrè, 1996, 33 ss.

GREVI, *Sui rapporti tra sospensione del corso della prescrizione e sospensione dei termini di custodia cautelare nel caso di sciopero dei difensori*, in *Cass. pen.*, 2000, 2938-2939, nota 17.

GREVI, *Sui rapporti tra sospensione del corso della prescrizione*, cit., 2945 circa l'ordinanza Corte cost., 22 giugno 2000, n. 233, in *Cass. pen.*, 2833 ss.

GREVI, *Un freno all'uso distorto della richiesta di rimessione a tutela dell'efficienza del processo penale: la parziale illegittimità dell'art. 47 comma 1 c.p.p. (con un corollario sulla correlativa illegittimità dell'art. 47 comma 1 c.p.p. di ricusazione)*, in *Cass. pen.*, 1997, 1277.

GRIFANTINI, *Commento all'art. 15 l. 8 agosto 1995, n. 332*, in AA.VV., *Modifiche al codice di procedura penale*, Cedam, 1995, 218.

GROSSI, *I diritti di libertà ad uso di lezioni*, Giappichelli, 1988, 210 ss.

GUERINI, *Il diritto del difensore di astensione dalle udienze: la parola delle Sezioni Unite*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it.

GUERINI, *Le Sezioni Unite su astensione del difensore e procedimenti camerali a partecipazione facoltativa, diritto al rinvio ed esercizio del diritto di astensione dei difensori delle parti private*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it.

GUZZETTA, *Considerazioni su di una sentenza in tema di c.d. "libertà sociale" in rapporto agli artt. 16, 17, 18 e 21 Cost. ed al regime costituzionale dei diritti di libertà*, in *Giur. cost.*, 1998, 595 ss.

IAFISCO, *Nuovo orientamento della Suprema Corte in tema di adesione del difensore alle astensioni dalle udienze e regime della prescrizione: inapplicabili i limiti di durata della sospensione previsti per il legittimo impedimento*, in *Cass. pen.*, 2008, 4095.

ILLUMINATI, *Giudizio*, in Conso-Grevi-Bargis, *Compendio di procedura penale*, 8^a ed., Cedam, 2016, 696 ss.

KALB, *Malattia del difensore di fiducia e insufficienza della difesa d'ufficio*, in *Giust. Pen.*, 1981, III, 7.

LEGA, *Le libere professioni intellettuali*, Giuffrè, 1974, 668.

MAGI, *L'astensione degli avvocati penalisti, tra istanze repressive e rivendicazione dell'effettività della difesa*, in *Cass. pen.*, 1995, I, 1717.

MAGNANI, *Diritto del contratto di lavoro*, Giuffrè, 2009, 12.

MAIORCA, *Una occasione mancata: la sentenza della Corte costituzionale sul "rifiuto della difesa"*, in *R. it. dir. proc. pen.*, 1980, 1371 ss.

MANCINI, sub *art. 3, comma 2*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di Branca, Bologna - Roma, 1975, 162 ss.

MANCUSO, *Diritto di sciopero ed esigenze di giustizia: quale interesse deve prevalere*, in *Giur. it.*, 2003, 1900 ss.;

MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, V, Giappichelli, 1950, 303.

- MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, II, 5^aed., 1956, 513.
- MARCHETTO, PRADI, *Professioni intellettuali*, in *Dig. disc. priv.*, XV, Giappichelli, 1997, 356.
- MARINI, *Il "privato" e la costituzione. Rapporto tra proprietà e impresa*, Giuffrè, 2000, 76 ss.
- MARZADURI, *La riforma dell'art. 111 Cost., tra spinte contingenti e ricerca di un modello costituzionale del processo penale*, in *Leg. pen.*, 2000, 758.
- MASSA, *Il difensore nel processo penale*, in *Arch. pen.*, 1953, I, 202.
- MASSA., *Difensore impedito, imputato indifeso?* In *Foro pen.*, 1964, 156.
- MATI, *In attesa delle regole sulle astensioni le toghe agiranno con senso di responsabilità*, in *Guida dir.*, 1996, fasc. 24, 52.
- MAZZONI, *Serrata*, in *Enc. giur.*, XXVIII, Treccani, 1992, 2.
- MELCHIONDA, *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da Chiavario, V, Utet, 1991, 147.
- MELCHIONDA, *Sub art. 486*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da Chiavario, V, Giappichelli, 1991, 145.
- MENGHINI, *Le regole applicabili allo "sciopero" degli avvocati e le competenze della Commissione di Garanzia dopo la sentenza 171/1996 della Corte costituzionale*, in *Riv. giur. lav.*, 1997, I, 294.
- MICALI, *Lo sciopero quale diritto naturale nell'esegesi storico – giuridica secondo i lavori preparatori dell'art. 40 Cost.*, in *Arch. civ.*, 1993, 657.
- MILLER, *Il tentativo (riuscito parzialmente) di bilanciare esigenze contrapposte*, in *Dir. giust.*, 2002, Fasc. 12, 18.

