Astensione avvocati

Cass. pen. Sez. Unite, Sent., (ud. 14-03-2014) 29-09-2014, n. 40187

1. Il Tribunale di Ferrara, con sentenza del 17 aprile 2008, dichiarò L.A. colpevole dei reati di bancarotta fraudolenta patrimoniale e documentale, commessi quale amministratore di fatto della Euro Motors 2000 s.r.l., dichiarata fallita il (OMISSIS), e A.R. colpevole del reato di bancarotta fraudolenta documentale, commesso in concorso con il L., nella qualità di amministratrice di diritto della suddetta società;

e ciò per avere, da un lato, distratto beni e danaro della società (mai consegnati alla curatela, ne da questa reperiti) per complessivi Euro 133.845,63, e, da un altro lato, occultato i libri e le scritture contabili della società, o comunque per averli tenuti in modo da non consentire la ricostruzione del patrimonio e del movimento degli affari.

Rileva qui ricordare che, in vista dell'udienza del 5 luglio 2007, nella quale era prevista la deposizione di una teste di accusa, il difensore di fiducia dell'imputato L.A., avv. Giacomo Lattanzio, aveva fatto pervenire in cancelleria a mezzo fax una dichiarazione di adesione all'astensione proclamata dalle Camere penali con richiesta di rinvio dell'udienza. Il Tribunale, all'udienza, respinse l'istanza, nominò al difensore non comparso un sostituto ex art. 97 c.p.p., comma 4, e dispose ugualmente l'escussione della teste, per il motivo: - che la teste aveva affrontato un viaggio da Bari per partecipare all'udienza; - che l'assunzione della testimonianza appariva "improcrastinabile ai fini di giustizia, non potendosi costringere la teste a ricomparire in altra udienza neppure coattivamente, in quanto una tale misura apparirebbe verosimilmente vessatoria e contraria ai fondamentali diritti delle parti"; - che la testimonianza era necessaria e non si poteva garantire la presenza della teste in altra udienza, sicché l'atto appariva urgente ed indifferibile.

La Corte di appello di Bologna, con sentenza del 17 luglio 2012, ridusse le pene confermando nel resto la sentenza di primo grado. In particolare, rigettò l'eccezione della difesa relativa al mancato rinvio dell'udienza del 5 luglio 2007, per il motivo: - che il giudice, nel valutare la richiesta del difensore di rinvio per adesione ad una astensione di categoria, "non deve tenere conto delle norme del codice di autoregolamentazione dell'Avvocatura circa la disciplina delle modalità dell'astensione collettiva"; - che "invero, l'art. 4 del codice di autoregolamentazione indica le ragioni per cui il difensore non può astenersi, e non, invece, quelle che, sole, possano consentire al Tribunale di dichiarare di doversi procedere"; - che nella specie il Tribunale aveva "operato una comparazione, logicamente motivata, tra il diritto del difensore di aderire all'astensione collettiva, e le esigenze di giustizia, rappresentate dalla necessità di procedere all'audizione di una teste... che aveva affrontato un lungo viaggio da Bari per essere sentita in dibattimento e che, se il processo fosse stato rinviato, avrebbe dovuto... affrontare altri due lunghi viaggi"; - che dunque, il Tribunale aveva "indicato fondate ragioni di giustizia che imponevano la celebrazione del processo in quell'udienza".

2. Contro tale sentenza ha proposto personalmente ricorso per cassazione L.A., deducendo i seguenti sei motivi:

1) Violazione dell'art. 420 ter c.p.p., per essere stata rigettata la richiesta di rinvio dell'udienza del 3 maggio 2007, formulata per impedimento del difensore. In particolare, censura la motivazione nella parte in cui ha ritenuto l'impedimento non assoluto per la possibilità di spostarsi con mezzi pubblici, senza considerare la notevole distanza da

percorrere.

2) Violazione dell'art. 420 ter c.p.p., per essere stata illegittimamente rigettata la richiesta di rinvio dell'udienza del 5 luglio 2007 per adesione del difensore all'astensione proclamata dalle Camere penali. Dopo aver ricordato la motivazione adottata dalla Corte di appello per giustificare il mancato rinvio, eccepisce la violazione dell'art. 4 del codice di autoregolamentazione perché l'audizione di una teste (che peraltro non si era presentata nelle tre udienze precedenti) non rientra in alcuna delle situazioni ostative all'astensione ivi contemplate (imminente prescrizione, decorrenza dei termini di custodia cautelare, presenza di detenuti ecc), ne poteva aversi riguardo alla disponibilità di una testimone. Pertanto erroneamente è stata respinta l'eccezione di nullità della sentenza di primo grado per violazione del diritto di difesa, sacrificando illegittimamente "un diritto costituzionalmente garantito (sotto forma del diritto dell'associazione)", superabile solo "quando vi sia un interesse dello Stato come quello relativo alla prescrizione del reato".

3) Erronea applicazione dell'art. 507 c.p.p., per essere state rigettate le richieste di prova avanzate all'udienza del 6 marzo 2008 nonché quella relativa all'escussione del teste Roberto Baule.

4) Mancanza, contraddittorietà e manifesta illogicità della motivazione in ordine al punto e) dei motivi di appello; erronea applicazione della L. Fall., artt. 216 e 223. Deduce che nessuno dei testi (le cui deposizioni passa in rassegna) ha reso dichiarazioni atte a dimostrare l'esistenza dei beni di cui si presume la distrazione e che l'attività sociale è cessata nel 2002, per cui non sussisteva obbligo di tenuta delle scritture dopo detta data.

5) Mancanza, contraddittorietà e manifesta illogicità della motivazione in ordine alla partecipazione di L.A. alla gestione della società. Richiama alcune prove documentali, le dichiarazioni dei testi e alcuni passaggi della deposizione del teste Z. per confutarne la veridicità, l'esattezza o la rilevanza.

6) Mancanza, contraddittorietà e manifesta illogicità della motivazione in ordine al punto g) dei motivi di appello, ed erronea applicazione dell'art. 62 bis c.p., e L. Fall., art. 219. Lamenta, in particolare, che le attenuanti generiche sono state negate per l'assenza dell'imputato al procedimento di primo grado e che l'attenuante speciale del danno di speciale tenuità di cui alla L. Fall., art. 219, è stata negata pur non essendovi alcuna certezza in ordine all'effettiva entità degli ammanchi.

3. La Quinta Sezione penale, cui il ricorso era stato assegnato, con ordinanza del 21 novembre 2013, lo ha rimesso alle Sezioni Unite, sottolineando la rilevanza preliminare del secondo motivo, relativo al rigetto della richiesta di rinvio dell'udienza del 5 luglio 2007, per adesione del difensore all'astensione dichiarata dalle Camere penali. Osserva che la questione di diritto proposta con tale motivo consiste, essenzialmente, nello stabilire se il giudice, nel valutare la richiesta di rinvio per adesione del difensore all'astensione, sia tenuto o meno all'osservanza del Codice di autoregolamentazione dell'Avvocatura circa la disciplina delle modalità di astensione collettiva. Secondo i giudici del merito, invero, l'art. 4 di tale codice - che disciplina le prestazioni indispensabili in materia penale - "indica le ragioni per cui il difensore non può astenersi, e non, invece, quelle che, sole, possano consentire al Tribunale di dichiarare di doversi procedere". Conseguentemente, è stato riconosciuto al giudice il potere di individuare altre situazioni, oltre quelle contemplate dal codice, che legittimano la prosecuzione del giudizio nonostante l'adesione del difensore all'astensione.

L'ordinanza ricorda come in giurisprudenza si sia venuto affermando l'orientamento secondo cui tale adesione non integra un legittimo impedimento ai sensi dell'art. 420 ter

c.p.p., in quanto non si ricollega a situazioni oggettive ed indipendenti dalla volontà del soggetto "impedito", ma costituisce una libera scelta del difensore e rappresenta una forma di esercizio di una libertà sindacale riconosciuta a tutti i soggetti dell'ordinamento. Da questa premessa è stata tratta la conseguenza che il rinvio dell'udienza comporta la sospensione del corso della prescrizione per tutta la durata del rinvio e non per soli sessanta giorni; che restano sospesi i termini di durata massima della custodia cautelare; che il difensore non comparso non ha diritto alla notifica dell'ordinanza di fissazione della nuova udienza.

La Sezione rimettente ricorda poi come il Codice di autoregolamentazione delle astensioni dalle udienze, adottato dall'Avvocatura il 4 aprile 2007 in adempimento dell'obbligo previsto dalla L. 12 giugno 1990, n. 146, come modificata dalla L. 11 aprile 2000, n. 83, ha introdotto una serie di prescrizioni e adempimenti a carico degli avvocati al fine di assicurare un ordinato svolgimento della protesta e di garantire, nei processi penali, l'assistenza legale nelle situazioni di maggiore criticità. Il rispetto di tali condizioni costituisce la condizione perché la mancata comparizione del difensore sia ritenuta legittima. Tuttavia, secondo la Sezione, se il rispetto delle condizioni e dei limiti posti dal detto codice rappresenta un requisito per la legittimità dell'astensione, la normativa introdotta dopo la sentenza n. 171 del 1996 della Corte costituzionale ha lasciato intatto il potere del giudice di regolare lo svolgimento del processo secondo i canoni dell'ordinamento processuale. La giurisprudenza ha invero ritenuto che le disposizioni del codice vincolano i soli associati e non anche il giudice procedente, il quale, nel valutare le circostanze che rendono urgente la trattazione di un processo, impedendo l'accoglimento dell'istanza di rinvio per astensione, può compiere un autonomo bilanciamento degli interessi in gioco. A questo proposito l'ordinanza di rimessione valorizza le affermazioni della citata sentenza costituzionale, n. 171 del 1996, relative sia all'impossibilità di configurare l'astensione degli avvocati come esercizio del diritto di sciopero di cui all'art. 40 Cost., trattandosi di una "libertà" riconducibile al diverso diritto di associazione di cui all'art. 18 Cost.; sia alla necessità di tutelare anche altri valori costituzionali, ed in particolare i diritti fondamentali dei destinatari della funzione giurisdizionale (diritto di azione e difesa di cui all'art. 24 Cost.) ed i principi generali posti a tutela della giurisdizione. Dunque, le disposizioni vigenti e l'interpretazione offerta dalla giurisprudenza sembrano asseverare l'affermazione per cui "il codice di autoregolamentazione non esaurisce il novero delle situazioni potenzialmente idonee a fondare la potestà valutativa del giudice di fronte a situazioni create dall'adesione del difensore all'astensione proclamata dall'associazione di riferimento, dovendosi tener conto, da parte del giudice, delle altre situazioni, non catalogabili a priori, idonee ad incidere su diritti costituzionalmente rilevanti, da bilanciare col diritto del difensore all'esplicazione della propria libertà sindacale".