MITTICA, *Astensione del difensore e diritto di ottenere il differimento dell'udienza*, in *Proc. pen. giust.*, 2015, 142.

MODUGNO, *Fonti del diritto*, in *Dig. disc. publ.*, I, Utet, 2010, 192.

MOLARI, *Prescrizione del reato e della pena (dir. proc. pen.)*, in *Noviss.dig.it.*, XII, Utet, 1966, 698.

MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Cedam, 10^aed., 149 ss.

MOSCARINI, *La contumacia dell'imputato*, Giuffrè, 1997.

MOSCARINI, sub art. 183 bis c.p.p., in *Commentario breve al codice di procedure penale*, a cura di Conso, Grevi, Cedam, 1987, 605.

NAPPI, *Prescrizione del reato e ragionevole durata del processo*, in *Cass. pen.*, 2005, 1489.

NICCOLAI, "Sciopero" degli avvocati e altre questioni sull'apparato sanzionatorio in materia di sciopero nei servizi pubblici essenziali, in *Riv. it. dir. lav.*, 1997, 668 ss.

NOGLER, *Proteste collettive dei lavoratori autonomi nei servizi essenziali: una disciplina con due anime*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 2001, 96.

NUNZIATA, *Nota a Corte cost. sent. n. 114/1994*, in *Nuovo dir.*, 1994, 624.

NUNZIATA, *Sulla necessità e urgenza di regolamentare l'astensione collettiva dalle udienze di avvocati e procuratori legali*, in *Arch. n. proc. pen.*, 1995, 556.

ODDI, *La Corte di Cassazione e l'utilizzo spinto, in chiave ermeneutica, del principio della «ragionevole durata» del processo (ovvero: di due casi emblematici di «eccesso» di...interpretazione costituzionalmente conforme)*, in www.costituzionalismo.it.

ONIDA, *Due passi avanti e uno indietro in tema di valutazione costituzionale dello sciopero*, in *Giur. cost.*, 1974, 3394.

ORLANDI, *Diritti individuali e processo penale nell'Italia Repubblicana*, in *Quaderni per la storia del pensiero giuridico moderno*, a cura di Negri, Pifferi, Giuffrè, 2011, 76.

PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Lezione. Parte speciale*, 2ª ed., Cedam, 1992, 493.

PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, 2ª ed., Cedam, 1992, 170, nota 252.

PANUCCIO, *Astensioni forensi: abbandono di difesa?*, in *Rass. For.*, 1996, 8.

PASSARELLI, *Sulla libertà sindacale dell'imprenditoria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1976, 170.

PECORELLA, *I codici di autodisciplina vanno consolidati, il legislatore intervenga solo successivamente*, in *Guida dir.*, 1996, fasc. 24, 53.

PECORELLA, *Relazione di accompagnamento alla proposta concernente direttive per l'autoregolamentazione dell'astensione dalle udienze penali*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, 103 ss.

PECORI, *Impedimento dell'imputato o del difensore e sospensione dei termini di prescrizione del reato*, in *Riv. dir. pen.*, 2003, 548.

PEDRAZZI, *Lo sciopero nella legge penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1963, 1085;

PERA, *Sciopero (dir. cost. e del lav.)*, in *Enc. dir.*, XLI, Giuffrè, 1989, 699.

PERA, *Serrata e diritto di sciopero*, Giuffrè, 1969, 5 ss.

PERA, *Sullo sciopero degli avvocati*, in *Giust. civ.*, 1996, 2188.

PERSIANI, *Diritti fondamentali della persona e diritto dei lavoratori a scioperare*, in *Dir. lav.*, 1992, 17.