La Sezione rimettente ricorda che è però recentemente intervenuta l'ordinanza emessa dalle Sezioni Unite nell'ambito del proc. R.G. n. 11751/2012 (sentenza n. 26711 del 30/05/2013), la quale ha parlato, con riferimento al Codice di autoregolamentazione, di "normativa secondaria alla quale occorre conformarsi", senza peraltro precisare se ad essa debba "conformarsi" il difensore oppure anche il giudice e mostrando di ritenere che il codice suddetto, essendo approvato dalla Commissione di Garanzia istituita dalla L. n. 83 del 2000, è destinato a realizzare il "contemperamento con i diritti della persona costituzionalmente tutelati", di cui alla L. n. 146 del 1990, art. 1. Secondo l'ordinanza di rimessione rimane perciò aperto il problema se analoga potestà di contemperamento sia riservata al giudice di fronte a interessi, diritti e situazioni - frequenti a verificarsi - non contemplati dal suddetto codice, quali, a titolo di esempio, la ragionevole durata del

processo (ormai assurta a rango costituzionale), la coesistenza di situazioni confliggenti (imputati con interessi contrapposti), la persistenza di misure cautelari non custodiali ma comunque incidenti su un diritto fondamentale (la libertà di locomozione) o - come nel caso di specie - il grave disagio di un teste chiamato a testimoniare da città lontana rispetto al luogo di svolgimento del processo.

Secondo l'ordinanza di rimessione, dunque, permane la necessità di definire "l'esatto ambito di operatività e cogenza" della normativa emanata in attuazione della L. n. 146 del 1990, sicché la relativa questione è stata rimessa alle Sezioni Unite.

4. Con decreto in data 3 gennaio 2014 il Primo Presidente ha assegnato il ricorso alle Sezioni Unite penali fissando per la trattazione l'odierna udienza.

Motivi della decisione

1. La questione di diritto sottoposta alle Sezioni Unite è stata così individuata dall'ordinanza di rimessione: "Se, anche dopo l'emanazione del codice di autoregolamentazione delle astensioni dalle udienze degli avvocati, adottato il 4 aprile 2007 e ritenuto idoneo dalla Commissione di garanzia dell'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi essenziali con delibera del 13 dicembre 2007, permanga il potere del giudice - in caso di adesione del difensore all'astensione proclamata dall'associazione di categoria - di disporre la prosecuzione del giudizio in presenza di esigenze di giustizia non contemplate dal codice suddetto".

L'ordinanza, peraltro, propone altresì la connessa questione su quale sia "l'esatto ambito di operatività e cogenza" della normativa emanata in attuazione della L. n. 146 del 1990, e cioè se le norme del detto codice di autoregolamentazione abbiano o meno valore di normativa secondaria avente efficacia erga omnes e, quindi, vincolante anche per il giudice.

2. Sulle questioni sottoposte alle Sezioni Unite negli ultimi decenni vi sono state, sia in giurisprudenza sia in dottrina, plurime e differenti opinioni e soluzioni, dovute peraltro soprattutto alla diversità dei contesti normativi succedutisi nel tempo. Appare quindi indispensabile ricordare preliminarmente, sia pure sommariamente, l'evoluzione normativa in materia.

2.1. Nella vigenza del codice Rocco, caratterizzato da una disciplina di impronta marcatamente inquisitoria, la mancata presenza del difensore non rientrava tra le cause obbligatorie di sospensione o rinvio del dibattimento. Il principio seguito era che "l'impedimento del difensore, anche se provato, non rende obbligatorio il rinvio, poiché l'imputato può provvedere alla nomina di altro difensore o essere assistito da quello di ufficio" (Sez. 4, n. 5556 del 04/03/1985, Gavioli, Rv. 169604; Sez. 4, n. 8618 del 12/04/1984, Biancardi, Rv. 166136; Sez. 2, n. 6868 del 17/12/1982, dep. 1983, De Sivo, Rv. 160009). Al difensore, inoltre, era anche radicalmente preclusa qualsiasi possibilità di optare per l'astensione dalla propria attività di assistenza nel processo, quand'anche si trattasse di una scelta per fini "rivendicativi" o di denuncia di violazione di diritti della difesa. La giurisprudenza era costante nell'escludere che l'adesione all'astensione di categoria potesse pregiudicare il regolare svolgimento del processo e nell'affermare che "lo sciopero della categoria professionale degli avvocati e dei procuratori esercita la propria influenza limitatamente alla categoria stessa e non determina alcuna sospensione dell'attività giurisdizionale, ne tanto meno la nullità del dibattimento, per violazione dell'art. 185 c.p.p., svoltosi in assenza del difensore di fiducia che abbia aderito allo sciopero", ove l'imputato sia stato regolarmente assistito dal difensore d'ufficio (Sez. 5, n. 16015 del

21/10/1977, Arzano, Rv. 137510; Sez. 1, n. 2517 del 10/05/1989, dep. 1990, Zeno, Rv. 183435). Anzi, tale condotta risultava riconducibile ad un "abbandono" della difesa, rilevante ai sensi dell'art. 131 del previgente codice, e quindi punibile con sanzione disciplinare interdittiva irrogata dalla sezione istruttoria della Corte di appello nel cui distretto aveva sede l'autorità giudiziaria procedente; e per parte della dottrina tale "assenza qualificata" era anche riconducibile alla fattispecie incriminatrice di cui all'art. 333 c.p. (poi abrogato dalla L. 12 giugno 1990, n. 146).

2.2. La situazione mutò profondamente con l'entrata in vigore del "codice Vassalli" ed il passaggio all'attuale sistema processuale, imperniato sui principi di parità delle parti ed effettività del contraddittorio, successivamente consacrati anche nell'art. 111 Cost..

Venne così introdotto l'obbligo di sospendere o rinviare il dibattimento in caso di assenza del difensore dovuta ad assoluta impossibilità di comparire per legittimo impedimento, purché prontamente comunicato (art. 486 c.p.p., comma 5, poi abrogato dalla L. 16 dicembre 1999, n. 479, e in sostanza sostituito dall'art. 420 ter c.p.p., comma 5, che estese l'applicazione dell'istituto del legittimo impedimento del difensore alla fase dell'udienza preliminare).

Inoltre, i principi ispiratori del codice del 1988 (parità tra accusa e difesa, effettività del contraddittorio, immutabilità e libertà di autodeterminazione della difesa) determinarono una disciplina significativamente diversa dell'abbandono (e del rifiuto) di difesa. L'art. 105 dell'attuale codice di rito individua la competenza esclusiva del consiglio dell'ordine forense per l'irrogazione delle sanzioni disciplinari; sancisce la completa autonomia del procedimento disciplinare rispetto al procedimento penale in cui è avvenuto l'abbandono; e prevede che, quando l'abbandono è motivato con la violazione dei diritti della difesa ed il consiglio dell'ordine lo ritenga giustificato, la sanzione non è applicata anche se il giudice escluda che la violazione si sia verificata: laddove invece, nel sistema precedente era escluso che tale motivazione potesse costituire una causa di giustificazione della condotta del difensore.

Di questa impostazione radicalmente diversa risentì ovviamente anche la giurisprudenza della Corte di cassazione.

Alcune decisioni, in particolare, ritennero che l'assenza del difensore causata dall'adesione all'astensione di categoria costituisse un'ipotesi di legittimo impedimento, idonea a determinare il rinvio dell'udienza (Sez. 1, n. 3113 del 08/07/1991, Lo Iacono, Rv. 188390). In dottrina, peraltro, si osservò che questa interpretazione era determinata, più che da un consapevole inquadramento della fattispecie nel nuovo istituto del legittimo impedimento, dall'esigenza di affermare la legittimità dell'astensione quale forma di salvaguardia degli interessi della categoria forense a fronte del persistere di opinioni che negavano la legittimità del fenomeno e ne affermavano invece la rilevanza disciplinare (come abbandono di difesa ex art. 105 c.p.p.) ed anche penale (negata peraltro da Sez. 6, n. 1895 del 09/01/1997, Sorrentino, Rv. 207546, per la mera adesione all'agitazione, non integrata da ulteriori comportamenti positivi idonei ad influire sul regolare svolgimento del "servizio giustizia"). In ogni modo, la qualificazione dell'astensione come legittimo impedimento venne ribadita da successive decisioni, affermandosi esplicitamente che "l'esercizio di un diritto tutelato costituzionalmente, come il diritto di sciopero, qualora comporti l'astensione dalle udienze, costituisce legittimo impedimento del difensore ai sensi dell'art. 486 c.p.p., comma 5, e determina necessariamente il rinvio del dibattimento" (Sez. 3, n. 8533 del 24/08/1993, Capaci, Rv. 195162, che sottolineò anche come il contrario indirizzo della sent.

10/05/1989, Zeno, cit., fosse stato elaborato prima dell'entrata in vigore del nuovo codice e del riconoscimento per il difensore di una autonoma causa di legittimo impedimento).

Altre pronunce, invece, esclusero l'applicabilità delle disposizioni sul legittimo impedimento, ma non misero comunque in discussione la legittimità dell'astensione dalle udienze, preoccupandosi piuttosto di valutarne ed inquadrarne gli effetti sui termini di custodia cautelare. In particolare, si affermò che "l'astensione dalle udienze diffusamente attuata dai difensori in applicazione di uno stato di agitazione sindacale costituisce una causa di privazione dell'imputato di quell'assistenza difensiva che la legge esige che, se non legalmente ovviabile, impone la sospensione o il rinvio del procedimento, ma giustifica tuttavia la sospensione dei termini di durata massima della custodia cautelare, ai sensi dell'art. 304 c.p.p., comma 1, lett. b),... onde evitare che la mancata assistenza legale risulti comunque premiata dal decorrere dei termini" (Sez. 1, n. 2851 del 24/06/1991, Egizio, Rv. 188342; Sez. 6, n. 3223 del 20/11/1990, dep. 1991, Papajanni, Rv. 187019).

Con un'altra serie di pronunce, poi, si ammise che il giudice, ravvisando motivi di urgenza nella trattazione del processo a causa dell'imminente maturare della prescrizione, e nell'impossibilità di sospendere il corso della stessa, potesse rigettare l'istanza di rinvio per adesione all'astensione e nominare all'imputato un difensore di ufficio; in quanto in questa situazione era legittimamente applicato dal giudice "il principio del 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, in particolare di quello di astenersi dal partecipare alle udienze... a fronte della impossibilità di sospensione del corso della prescrizione del reato, limitata ai casi tassativamente indicati nell'art. 159 c.p." (Sez. 4, n. 6604 del 17/12/1992, dep. 1993, Montagnoli, Rv. 195252).

2.3. In questo contesto - caratterizzato dal riconoscimento della legittimità dell'astensione ma anche dalla preoccupazione per le implicazioni processuali in mancanza di una specifica normativa - intervenne una prima volta la Corte costituzionale con la sentenza n. 114 del 1994. La questione esaminata aveva ad oggetto, in riferimento all'art. 3 Cost., l'art. 159 c.p., nella parte in cui non prevedeva la sospensione della prescrizione nel caso di sospensione o rinvio del dibattimento per l'astensione dalle udienze del difensore ovvero, in subordine, nella parte in cui non prevedeva la possibilità di adottare un provvedimento di sospensione della prescrizione, sulla falsariga di quanto disposto, per i termini di custodia cautelare, dall'art. 304 c.p.p., comma 1, lett. b). La questione venne dichiarata manifestamente inammissibile sia per la duplicità di soluzioni alternative prospettate, sia anche e soprattutto perché era stata sollecitata una pronuncia additiva in malam partem (tale essendo stata considerata l'aggiunta di una nuova causa di sospensione della prescrizione), in contrasto col principio di legalità di cui all'art. 25 Cost..

La sentenza assume comunque particolare importanza perché conteneva, da un lato, l'auspicio che situazioni patologiche come quella descritta nell'ordinanza di rimessione fossero sanate dal legislatore e, da un altro lato, l'invito all'interprete a considerare, anche a questi fini, le norme dettate in tema di sciopero dei servizi pubblici essenziali dalla L. n. 146 del 1990. In particolare, la Corte richiamò la diversa questione dell'impedimento del difensore dovuto a concorrenti impegni professionali e ricordò che un soddisfacente punto di equilibrio era stato raggiunto dalla soluzione individuata dalle Sezioni Unite con la sentenza n. 4708 del 27/03/1992, Fogliani, Rv. 190828, secondo la quale l'impegno professionale, per poter assurgere a legittimo impedimento rilevante ex art. 486 c.p.c., comma 5, doveva non solo essere prontamente comunicato, ma anche adeguatamente motivato e documentato in relazione alla essenzialità e non sostituibilità del difensore

nell'altro processo: e ciò al fine di far esercitare, al giudice cui si chiede il rinvio, "il potere-dovere di valutare e comparare le esigenze difensive e quelle pubbliche, affinché non si realizzino ne impunità ne anticipate liberazioni pericolose per la sicurezza collettiva ne pretestuosi ritardi nella definizione dei processi".

La Corte quindi osservò che invece rimaneva del tutto privo di qualsiasi analogo bilanciamento il diverso caso dell'assenza, non del singolo difensore, ma di tutti i difensori, in dipendenza dalla loro adesione alle manifestazioni di protesta deliberate dagli organismi di categoria, sicché manifestazioni connotate da particolare durata e livello partecipativo avrebbero potuto paralizzare la funzione giurisdizionale, con grave compromissione di principi anche di rango costituzionale. In conclusione, la Corte costituzionale rilevò che "se il legislatore ha avvertito la necessità di dettare, proprio in funzione della salvaguardia di beni costituzionalmente tutelati, norme sul diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali, ricomprendendo fra questi anche l'amministrazione della giustizia (v.

L. 12 giugno 1990, n. 146, art. 1), non v'è ragione per cui debbano restare esenti da specifiche previsioni 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 Stato".

2.4. Nel periodo successivo alla sentenza costituzionale n. 114 del 1994, la giurisprudenza di legittimità, pur continuando a ricondurre l'astensione nell'alveo del legittimo impedimento, sottolineò più volte la necessità per il giudice di operare un bilanciamento tra l'interesse difensivo all'astensione e l'interesse pubblico alla immediata trattazione del processo "quando sussistano ragioni obiettive che la impongano (imminente operatività di cause estintive del reato, prossima scadenza di termini di custodia cautelare e simili)" (v. Sez. 1, n. 9922 del 07/09/1995, Esposito, Rv. 202538);

anche se qualche pronuncia si orientò nel senso di riconoscere senz'altro la sussistenza del legittimo impedimento per il solo fatto dell'adesione all'astensione ("allo sciopero di categoria"), purché prontamente comunicata al giudice procedente (cfr., ad es., Sez. 3, n. 8338 del 01/07/1994, Riccio, Rv. 198701; Sez. 1, n. 856 del 29/11/1995, dep. 1996, Milano, Rv. 203501, secondo cui la necessità di una tempestiva comunicazione è dovuta al fatto che l'astensione non è vincolante per il singolo associato, che rimane libero di aderirvi o meno).

2.5. In questa situazione di incertezza giurisprudenziale, in cui, da un lato, perdurava l'inerzia del legislatore e, da un altro lato, si accresceva la frequenza e l'intensità partecipativa delle astensioni proclamate dalle associazioni forensi, la Corte costituzionale intervenne una seconda volta con la sentenza (additiva di principio) n. 171 del 1996, la quale, dopo avere constatato l'inefficacia dell'invito rivolto al legislatore con la precedente pronuncia - cui era anzi seguito un deterioramento ed un crescente allarme per il ripetersi di astensioni non regolamentate, con conseguente disagio e pregiudizio per l'amministrazione della giustizia e, dunque, per i diritti fondamentali della persona che in essa trovano tutela - passò "dal monito ai fatti" e dichiarò l'illegittimità costituzionale non già di norme del codice di rito (pure impugnate da numerose ordinanze di rimessione), ma di alcune disposizioni della legge n. 146 del 1990, regolativa dello sciopero nei servizi pubblici essenziali. La sentenza ribadì innanzitutto che il pieno riconoscimento della libertà di associazione e della libertà sindacale e la garanzia espressa del diritto di sciopero (nei limiti indispensabili alla tutela di altri interessi costituzionalmente protetti) sono valori fondanti del nostro ordinamento, e consentono di individuare "un'area, connessa alla libertà di associazione, che è oggetto di salvaguardia costituzionale ed è significativamente più estesa rispetto allo sciopero": in questa area rientrano "le astensioni collettive dal

lavoro volte a difendere interessi di categoria, non soltanto economici, e a garantire un corretto esercizio della libera professione". L'astensione degli avvocati, quindi, pur non potendo essere ricondotta nell'alveo del diritto di sciopero tutelato ex art. 40 Cost., costituisce una incisiva manifestazione della dinamica associativa volta alla tutela di quella forma di lavoro autonomo e, di conseguenza, ricade nel favor libertatis che ispira la prima parte della Costituzione e non può "essere ridotta a mera facoltà di rilievo costituzionale". La salvaguardia di questi "spazi di libertà dei singoli e dei gruppi" - precisò la Corte - non esclude però la necessità di tutelare altri valori di rango costituzionale, quali i diritti fondamentali dei soggetti destinatari della funzione giurisdizionale (diritti di azione e difesa ex art. 24 Cost.) ed i principi generali posti a tutela della giurisdizione. La stessa L. n. 146 del 1990, nel definire i servizi pubblici essenziali, "fa riferimento non tanto a prestazioni determinate oggettivamente, quanto al nesso teleologia) tra queste e gli interessi e beni costituzionalmente protetti" (diritto alla vita, alla salute, alla libertà e sicurezza, alla libertà di circolazione, ecc); e, coerentemente con questa impostazione, individua, tra i servizi pubblici essenziali, "l'amministrazione della giustizia, con particolare riferimento ai provvedimenti restrittivi della libertà personale ed a quelli cautelari ed urgenti nonché ai processi penali con imputati in stato di detenzione" (L. n. 146, art. 1, comma 2, lett. a)). Ne deriva che "quando la libertà degli avvocati e procuratori si eserciti in contrasto con la tavola di valori sopra richiamata, essa non può non arretrare per la forza prevalente di quelli". La Corte quindi concordò con la soluzione fino ad allora adottata, in mancanza di una specifica disciplina normativa, da una parte della giurisprudenza di legittimità - e consistente nel bilanciamento degli interessi in gioco, onde privilegiare i valori costituzionali a scapito della "libertà sindacale" - perché conforme ad una interpretazione adeguatrice delle disposizioni normative in vigore. Osservò, tuttavia, che, da una parte, non poteva costituire una risposta soddisfacente la nomina di un difensore d'ufficio all'esito del bilanciamento, se non altro per le criticità derivanti dall'eventuale adesione anche del sostituto all'astensione di categoria. Da un'altra parte, la L. n. 146 del 1990, pur finalizzata a garantire i servizi pubblici essenziali ed i beni fondamentali della persona ad essi sottesi, ometteva di disciplinare "situazioni che - al pari dello sciopero - possono determinare lesioni non rimediabili a detti beni": il che poneva un problema "non più eludibile di legittimità costituzionale della legge", in quanto, per disciplinare le astensioni dei difensori, non poteva procedersi ad un'interpretazione estensiva o analogica dei meccanismi ivi previsti per l'astensione dal lavoro dei lavoratori subordinati (personale di cancelleria ecc). Secondo la Corte, quindi, era necessaria una più ampia disciplina, idonea a regolare anche le astensioni collettive non qualificabili come esercizio del diritto di sciopero, quanto meno in relazione alla necessità di un congruo preavviso e di un ragionevole limite di durata ("peraltro già previsti da codici di autoregolamentazione recentemente adottati da vari organismi professionali che, tuttavia, non hanno efficacia generale"), nonché all'individuazione delle prestazioni essenziali da eseguire durante l'astensione e delle misure in caso di inosservanza. Sulla base di queste considerazioni, la sentenza n. 171 del 1996 dichiarò l'illegittimità costituzionale della L. n. 146 del 1990, art. 2, commi 1 e 5, "nella parte in cui non prevede, nel caso dell'astensione collettiva dall'attività giudiziaria degli avvocati e dei procuratori legali, l'obbligo di un congruo preavviso e di un ragionevole limite temporale dell'astensione e non prevede altresì gli strumenti idonei a individuare e assicurare le prestazioni essenziali, nonché le procedure e le misure consequenziali nell'ipotesi di inosservanza".

3. Tralasciando le altre implicazioni dogmatiche e pratiche di tale sentenza - sia per la sua natura di additiva di principio, sia per la collocazione dell'astensione nell'ambito della libertà di associazione, sia per l'inquadramento dello sciopero come species di un più

ampio genus cui ricondurre le manifestazioni del conflitto collettivo, sia per le ricadute dei principi affermati all'interno del processo penale - rileva qui ricordare l'influenza da essa avuta, da un lato, sull'attività della Commissione di garanzia per l'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali, istituita in forza della L. n. 146 del 1990, art. 12, e, da un altro lato, sul legislatore ordinario.