PILATI, *Gli avvocati, l'astensione dalle udienze e la legge n. 146/90*, in *Lav. giur.*, 1997, 18.

PILATI, *I diritti di sciopero*, Cedam, 2004, 203.

PILATI, *Il conflitto collettivo nell'area del lavoro autonomo*, in *La nuova disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali*, a cura di Pascucci, Ipsoa, 2000, 84 ss.

PINO, *La Corte costituzionale e l'astensione dal lavoro degli avvocati: i margini di applicazione della legge n. 146/1990 e il dibattito in seno alla commissione di garanzia*, in *Foro it.*, 1997, I, 1030

PINO, *Manuale sul conflitto nei servizi pubblici essenziali*, Giappichelli, 2009, 25.

PISA, *Prescrizione (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, XXXV, Giuffrè, 1986, 87-89.

PISANI, *Aspetti e limiti dell'autodifesa dell'imputato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1961, 289 ss.

PIZZI, *Brevi note sull'astensione collettiva degli avvocati dall'attività giudiziaria*, in *Giur. it.*, 1996, 546.

PIZZORUSSO, *Nuove tecniche decisorie della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1992, 3210 ss.

PLESSI, *Il «no» delle Sezioni unite alla rilevanza dell'impedimento del difensore nelle udienze camerale con partecipazione facoltativa di accusa e difesa*, *ivi*, 1999, 2070 ss.

PONARI, *Le manifestazioni conflittuali del lavoro autonomo*, in *Le regole dello sciopero. Commento sistematico alla legge 83/2000*, a cura di Santoni, Jovene, 2001, 39.

POTETTI, *Novità in tema di prescrizione (l. 5 dicembre 2005, n. 251, c.d. ex Cirielli)*, in *Cass. pen.*, 2006, 3245.

PULITANÒ, *Lo sciopero degli avvocati: se, come, quando*, in *Dir. pen., proc.*, 1999, 6.

PULITANÒ, *Sciopero (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, XLI, Giuffrè, 1989, 737.

RAFARACI, *Una “presa d’atto” molto attesa: l’adesione del difensore all’astensione collettiva dalle udienze impone il rinvio anche nei riti camerali a partecipazione non necessaria*, in *Cass. pen.*, 2014, 2080 ss.

RAFFI, *Sciopero nei servizi pubblici essenziali. Orientamenti della Commissione di garanzia*, Giuffrè, 2001, 155.

RANDAZZO, *Le indagini della difesa dopo la legge 7 dicembre 2000, n. 397*, Giuffrè, 2001, 7.

RIDOLA, *Democrazia pluralistica e libertà associative*, Giuffrè, 214 ss., oltre che da PACE, *Sub art. 18, op. cit.*, 191 ss.

ROMAGNOLI, *Il diritto di sciopero: ieri e oggi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, 1165.

ROMAGNOLI, *Le fonti regolative dello sciopero nei servizi essenziali*, in *Lav. dir.*, 1991, 582.

ROSELLI, *La dimensione costituzionale dello sciopero. Lo sciopero come indicatore delle trasformazioni costituzionali*, Giappichelli, 2005, 88 ss.

RUGA RIVA, *Lo sciopero degli avvocati e modifiche alla legge sui servizi pubblici ed essenziali*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, 770.

RUGA RIVA, *Sciopero (profili penalistici dello)*, in *Dig. Pen., Agg.*, Giuffrè, 2000, 447 ss.

RUSCIANO, *Commento all’art. 1*, in *Lo sciopero nei servizi pubblici essenziali. Commentario alla legge 12 giugno 1990, n. 146*, a cura di Rusciano, Santoro Passarelli, Giuffrè, 1991, 12 ss.

RUTA, *Stasi del processo e sospensione dei termini di prescrizione del reato: un lodevole tentativo di arginare manovre dilatorie*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 705 ss.

SABATINI, *Del legittimo impedimento del difensore di fiducia a comparire in dibattimento*, in *Giust. pen.*, 1952, III, 208.

SANDULLI, *Fonti del diritto*, in *Noviss. dig. it.*, VII, Giappichelli, 1961, 527-529.

SANTONI, *L'organizzazione e l'azione sindacale dei professionisti*, in *Dir. lav.*, 1999, I, 1.