3.1. La Commissione di garanzia (ricondotta generalmente tra le autorità amministrative indipendenti), a seguito della sentenza n. 171 del 1996 operò, per così dire, una svolta in senso "interventista" (a volte vivacemente contestata dagli organismi rappresentativi dell'avvocatura), considerando ormai il fenomeno delle astensioni forensi come rientrante nel campo di applicazione della L. n. 146 del 1990, ed esercitando quindi, in attesa di un intervento legislativo, i poteri che tale legge le attribuiva per disciplinare le astensioni collettive riconducigli allo sciopero, se esercitate nel settore dei servizi pubblici essenziali. Si sono quindi succedute, tra il 1996 ed il 2000, una serie di delibere (che qui è superfluo ricordare) di invito a revocare astensioni collettive ritenute illegittime e, soprattutto, di valutazione negativa di astensioni attuate in contrasto con la legge e la sentenza costituzionale (specie per mancato rispetto del termine di preavviso, o per eccessiva durata dell'astensione o per mancata garanzia sulle udienze con imputati detenuti). Inoltre la Commissione, esercitando anche nei confronti degli avvocati il potere, previsto dall'art. 13 della legge, di valutazione sulla "idoneità dei codici di autoregolamentazione deliberati dagli organismi di categoria", espresse parere negativo su quelli adottati dall'Organismo unitario dell'avvocatura (delibera 11 luglio 1996) e dall'Unione delle Camere penali (delibera 12 giugno 1997), per la mancanza di predeterminazione della durata dell'astensione, di un adeguato impianto sanzionatorio, di meccanismi idonei ad impedire l'uso strumentale dell'astensione per far decorrere i termini di prescrizione e di custodia cautelare.

Le iniziative della Commissione furono spesso accompagnate da vivaci reazioni negative degli organismi rappresentativi dell'avvocatura, come l'iniziale negazione della competenza della Commissione da parte del Consiglio Nazionale Forense (delibera 21 giugno 1996) e l'inserimento, all'interno di uno dei codici di autoregolamentazione, poi ritenuti inidonei, della previsione di una commissione ad hoc per la vigilanza sulle astensioni di categoria. La situazione, già di per sé problematica, era aggravata dalla sostanziale inapplicabilità di gran parte delle disposizioni della L. n. 146 del 1990, chiaramente "modellate" sulle astensioni dei lavoratori subordinati (soprattutto in ordine alle procedure di individuazione delle prestazioni indispensabili ed all'apparato sanzionatorio).

3.2. Il legislatore ordinario intervenne finalmente con la L. 11 aprile 2000, n. 83, che introdusse sostanziali modifiche ed integrazioni alla L. n. 146 del 1990, nella direzione indicata dalla Corte costituzionale.

Fra le altre, sono di fondamentale importanza le disposizioni contenute nella L. n. 146, nuovo art. 2 bis, il quale dispone, innanzitutto, che l'astensione collettiva dalle prestazioni dei lavoratori autonomi, professionisti o piccoli imprenditori, a fini di protesta o di rivendicazione di categoria, è esercitata - se incidente sulla funzionalità dei servizi pubblici essenziali di cui all'art. 1 della legge - "nel rispetto di misure dirette a consentire l'erogazione delle prestazioni indispensabili" di cui al medesimo art. 1. Si tratta delle prestazioni che - come accade per l'esercizio del diritto di sciopero (art. 2) - devono essere individuate allo scopo di contemperare l'astensione con il godimento dei diritti della persona costituzionalmente tutelati e, quindi, di assicurare, in caso di conflitto collettivo, l'effettività dei diritti medesimi "nel loro contenuto essenziale" (cfr. art. 1, comma 2).

A tal fine, l'art. 2 bis prevede che la Commissione di garanzia promuove l'adozione, da

parte degli organismi di rappresentanza delle categorie interessate, "di codici di autoregolamentazione che realizzino, in caso di astensione collettiva, il contemperamento con i diritti" di cui all'art. 1: qualora poi tali codici manchino, o non siano valutati dalla Commissione idonei a garantire le predette finalità, la Commissione "delibera la provvisoria regolamentazione", sentite le parti interessate. L'ultima parte dell'art. 2 bis, comma 1, quindi, da un lato, individua il contenuto minimo dei codici di autoregolamentazione (termine di preavviso non inferiore a dieci giorni, indicazione della durata e delle motivazioni dell'astensione collettiva), che devono comunque assicurare, in ogni caso, un livello di prestazioni compatibili con le finalità predette; dall'altro lato, delinea un sistema di sanzioni pecuniarie, a carico delle organizzazioni di categoria in solido con i singoli professionisti e lavoratori autonomi, per la violazione dei codici di autoregolamentazione (con un rinvio al successivo art. 4). Infine, in via transitoria, il comma 2 prevede che la Commissione di garanzia deliberi la provvisoria regolamentazione (anche) nell'ipotesi di mancata adozione dei codici di autoregolamentazione, decorsi sei mesi dall'entrata in vigore della legge.

In questo modo, il contemperamento tra gli interessi di rilevanza costituzionale in gioco e l'individuazione delle prestazioni indispensabili da assicurare in ogni caso nei servizi pubblici essenziali, durante le astensioni dal lavoro non riconducibili allo sciopero, viene rimessa dalla legge in primo luogo al codice di autoregolamentazione predisposto dagli organismi rappresentativi di categoria, il quale, peraltro, deve non solo contenere necessariamente disposizioni sul preavviso minimo di dieci giorni e sulla durata, ma deve anche assicurare, "in ogni caso", un livello di prestazioni compatibili con la finalità della legge. Questa idoneità allo scopo è oggetto di una specifica valutazione da parte della Commissione di garanzia: in caso di ritenuta inidoneità, ovvero di mancata predisposizione del codice, la legge demanda alla Commissione il compito di disciplinare la materia con una "regolamentazione provvisoria".

Si è notato che, in questo modo, la L. n. 83 del 2000, ha armonizzato la disciplina delle varie tipologie di astensioni dal lavoro nei servizi pubblici essenziali. Infatti, nello sciopero dei lavoratori subordinati, l'individuazione delle prestazioni indispensabili è rimessa "in prima battuta" a disposizioni adottate in sede di contrattazione collettiva (accordi tra le imprese erogatrici e le organizzazioni sindacali rappresentative dei lavoratori), che peraltro devono anch'esse ottenere una valutazione di idoneità da parte della Commissione di garanzia, la quale, anche in questo caso, è tenuta ad adottare una "regolamentazione provvisoria" in caso di inidoneità o mancanza degli accordi. Nel caso di astensione degli avvocati (o di altri professionisti o lavoratori autonomi) manca il rapporto bilaterale datore di lavoro- lavoratore, che inerisce profondamente allo sciopero in senso proprio, e quindi manca una controparte specifica con la quale siglare un accordo bilaterale, venendo piuttosto in rilievo una figura "terza" - perché del tutto estranea al conflitto che porta l'avvocato ad astenersi - quale quella dell'utente del servizio. In questo tipo di astensione, pertanto, la funzione assolta dai contratti collettivi per il lavoro subordinato, viene svolta dai codici di autoregolamentazione.

4. Nel periodo immediatamente successivo all'entrata in vigore della L. n. 83 del 2000, non cessarono le marcate contrapposizioni tra Commissione di garanzia e gli organismi di rappresentanza delle categorie forensi. La Commissione dichiarò inidonea anche una nuova versione, lievemente modificata, del codice di autoregolamentazione già presentato dai predetti organismi nel 1997. Questi ultimi preferirono non interloquire sulla proposta di individuazione delle prestazioni indispensabili formulata dalla Commissione: proposta che, ai sensi della novellata L. n. 146, art. 13, lett. a), costituisce l'avvio del procedimento di formazione della regolamentazione provvisoria demandata alla Commissione nell'ipotesi in

cui il codice di autoregolamentazione manchi o sia ritenuto inidoneo.

Finalmente, con deliberazione del 4 luglio 2002, pubblicata sulla G.U. del 23 luglio 2002, la Commissione adottò la regolamentazione provvisoria dell'astensione collettiva degli avvocati dall'attività giudiziaria. Pur trattandosi di disposizioni ormai superate dalla successiva entrata in vigore del codice varato dagli organismi di categoria e ritenuto idoneo dalla Commissione, può essere interessante ricordare due profili di quella disciplina. In particolare, l'art. 2, comma 2 (sul punto poi profondamente modificato dal vigente codice di autoregolamentazione), stabiliva che, nel procedimento penale, il difensore che non intendeva aderire all'astensione era tenuto a comunicare prontamente tale sua decisione all'autorità giudiziaria procedente e agli altri difensori costituiti: ponendo quindi una sorta di "presunzione di adesione" in contrasto con quell'orientamento giurisprudenziale che invece faceva gravare sul difensore aderente all'astensione un preciso onere di pronta comunicazione al giudice procedente (v., ad es., Sez. 1, n. 936 del 16/02/1998, Natale, Rv. 209900, secondo cui occorreva anche che il difensore fosse presente in udienza per evitare oneri di avvisi). L'art. 2, comma 4, invece, escludeva l'operatività di tale presunzione "per le udienze che possono celebrarsi anche in assenza del difensore"; il che presupponeva evidentemente la possibilità di astenersi anche nelle udienze camerali, ponendosi quindi in contrasto con un orientamento giurisprudenziale all'epoca consolidato, che negava l'ammissibilità dell'astensione nelle udienze a partecipazione non necessaria.

5. La disciplina delle astensioni collettive degli avvocati passò finalmente alla fase "fisiologica" con la delibera del 13 dicembre 2007, pubblicata sulla G.U. del 4 gennaio 2008, con la quale la Commissione di garanzia valutò idoneo il codice di autoregolamentazione adottato dagli organismi rappresentativi della categoria, allegato alla delibera stessa.

La motivazione della delibera appare significativa, sia per le indicazioni sulla complessità del cammino percorso per superare la regolamentazione provvisoria, sia soprattutto per la valutazione compiuta dalla Commissione sui pareri (obbligatori, ai sensi della L. n. 146, art. 13, ma non vincolanti) formulati dalle associazioni degli utenti e dei consumatori. In particolare, l'Assoutenti aveva segnalato l'opportunità di prevedere nel codice - in linea con quanto affermato da alcune decisioni della Corte di cassazione (cfr., ad es., Sez. 1, n. 10955 del 10/06/1999, Volpe, Rv. 214371; Sez. 1, n. 936 del 16/02/1998, Natale, Rv. 209900, cit.) - un obbligo per l'avvocato di comunicare al cliente, in via diretta e preventiva, la propria adesione all'astensione. Il suggerimento fu però disatteso dalla Commissione per la ragione che la questione avrebbe potuto trovare più adeguata soluzione nell'ambito delle norme deontologiche, essendo relativa "al rapporto fiduciario che intercorre tra professionista e cliente".

La Commissione fondò la valutazione positiva del codice di autoregolamentazione sull'avvenuto rispetto degli obblighi di legge in tema di preavviso e di idonea comunicazione (l'astensione deve essere comunicata almeno 10 giorni prima al presidente della corte di appello e ai dirigenti degli uffici giudiziari interessati, nonché al Ministro della Giustizia, alla Commissione di garanzia, ecc: art. 2, comma 1); in tema di determinazione della durata massima e di previsione di intervalli temporali tra un'astensione e l'altra (l'astensione non può superare gli otto giorni consecutivi, ne più astensioni possono andare oltre gli otto giorni in un mese solare, ferma la necessità di un intervallo di almeno quindici giorni tra l'una e l'altra: art. 2, comma 4); ed in tema di individuazione delle prestazioni indispensabili nei procedimenti penali, civili, amministrativi e tributari durante l'astensione (artt. 4, 5 e 6).

Di particolare importanza, in questa sede, è l'art. 4, relativo alle prestazioni indispensabili in materia penale, il quale, da un lato (lett. a), dispone che l'astensione non è consentita quanto all'assistenza al compimento di atti di perquisizione e sequestro, alle udienze di convalida dell'arresto e del fermo ed a quelle afferenti misure cautelari, agli interrogatori di garanzia, all'incidente probatorio (ad eccezione dei casi in cui non si verta in ipotesi di urgenza), al giudizio direttissimo, al compimento di atti urgenti ex art. 467 c.p.p., "nonché ai procedimenti e processi concernenti reati la cui prescrizione maturi durante il periodo di astensione, ovvero, se pendenti nella fase delle indagini preliminari, entro trecentosessanta giorni, se pendenti in grado di merito, entro centottanta giorni, se pendenti nel giudizio di legittimità, entro novanta giorni"; dall'altro lato (lett. b), l'art. 4, esclude l'astensione nei procedimenti o processi con imputati "in stato di custodia cautelare o di detenzione, ove l'imputato chieda espressamente, analogamente a quanto previsto dall'art. 420 ter, comma 5 (introdotto dalla L. n. 479 del 1999) del codice di procedura penale, che si proceda malgrado l'astensione del difensore. In tal caso il difensore di fiducia o di ufficio, non può legittimamente astenersi ed ha l'obbligo di assicurare la propria prestazione professionale".

Altrettanto rilevante è l'art. 3, sugli "effetti dell'astensione", il quale innanzitutto (comma 1) prevede una modalità alternativa di comunicazione all'autorità procedente dell'adesione all'astensione:

in particolare, la mancata comparizione dell'avvocato - per poter essere considerata in adesione ad una legittima astensione collettiva "e dunque considerata legittimo impedimento del difensore" - deve essere dichiarata (personalmente 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 o depositato nella cancelleria del giudice o nella segreteria del pubblico ministero, oltreché agli altri avvocati costituiti". Ove tali formalità siano rispettate, "l'astensione costituisce legittimo impedimento anche qualora avvocati del medesimo procedimento non abbiano aderito all'astensione stessa. La presente disposizione si applica a tutti i soggetti del procedimento, ivi compresi i difensori della persona offesa, ancorché non costituita parte civile" (art. 3, comma 2). Il comma 3, prevede poi che "nel caso in cui sia possibile la separazione o lo stralcio per le parti assistite da un legale che non intende aderire all'astensione, questi, conformemente alle regole deontologiche, deve farsi carico di avvisare gli altri colleghi interessati all'udienza o all'atto di indagine preliminare quanto prima, e comunque almeno due giorni prima della data stabilita, ed è tenuto a non compiere atti pregiudizievoli per le altre parti in causa". L'art. 3, comma 4, chiarisce, conclusivamente, che il diritto di astensione può essere esercitato in ogni stato e grado del procedimento, sia dal difensore di fiducia sia da quello d'ufficio.

6. Anche dopo l'entrata in vigore, con la sua pubblicazione sulla G.U. del 4 gennaio 2008, del codice di autoregolamentazione del 2007, rimasero aperte diverse questioni, tra cui quella della natura giuridica dell'astensione, la cui soluzione peraltro è stata notevolmente influenzata dalle implicazioni con il tema della prescrizione del reato.

6.1. Si è già ricordato che, all'indomani dell'entrata in vigore del "codice Vassalli", la giurisprudenza di legittimità si era per lo più orientata a ricondurre l'astensione degli avvocati nell'alveo del legittimo impedimento previsto dall'allora vigente art. 486 c.p.p., comma 5, talora avvertendo la necessità di operare un bilanciamento tra l'interesse difensivo all'astensione e l'interesse pubblico alla immediata trattazione del processo, con particolare riferimento al maturare della prescrizione per effetto dei rinvii conseguenti all'astensione. Questo orientamento venne ribadito anche dopo la sentenza n. 171 del

1996 della Corte costituzionale, la quale aveva ritenuto necessario, in mancanza di una disciplina normativa, un contemperamento giudiziale tra gli opposti interessi. Nella giurisprudenza di legittimità, quindi, si affermò il principio che "se l'astensione dalle udienze in adesione allo sciopero proclamato dalle organizzazioni della categoria professionale rientra tra le cause di legittimo impedimento del difensore, il giudice è sempre tenuto tuttavia ad operare un bilanciamento fra l'interesse difensivo e l'interesse pubblico alla immediata trattazione del processo, e deve affermare la prevalenza dell'uno o dell'altro tenendo conto delle situazioni contingenti, quali l'esistenza di imminenti cause estintive, l'esaurimento prossimo dei termini di fase della custodia cautelare e simili" (cfr. Sez. 2, n. 3795 del 03/02/1997, Quintini, Rv. 207558; Sez. 1, n. 5740 del 14/10/1997, Ancler, Rv. 208925).

D'altra parte, ancor prima di queste decisioni, il legislatore - intervenendo esplicitamente (come si legge nella relazione al disegno di legge) al fine di rimediare alla "incongruenza del computo dei periodi di astensione dalle udienze dei difensori nei termini di prescrizione del reato e di custodia cautelare", come "segnalato" dalla sentenza n. 114 del 1994 della Corte costituzionale - con la L. 8 agosto 1995, n. 332, modificò l'art. 159 c.p., inserendo, tra le cause di sospensione della prescrizione, anche l'ipotesi in cui la sospensione dei termini di custodia cautelare fosse stata imposta da una particolare disposizione di legge (con un implicito richiamo, quindi, alla mancata comparizione del difensore presa in considerazione dall'art. 304 c.p.p.) - Tuttavia, secondo l'orientamento giurisprudenziale all'epoca dominante, la nuova causa di sospensione della prescrizione introdotta nel 1995, imperniata sulla sospensione dei termini di custodia di cui all'art. 304 c.p.p., doveva ritenersi operante soltanto nei procedimenti con detenuti (cfr., ad es., Sez. 3, n. 10205 del 19/06/1998, Auricchio, Rv.

211863; Sez. 5, n. 12643 del 16/1/2001, Lavecchia, Rv. 218344). Il che spiega il persistere dell'indirizzo giurisprudenziale volto a bilanciare il "legittimo impedimento da astensione" con l'interesse pubblico alla immediata trattazione di un processo prossimo a prescriversi.

6.2. Questo orientamento fu abbandonato solo a seguito dell'intervento delle Sezioni Unite, che affermarono il diverso principio che la sospensione o il rinvio del dibattimento per impedimento dell'imputato o del difensore, o su loro richiesta (salvo che quest'ultima sia stata determinata da esigenze di acquisizione della prova o di beneficiare di termini a difesa) determina comunque la sospensione della prescrizione, anche se l'imputato non sia sottoposto a misura cautelare (Sez. U, n. 1021 del 28/11/2001, dep. 2002, Cremonese, Rv. 220509). In sostanza, in questa sentenza, l'astensione continua ad essere considerata come un legittimo impedimento, ma viene al contempo ricondotta tra le fattispecie determinanti la sospensione della prescrizione, ricorrendo un'ipotesi di sospensione del procedimento penale imposta da una particolare disposizione di legge. Nella medesima prospettiva, altre pronunce successivamente ribadirono la sospensione della prescrizione nei casi di cui all'art. 304 c.p.p., anche in assenza di misure cautelari, continuando però a qualificare - "quasi in forma tralatizia", come rilevato dalla dottrina - l'astensione come legittimo impedimento:

cfr. Sez. 6, n. 24603 del 03/04/2003, Cuozzo, Rv. 226008; Sez. 3, n. 16022 del 05/03/2004, Granata, Rv. 228968. Quest'ultima decisione, peraltro, affermò anche un altro importante principio (Rv. 228969) - poi ripreso da numerosissime pronunce successive - sulla durata della sospensione del corso della prescrizione, sostenendo che tale sospensione, se "collegata al rinvio od alla sospensione del dibattimento disposti nei casi previsti dalla legge, va commisurata alla effettiva durata del rinvio dell'udienza disposto dal giudice:

quindi nel caso di impedimento a comparire del difensore, motivato dall'adesione all'astensione dalle udienze proclamata dalla categoria, l'effetto sospensivo deve essere determinato non in base alla durata dello sciopero, ma al tempo resosi di conseguenza necessario per gli adempimenti tecnici imprescindibili per garantire il recupero dell'ordinario corso della giustizia, atteso che tutte le parti processuali condividono con il giudice che dispone il rinvio la responsabilità dell'ordinato andamento del processo, nel corretto bilanciamento tra garanzia dei diritti di difesa e funzionalità del processo penale".

6.3. I termini della questione cambiarono necessariamente con l'ulteriore modifica dell'art. 159 c.p., ad opera della L. 5 dicembre 2005, n. 251. Il vigente art. 159, comma 1, n. 3, individua, tra le cause di sospensione della prescrizione, le ipotesi della sospensione del procedimento o del processo per ragioni di impedimento (delle parti o dei difensori) e le ipotesi di sospensione del procedimento o del processo su richiesta (dell'imputato o del difensore), differenziando peraltro nettamente i due casi: solo nel primo (sospensione per impedimento), infatti, la sospensione della prescrizione opera nel limite di sessanta giorni dal termine dell'impedimento. E' così divenuto di centrale rilevanza, agli effetti del calcolo della prescrizione del reato, stabilire se la causa di rinvio del procedimento o del processo è dovuta ad un "impedimento" ovvero ad una "richiesta" del difensore.

A seguito di questo ulteriore mutamento normativo, si è venuta progressivamente affermando la tesi che nega radicalmente che l'astensione del difensore dalle udienze sia riconducibile nell'ambito del legittimo impedimento, essendo del tutto libera la scelta del difensore di aderire o meno all'astensione proclamata dagli organismi di categoria. Si osserva che se è vero che l'astensione ha ormai ricevuto una chiara copertura costituzionale nell'ambito della libertà di associazione, è anche vero che si tratta pur sempre di una opzione di natura volontaria, rimessa alle valutazioni soggettive del difensore e basata su criteri di opportunità di fatto. Si è quindi in presenza di una situazione del tutto diversa da quella della "assoluta impossibilità" di comparire o, comunque, di partecipare all'udienza che, a norma dell'art. 420 ter c.p.p., comma 5, e art. 484 c.p.p., comma 2 bis, definisce la figura del "legittimo impedimento" del difensore quale causa di rinvio della udienza e di conseguente sospensione del processo.