SANTONI, *Lo "sciopero degli avvocati" nel giudizio della Corte costituzionale*, in *Mass. Giur. Lav.*, 1996, 468.

SANTONI, *Lo sciopero*, 5^a ed., Jovene, 2001, 117.

SANTONINI, *Lo "sciopero degli avvocati" nel giudizio della Corte costituzionale*, in *Mass. Giur. lav.*, 1996, 464.

SANTORO PASSARELLI, *Commento all'art. 1*, in *Lo sciopero nei servizi essenziali. Commentario alla legge 12 giugno 1990 n. 146*, a cura di Rusciano e Santoro-Passarelli, Giuffrè, 1991, 22.

SANTORO PASSARELLI, *Diritto di sciopero, libertà di serrata*, in *Riv. dir. lav.*, 1960, 7 ss.

SANTORO PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*, 35^a ed., Jovene, 1987, 29.

SCAPARONE, *Evoluzione e involuzione del diritto di difesa*, Giuffrè, 1981, 33.

SCOGNAMIGLIO, *Diritto del lavoro*, Jovene, 342-343.

SCOLETTA, *La rilevanza delle questioni di legittimità costituzionale in malam partem, il caso della prescrizione del reato*, in *Dir. pen. cont.*, 2012, 117.

SENESE, *Il diritto degli avvocati di astenersi dalle udienze. Riflessioni su recenti vicende*, in *Crit. Dir.*, 1995, 110.

SILVANI, *La prescrizione del reato nella prassi applicativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 1197.

SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, Jovene, 1959, 70 ss.

SPIGARELLI, *Le Sezioni Unite Lattanzio: un intervento in chiaroscuro sul diritto di astensione del difensore*, in *Giur. it.*, 2014, 2855.

SUPPIEJ, *Sciopero degli avvocati, Corte costituzionale, Commissione di Garanzia e Consiglio forense*, in *Arg. Dir. lav.*, 1997, 237 ss.

TASSI, *Il sindacato di ragionevolezza della corte costituzionale sul sistema penale*, in *Riv.it.dir.proc. pen.*, 2002, 223

TOPO, *L'astensione dei difensori dalle udienze come esercizio del diritto di sciopero*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1995, 691.

TOPO, *Tutela e rappresentanza degli interessi collettivi nel lavoro autonomo*, in *Lav. Dir.*, 1997, 203 ss.

TORREBRUNO, *L'impedimento del difensore e l'art. 24 della Costituzione*, in *Giust. pen.*, 1973, I, 248.

TREU, *Commento all'art. 1, in il diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali, a cura di Treu*, in *Le nuove leggi civili commentate*, Cedam, 1991, 5.

UBERTIS, *Contumacia (procedimento in)*, *Dir. proc. pen.*, in *Enc. giur.*, IX, Treccani, 1988, 2 ss.

UBERTIS, *Commentario al nuovo codice di procedura penale*, diretto da Amodio, Dominioni, art. 175-176 c.p.p., II, Giuffrè, 1989, 284.

UBERTIS, *Principi di procedura penale europea. Le regole del giusto processo*, 2^aed., Cortina, Giuffrè, 2009, 19.

UBERTIS, *Sospensione del processo penale*, in *Enc. dir.*, Agg., I, Giuffrè, 1997, 937.

UBERTIS, *Verso un "giusto processo" penale*, Giappichelli, 1997, 28.

VALCAVI, *Sulla presunta illegittimità dell'astensione dalle udienze degli avvocati*, in *Dir. lav.*, 1995, fasc. 5, 415.

VARESE, *Gli articoli 39 e 40 della Costituzione*, Roma, 1968, 12 ss.

VASSALLI, *Il diritto di difendersi provando nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, 12.

VICOLI, *La «ragionevole durata» delle indagini*, Giappichelli, 2012, 75 ss.

VILLONE, *Sciopero e solidarietà nella Costituzione italiana*, 12

ZACCONE, *Difensore di fiducia e difensore d'ufficio*, in *Giur. it.*, 1952, II, 211.

ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Einaudi, 1992, 126

ZAGREBELSKY, *L'autodifesa di fronte alla Corte costituzionale*:

ZAGREBELSKY, *La ragionevole durata dei procedimenti*, in *Arch. pen.*, 2009.