Anche se non sono mancate in dottrina opinioni contrarie (nel senso che l'assolutezza dell'impedimento dovrebbe essere intesa non in termini letterali, "bensì come impossibilità per il difensore di comparire in udienza senza patire l'irrimediabile lesione di un proprio, concorrente diritto costituzionalmente garantito"), questo indirizzo, volto ad escludere che l'astensione dalle udienze possa essere ricondotta nell'alveo del legittimo impedimento, appare ormai del tutto consolidato nella giurisprudenza di legittimità. Se prima della sentenza costituzionale n. 171 del 1996 alcune pronunce contrarie al legittimo impedimento tendevano talora a considerare la "libera scelta del difensore" come un abbandono di difesa giustificato come esercizio di un diritto costituzionalmente garantito (cfr. Sez. 1, n. 2646 del 26/04/1996, Di Paolo, Rv.

205175), la giurisprudenza successiva ha seguito l'inquadramento operato dalla Corte costituzionale nell'ambito della libertà di associazione. L'orientamento ormai consolidato, quindi, parte dal riconoscimento della piena legittimazione dell'astensione dei difensori nell'ambito delle regole e dei limiti fissati "direttamente dal legislatore o dalle fonti ed istituzioni alle quali la legge rinvia", ed osserva che il rispetto di queste regole e questi limiti determinerà l'accoglimento della richiesta del difensore di differimento dell'udienza, ma in tal caso "la ragione del rinvio sarà pur sempre l'esercizio di un diritto di libertà, che è cosa del tutto diversa dal rinvio determinato da un impedimento"; con la conseguenza che si verterà nella seconda ipotesi prevista dall'art. 159 c.p., n. 3. Ossia, l'adesione

all'astensione costituisce un legittimo motivo per chiedere ed ottenere di non trattare il processo, ma non costituisce un impedimento a comparire, sicché il giudice non è tenuto a differire l'udienza entro i sessanta giorni e l'intero periodo di rinvio andrà considerato ai fini della sospensione della prescrizione (in questo senso, Sez. 2, n. 20574 del 12/02/2008, Rosano, Rv. 239890; Sez. 5, n. 44924 del 14/11/2007, Marras, Rv. 237914; Sez. 5, n. 33335 del 23/04/2008, Inserra, Rv.

241387; Sez. 1, n. 25714 del 17/06/2008, Arena, Rv. 240460; Sez. 5, n. 18071 del 08/02/2010, Piacentino, Rv. 247142; Sez. 4, n. 10621 del 29/01/2013, M., Rv. 256067). Alcune decisioni hanno fondato questa soluzione anche richiamando l'art. 4 del vigente codice di autoregolamentazione - il quale vieta l'astensione qualora l'imputato si trovi in stato di custodia cautelare o di detenzione e "chieda espressamente, analogamente a quanto previsto dall'art. 420 ter c.p.p., comma 5, che si proceda malgrado l'astensione del difensore" - osservando che in questo modo il legislatore secondario sembra aver considerato l'astensione dalle udienze come non riconducibile ad un legittimo impedimento a comparire poiché, diversamente, il richiamo all'art. 420 ter c.p.p., comma 5, sarebbe stato superfluo (v. Sez. 5, n. 21963 del 07/05/2008, Del Duca, n. m.; Sez. 2, n. 44391 del 29/10/2008, Palumbo, n. m.).

Peraltro, l'astensione del difensore non comporta la sospensione della prescrizione qualora si sia in presenza di più fatti idonei a legittimare il rinvio dell'udienza, perché in tal caso "occorre dare la prevalenza al fatto non dipendente dall'imputato o dal suo difensore" (Sez. 2, n. 41027 del 20/10/2011, Tarantino, n.m., in un caso in cui il difetto di notifica al coimputato impediva la trattazione del processo cumulativo; Sez. 2, n. 11559 del 09/02/2011, De Rinaldis, Rv. 249909, in un caso di rinvio del dibattimento per la contemporanea adesione del difensore e del giudice all'astensione indetta dalle rispettive categorie).

E' stato da molti osservato che tale consolidato orientamento giurisprudenziale ha ormai completamente "sterilizzato", agli effetti del calcolo della prescrizione, il decorso del tempo decorrente dal giorno dell'udienza rinviata per astensione al giorno dell'udienza successiva. Ciò comporta che il divieto di astensione nei processi prossimi a prescriversi, nelle varie articolazioni di cui all'art. 4 del codice di autoregolamentazione, possa apparire in qualche modo "superato" e non più sorretto dalla originaria giustificazione. La questione esula dall'oggetto del presente giudizio, nel quale appare invece interessante ricordare che nella recente giurisprudenza di questa Corte sono stati frequenti i casi di rigetto di richieste di rinvio per astensione in riferimento a reati il cui termine di prescrizione maturava entro 90 giorni, fondati sul rilievo che il divieto è imposto da una norma di diritto oggettivo tuttora vigente (art. 4 del codice di autoregolamentazione), della quale non sono stati ritenuti sussistenti i presupposti per la disapplicazione:

cfr., ad es., Sez. 3, n. 7620 del 28/01/2010, Settecase, Rv. 246197;

Sez. 6, n. 39238 del 12/07/2013, Cartia, Rv. 256336. Quest'ultima pronuncia non solo richiama esplicitamente la "natura regolamentare" dell'art. 4 citato, ma afferma che la disciplina speciale del codice di autoregolamentazione prevale sulla disciplina codicistica dell'art. 159 c.p., comma 1, n. 3, sia perché posta dalla fonte competente a "costituire il limite originario della legittimità dell'esercizio del diritto all'astensione collettiva degli avvocati dalle udienze", e sia comunque perché "l'autolimitazione, rispetto alla disciplina codicistica della prescrizione, risponde a specifiche scelte della categoria professionale perfettamente adeguate, e quindi congrue, ai principi costituzionali in materia di giustizia, primo tra tutti quello della ragionevole durata del processo", sicché non sarebbe ipotizzarle una disapplicazione della norma secondaria.

Opinione questa non pienamente collimante con quanto sostenuto dalla Giunta dell'Unione Camere Penali Italiane in una nota del 7 giugno 2012 inviata alla Commissione di garanzia, nella quale, preso atto del "diritto vivente", si esprime la necessità di riformare il vigente codice di autoregolamentazione sia quanto alla qualificazione di "legittimo impedimento" ivi conferita all'astensione, sia quanto ai divieti di astenersi nei processi prossimi alla prescrizione, trattandosi di un'autolimitazione che "non ha oggi più alcuna ragione giustificatrice".

7. Venendo ora più specificamente all'esame delle questioni sottoposte alle Sezioni Unite, va preliminarmente ricordato che il rispetto dei presupposti fissati dal codice di autoregolamentazione "costituisce la precondizione per la sussistenza del diritto che si afferma voler esercitare" (cfr. Sez. 6, n. 39238 del 12/07/2013, Cartia, Rv. 256336, cit.) - In particolare, l'art. 3 del vigente codice prevede specifiche modalità di presentazione della dichiarazione di astensione, il cui rispetto è necessario, affinché la mancata comparizione sia considerata in adesione all'astensione (e quindi, stando al codice, "legittimo impedimento"). L'astensione, difatti, come già ricordato, deve essere "dichiarata (personalmente o tramite sostituto) all'inizio dell'udienza o dell'atto di indagine preliminare", oppure, in alternativa, deve essere "comunicata prima con atto trasmesso o depositato nella cancelleria del giudice o nella segreteria del pubblico ministero oltreché agli altri avvocati costituiti, almeno due giorni prima della data stabilita".

In questo processo l'avv. Giacomo Lattanzio, difensore dell'imputato L.A., comunicò al Tribunale di Ferrara la propria dichiarazione di adesione all'astensione indetta dall'Unione delle Camere Penali facendola pervenire alla cancelleria del giudice procedente a mezzo telefax, con contestuale richiesta di rinvio.

Occorre pertanto valutare la ritualità di questa presentazione, dal momento che la giurisprudenza non è pacifica sull'ammissibilità di una presentazione via fax di un'istanza di rinvio per astensione.

Alcune sentenze si sono pronunciate nel senso dell'inammissibilità, perché la trasmissione via fax di tale istanza non costituisce una forma valida di comunicazione ai sensi dell'art. 121 c.p.p., in quanto non garantirebbe la verifica dell'autenticità della sua provenienza (Sez. 1, n. 3138 del 20/01/1998, Monti, n. m.; Sez. 1, n. 6528 del 11/05/1998, Sileno, Rv. 210711); altre, nel senso diametralmente opposto dell'ammissibilità di una comunicazione via fax, non richiedendo tale comunicazione forme particolari (Sez. 2, n. 28141 del 06/05/2004, Paolini, Rv. 229718).

Sull'analoga questione dell'utilizzo del telefax, da parte del difensore, per la comunicazione di richieste di rinvio per impedimento dovuto a concomitanti impegni professionali, sono rinvenibili attualmente, nella giurisprudenza di legittimità, tre diversi orientamenti. Un primo indirizzo esclude l'ammissibilità dell'istanza di rinvio inviata via fax, perché l'art. 121 c.p.p., stabilisce l'obbligo per le parti di presentare le memorie e le richieste rivolte al giudice mediante deposito in cancelleria, mentre il ricorso al telefax è riservato ai funzionari di cancelleria ai sensi dell'art. 150 c.p.p., (in tal senso, Sez. 5, n. 46954 del 14/10/2009, Giosuè, Rv. 245397; Sez. 4, n. 21602 del 23/01/2003, Giuliano, Rv. 256498; Sez. 6, n. 28244 del 30/01/2013, Bagheri, Rv.

256894; Sez. 3, n. 7058 del 11/02/2014, Vacante, Rv. 258443, che ribadisce il principio anche con riferimento all'invio di istanze tramite posta elettronica certificata). In senso contrario, si è invece affermato che è viziata da nullità assoluta, insanabile e rilevabile anche d'ufficio in ogni stato e grado del processo, la sentenza emessa senza che il giudice si sia pronunciato sull'istanza di rinvio per legittimo impedimento a comparire, trasmessa

via fax, atteso che tale modalità di trasmissione deve ritenersi consentita alla luce dell'evoluzione del sistema di comunicazioni e notifiche, non ostandovi il dato letterale dell'art. 420 ter c.p.p., comma 5, il quale si limita a richiedere che l'impedimento sia "prontamente comunicato", senza indicare le modalità (cfr. Sez. 3, n. 11268 del 06/11/1996, D'Andrea, Rv. 207030; Sez. 5, n. 32964 del 24/04/2008, Pezza, Rv. 241167; Sez. 3, n. 10637 del 20/01/2010, Barila, Rv.

246338; Sez. 5, n. 43514 del 16/11/2010, Graci, Rv. 249280; Sez. 5, n. 21987 del 16/01/2012, Balasco, Rv. 252954). In un senso in parte diverso, si è affermato che l'istanza inviata a mezzo fax non è inammissibile o irricevibile, ma la sua mancata delibazione non comporta alcuna violazione del diritto di difesa, "in quanto la scelta di un mezzo tecnico non autorizzato per il deposito espone il difensore al rischio dell'intempestività con cui l'atto stesso può pervenire a conoscenza del destinatario", sicché la parte ha l'onere di accertarsi del regolare arrivo del fax e del suo tempestivo inoltro al giudice procedente (Sez. 3, n. 9162 del 29/10/2009, dep. 2010, Goldin, Rv. 246207; Sez. 2, n. 9030 del 05/11/2013, dep. 2014, Stucchi, Rv. 258526).

Nel caso in esame, trattandosi di istanza di rinvio per adesione del difensore all'astensione di categoria, deve trovare applicazione - in base ai criteri di specialità e di competenza - la norma posta dalla fonte 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 "trasmesso o depositato nella cancelleria del giudice o nella segreteria del pubblico ministero". Appare evidente che con questa locuzione la norma abbia esplicitamente previsto, oltre al tradizionale deposito, anche la trasmissione nella cancelleria o segreteria con qualsiasi mezzo tecnico idoneo - quale normalmente il telefax - ad assicurare la provenienza della comunicazione dal difensore e l'arrivo della stessa nella cancelleria o nella segreteria.

D'altra parte - anche a prescindere da tale specifica norma - questa soluzione appare imposta non solo da una interpretazione letterale (perché non è previsto il rispetto di formalità particolari, potendo la comunicazione e il deposito avvenire con qualsiasi mezzo e forma, mentre quando siano richieste forme vincolate, il legislatore lo ha previsto espressamente, come per l'art. 162 c.p.p.: cfr. Sez. 3, n. 10637 del 20/01/2010, Barillà, cit.), ma anche da una interpretazione adeguatrice (perché maggiormente conforme ai principi costituzionali del diritto di difesa e del contraddittorio), e comunque da una interpretazione sistematica meno legata a risalenti schemi formalistici e più rispondente alla evoluzione del sistema delle comunicazioni e notifiche (cfr. art. 148 c.p.p., comma 2 bis;

D.L. 29 dicembre 2009, n. 193, art. 4, convertito, con modificazioni, dalla L. 22 febbraio 2010, n. 24) nonché alle esigenze di semplificazione e celerità richieste dal principio della ragionevole durata del processo. E' altresì significativa l'evoluzione delle forme di comunicazione e notificazione (anche a mezzo di posta elettronica certificata) previste nel processo civile, pur se ritenute non estensibili al processo penale (Sez. 3, n. 7058 del 11/02/2014, Vacante, Rv. 258443).

Del resto, quanto alla esigenza di autenticità della provenienza e della ricezione di questa forma di comunicazione, le Sezioni Unite hanno già rilevato - a proposito dell'art. 148 c.p.p., comma 2 bis, - che il telefax è "uno strumento tecnico che da assicurazioni in ordine alla ricezione dell'atto da parte del destinatario, attestata dallo stesso apparecchio di trasmissione mediante il cosiddetto OK o altro simbolo equivalente" (Sez. U, n. 28451 del 28/04/2011, Pedicone, Rv. 250121), specificando anche che "la mancata individuazione, in sede normativa, dei mezzi tecnici idonei ad assicurare la effettiva

conoscenza dell'atto... è evidentemente legata all'esigenza di non rendere necessario il continuo aggiornamento legislativo degli strumenti utilizzabili, ne in qualche modo obbligatorio il loro utilizzo, tenuto conto della evoluzione scientifica e dell'effettivo grado di diffusione di nuovi mezzi tecnici di trasmissione". Inoltre, le indicazioni automaticamente impresse sul documento ricevuto dall'ufficio sono idonee ad assicurare l'autenticità della provenienza dal difensore (peraltro facilmente controllabile dall'ufficio in caso di dubbio); e la norma vigente consente che la dichiarazione sia fatta anche tramite sostituto, senza speciali formalità.

Quanto alla paventata possibilità che il difensore invii indiscriminatamente e subdolamente istanze di rinvio a mezzo fax ad un qualsiasi numero di fax dell'ufficio procedente (Sez. 2, n. 9030 del 05/11/2013, dep. 2014, Stucchi, cit.), è sufficiente osservare - a parte ogni altra considerazione - che dall'art. 3 del vigente codice di autoregolamentazione deriva la regola - del resto da ritenersi implicita nel sistema anche senza la presenza di questa disposizione - che la trasmissione a mezzo fax della dichiarazione di astensione, per essere valida ed efficace, va fatta ad un numero di fax della cancelleria del giudice o della segreteria del pubblico ministero procedenti, e non a qualsiasi numero di fax dell'ufficio giudiziario.

Il medesimo art. 3 poi dispone che la dichiarazione di astensione, se non effettuata, personalmente o tramite sostituto, all'inizio dell'udienza o dell'atto preliminare, va depositata o trasmessa almeno due giorni prima della data stabilita, il che sembra escludere - per questo tipo di richiesta di rinvio - la preoccupazione - emergente da molte delle decisioni dianzi citate - che il fax pervenga all'ultimo momento, senza che vi sia il tempo per portarlo alla conoscenza del giudice.

Alla luce della norma speciale attualmente in vigore, pertanto, la dichiarazione del difensore di astensione fatta pervenire a mezzo fax alla cancelleria del giudice procedente, deve ritenersi ricevibile ed ammissibile.

Alla medesima conclusione peraltro deve pervenirsi anche nel caso di specie, in cui, riguardando la dichiarazione di astensione l'udienza del 5 luglio 2007, era applicabile, ratione temporis, non la suddetta norma del vigente codice di autoregolamentazione, ma l'art. 3, comma 2, della regolamentazione provvisoria adottata dalla Commissione di garanzia il 4 luglio 2002 e pubblicata sulla G.U. del 23 luglio 2002, il quale, al contrario della disciplina attuale, disponeva che "nell'ambito del procedimento penale, il difensore che non intenda aderire all'astensione proclamata, deve comunicare prontamente tale sua decisione all'autorità procedente ed agli altri difensori costituiti". Come si è già ricordato, la normativa secondaria vigente all'epoca poneva una sorta di presunzione di adesione alla protesta di categoria e non imponeva alcun onere di comunicazione al difensore che vi aderisse. Nella specie, pertanto, sarebbe stata sufficiente la sola mancata presenza del difensore all'udienza (in mancanza di previa sua contraria comunicazione). L'avv. Lattanzio, peraltro, comunicò ugualmente la sua volontà di aderire all'astensione con fax pervenuto alla Cancelleria del Tribunale il giorno prima dell'udienza ed esaminato dal giudice. Correttamente, quindi, il Tribunale ha ritenuto ammissibile l'istanza di rinvio e l'ha esaminata nel merito.

E' appena il caso di rilevare che la soluzione non muterebbe nemmeno qualora, per una qualche ragione, si volesse ritenere non applicabile nella specie il suddetto art. 3, comma 2, della regolamentazione provvisoria. In tal caso si dovrebbe invero applicare per analogia l'art. 420 ter c.p.p., il quale richiede che il legittimo impedimento a comparire sia "prontamente comunicato"; e, per le considerazioni dianzi svolte, deve preferirsi l'interpretazione secondo cui tale comunicazione, per la quale non sono previste speciali

formalità, possa avvenire anche mediante telefax pervenuto nella cancelleria del giudice procedente. Nella specie, poi, il Tribunale di Ferrara ha ritenuto che la comunicazione, effettuata il giorno prima dell'udienza, fosse comunque tempestiva, tanto che l'ha esaminata nel merito.

8. Giurisprudenza e dottrina sono state (e, in parte, ancora sono) divise sulla natura giuridica ed il fondamento costituzionale da riconoscere all'astensione forense (e, in genere, all'astensione di altre categorie di prestatori d'opera autonomi).

Anche dopo le modifiche introdotte con la L. n. 83 del 2000, la legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali distingue nettamente, da un punto di vista letterale, il "diritto di sciopero" dei lavoratori subordinati dalla "astensione collettiva" dei lavoratori autonomi, professionisti, piccoli imprenditori, pur considerando anche quest'ultima tra le situazioni in grado di incidere sui servizi pubblici essenziali, con la conseguente necessità di contemperamento con i diritti della persona costituzionalmente garantiti, al fine di assicurarne il godimento almeno nel loro contenuto essenziale.

Secondo l'opinione prevalente, pertanto, il tenore testuale dell'art. 2 bis non consentirebbe di ricondurre il fenomeno nell'alveo del diritto di sciopero.

Si è ricordato che la sentenza n. 171 del 1996 della Corte costituzionale affermò che le astensioni collettive dal lavoro "volte a difendere interessi di categoria, non soltanto economici, e a garantire un corretto esercizio della libera professione" rientrano in "un'area, connessa alla libertà di associazione, che è oggetto di salvaguardia costituzionale ed è significativamente più estesa rispetto allo sciopero". Secondo tale sentenza, pertanto, se è vero che "l'astensione forense da ogni attività defensionale non può configurarsi come diritto di sciopero e non ricade sotto la specifica protezione dell'art. 40", è anche vero che essa costituisce "manifestazione incisiva della dinamica associativa volta alla tutela di quella forma di lavoro autonomo" e, come tale, "non può essere ridotta a mera facoltà di rilievo costituzionale", ma ricade nel "favor libertatis, il quale ispira la prima parte della Costituzione e si pone come fondamentale criterio regolatore di tale ambito di rapporti, garantendo la libertà di ogni formazione sociale e postulando, nel contempo, la concorrente tutela degli altri valori di rango costituzionale".

Dopo questa sentenza alcune opinioni dottrinali, facendo leva anche sulla lettera della novellata legge sullo sciopero, hanno qualificato l'astensione forense non come un diritto, ma come una mera libertà nei confronti dello Stato, riconducibile appunto alla libertà di associazione di cui all'art. 18 Cost. (con la conseguenza, per alcuni, che il suo esercizio escluderebbe solo l'addebito sotto il profilo penalistico, ma non l'azione di inadempimento).

Nell'ambito di questo filone interpretativo sembrerebbe porsi anche un orientamento giurisprudenziale secondo il quale dovrebbe distinguersi tra il "diritto di sciopero", specificamente tutelato dall'art. 40 Cost., ed una mera "libertà di astensione", riconducibile al diverso ambito del diritto di associazione di cui all'art. 18 Cost., con la conseguenza che il giudice avrebbe, nel singolo processo, il potere di bilanciare i valori e gli interessi in conflitto e quindi "di far recedere la "libertà sindacale" di fronte a valori costituzionali primari" (in questo senso, a quanto sembra, Sez. 2, n. 22353 del 19/04/2013, Di Giorgio, Rv. 255937; Sez. 2, n. 46686 del 06/12/2011, Bencivenga, n. m.; Sez. 2, n. 18613 del 16/04/2010, Bau, n. m.).

Si tratta però di una opinione non condivisibile, dovendo preferirsi l'interpretazione, del resto ormai assolutamente prevalente in dottrina, secondo cui anche l'astensione dei lavoratori autonomi deve essere qualificata come diritto, con la conseguente esclusione di

ogni illecito, qualora esso venga esercitato nel rispetto delle disposizioni della legge e dei codici di autoregolamentazione. Si è infatti esattamente osservato in dottrina che l'intera operazione di contemperamento tra alcune manifestazioni di conflitto collettivo ed alcuni diritti costituzionalmente tutelati, realizzata dalla L. n. 146 del 1990, si fonda su un necessario presupposto logico e giuridico, costituto dal riconoscimento dell'astensione collettiva come esercizio di un vero e proprio diritto, e non di una mera libertà. Il legislatore in tanto ha potuto contemperare l'esercizio di determinate astensioni collettive dalle prestazioni dei lavoratori autonomi, professionisti e piccoli imprenditori con un catalogo di diritti costituzionalmente garantiti della persona, in quanto ha ritenuto che anche le prime configurino situazioni giuridiche comparabili con i secondi. In sostanza, l'impianto della L. n. 146 del 1990, ed in particolare l'art. 2 bis, si basa 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 di diritti per certi aspetti inconciliabili, ma insopprimibili, impone il principio del loro reciproco contemperamento. Anzi, si è espresso il dubbio sulla legittimità costituzionale di una disciplina che prevedesse che uno dei termini del contemperamento potesse essere privo di riferimento costituzionale.

Vero è che le opinioni non sono tutte concordi nella individuazione dello specifico principio costituzionale che funge da base al diritto di astensione. Secondo l'opinione di gran lunga più diffusa, che si richiama anche all'interpretazione seguita dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 171 del 1996, il fondamento costituzionale dell'astensione risiederebbe nella garanzia della libertà di associazione di cui all'art. 18 Cost., sicché l'adesione all'astensione costituirebbe esercizio di facoltà insite nel diritto costituzionale di libera associazione. E' questa, del resto, l'interpretazione seguita dalla assolutamente prevalente giurisprudenza di legittimità.

Questa opinione, peraltro, non è andata esente da rilievi da una parte della dottrina costituzionalistica, che ha lamentato una utilizzazione anomala della libertà di associazione ed un profondo mutamento sul piano ermeneutico dei confini e dei tratti caratteristici della fattispecie prevista dall'art. 18 Cost., ricordando che l'essenza dell'associarsi è cosa diversa dall'agire secondo i dettami dell'associazione e che restano fuori dell'ambito della garanzia costituzionale i comportamenti posti in essere dagli associati, anche se funzionali al raggiungimento dei fini sociali.

Da una parte, sia pure minoritaria, della dottrina si sono pertanto continuate a prospettare opinioni diverse sul riferimento costituzionale del diritto di astensione, quale quella secondo cui, nonostante il tenore letterale della novella legislativa, anche i lavoratori autonomi e gli altri soggetti di cui all'art. 2 bis sarebbero divenuti titolari del diritto di sciopero di cui all'art. 40 Cost.; o quella secondo cui il riferimento andrebbe ricercato, per le varie categorie professionali, nell'art. 39 Cost., inteso non come dichiarazione di mera libertà sindacale, ma come affermazione integrale della libertà di azione sindacale; o quella secondo cui, almeno per alcune fra le eterogenee figure di lavoratori autonomi contemplate dall'art. 2 bis, dovrebbe aversi riguardo alla libertà, costituzionalmente garantita, di iniziativa economica privata di cui all'art. 41 Cost. (con il divieto di svolgerla in modo da recar danno alla sicurezza, alla libertà ed alla dignità umana).

Quel che rileva ai fini del quesito qui esaminato è peraltro la qualificazione dell'astensione forense non già come una mera libertà, bensì come esercizio di un vero e proprio diritto avente un sicuro fondamento costituzionale: soluzione questa che - per le ragioni dianzi esplicitate - deve mantenersi ferma quand'anche non si volesse - contrariamente alla assolutamente prevalente giurisprudenza della Corte di cassazione - ravvisare tale fondamento nell'art. 18 Cost., ma (anche) in diversi principi costituzionali. Va pertanto pienamente confermato il principio recentemente enunciato dalla sentenza delle Sez. U, n. 26711 del 30/05/2013, Ucciero, Rv. 255346, la quale ha inequivocamente qualificato l'astensione collettiva dalla attività giudiziaria da parte degli avvocati come "un diritto, e non semplicemente un legittimo impedimento partecipativo".

9. Strettamente connessa, ed anzi pregiudiziale alla soluzione dello specifico quesito individuato dall'ordinanza di rimessione, è la questione della natura giuridica e dell'efficacia (vincolante erga omnes o meno) del codice di autoregolamentazione valutato idoneo dalla Commissione di garanzia (e della regolamentazione provvisoria).

A questo proposito occorre distinguere nettamente il periodo precedente l'entrata in vigore della L. n. 83 del 2000, dal periodo successivo.

9.1. Nel sistema originario della legge n. 146 del 1990, imperniato sullo sciopero dei lavoratori subordinati, l'individuazione delle prestazioni indispensabili era rimessa ai (soli) contratti collettivi valutati idonei dalla Commissione di garanzia: i codici di autoregolamentazione - pur conosciuti nell'esperienza anteriore alla legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali - venivano presi in considerazione come strumenti meramente "eventuali" dall'art. 2 (vecchio testo) della legge, il quale, demandando ai codici stessi la previsione delle sanzioni da applicare in caso di violazione, confermava chiaramente la loro natura ed efficacia meramente endoassociativa.

In particolare, quanto ai codici di autoregolamentazione varati in quel periodo dagli organismi rappresentativi della categoria forense, l'opinione consolidata era che essi davano luogo ad un mero impegno unilaterale nei confronti dell'utenza, utilizzabile dal giudice nell'attività di bilanciamento degli opposti interessi ovvero in sede disciplinare, con riferimento alla violazione di regole deontologiche.

Questa tesi, del resto, aveva ricevuto l'avallo dalla sentenza n. 171 del 1996 della Corte costituzionale, la quale aveva espressamente osservato che una nuova ed adeguata regolamentazione legislativa era "ormai indilazionabile" - "anche in riferimento all'astensione collettiva dal lavoro non qualificabile, per l'assenza dei suoi tratti tipici, come esercizio del diritto di sciopero" e che fosse finalizzata alla salvaguardia dei principi e valori costituzionali, anche con la specificazione, da parte del legislatore, delle "prestazioni essenziali da adempiere durante l'astensione, le procedure e le misure consequenziali nell'ipotesi di inosservanza" - anche perché i "codici di autoregolamentazione recentemente adottati da vari organismi professionali... non hanno efficacia generale". In tal modo, peraltro, la Corte costituzionale chiaramente sembrava auspicare che la invocata nuova disciplina legislativa prevedesse che la regolamentazione delle prestazioni essenziali durante l'astensione dei lavoratori autonomi fosse posta da fonti di diritto oggettivo, aventi appunto "efficacia generale".

Anche la consolidata giurisprudenza di legittimità era nel senso che le "disposizioni fissate in un codice di autoregolamentazione possono avere efficacia vincolante per la categoria di soggetti che hanno contribuito alla creazione della fonte normativa, in funzione dello scopo di porsi alcuni limiti all'esercizio concreto di un fondamentale diritto", ma non sono vincolanti per il giudice che "rimane soggetto ai vincoli che derivano dall'ordinamento

processuale" (Sez. 5, n. 3047 del 21/01/1999 Nava, Rv. 212952 - richiamata anche dall'ordinanza di rimessione - la quale però si riferiva appunto al codice di autoregolamentazione adottato all'epoca dell'Unione delle Camere penali e poi dichiarato non idoneo dalla Commissione di garanzia e quindi mai entrato in vigore come fonte di diritto oggettivo).

9.2. La situazione era destinata evidentemente a mutare radicalmente dopo l'entrata in vigore della legge n. 83 del 2000, ed in particolare a seguito della emanazione ed entrata in vigore, dapprima, della regolamentazione provvisoria emanata dalla Commissione e, in seguito, dei codici di autoregolamentazione "muniti" della valutazione di idoneità, ai sensi della L. n. 146 del 1990, nuovo art. 2 bis.

Tuttavia, nella giurisprudenza di legittimità si sono formati su questo punto due diversi indirizzi interpretativi. Un primo indirizzo ha continuato, anche di recente, ad affermare - quasi tralaticiamente, richiamando difatti la giurisprudenza anteriore alla L. n. 83 del 2000, e la sentenza costituzionale n. 171 del 1996, ossia principi che si riferivano ad un contesto normativo affatto differente - che il giudice, nel valutare l'accoglibilità di una richiesta di rinvio dell'udienza per adesione del difensore all'astensione di categoria, "non è legato dai principi fissati dall'avvocatura per autodisciplinare l'astensione medesima (Codice di autoregolamentazione delle astensioni dalle udienze degli avvocati pubblicato in G.U. n. 3 del 4 gennaio 2008), ma deve autonomamente procedere al bilanciamento degli interessi in gioco in quanto il codice di autoregolamentazione è un atto che vincola i soli associati" (Sez. 2, n. 22353 del 19/04/2013, Di Giorgio, Rv. 255937, con riferimento, quindi, proprio al codice di autoregolamentazione attualmente in vigore; conf. Sez. 2, n. 24533 del 29/05/2009, Frediani, Rv. 244785).

Un secondo, più cospicuo e recente indirizzo è quello affermato dalla già citata sentenza delle Sezioni Unite n. 26711 del 30/05/2013, Ucciero, la quale ha espressamente osservato che le norme del codice di "Autoregolamentazione delle astensioni dalle udienze degli avvocati", adottato il 4 aprile 2007 e ritenuto idoneo dalla Commissione di garanzia dell'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi essenziali con delibera del 13 dicembre 2007, hanno "valore di normativa secondaria", e vanno pertanto obbligatoriamente applicate dal giudice. La sentenza Ucciero - dopo aver richiamato la sentenza costituzionale n. 171 del 1996, e l'inquadramento ivi contenuto dell'astensione forense quale "manifestazione incisiva della dinamica associativa volta alla tutela di questa forma di lavoro autonomo", nonché la sua inclusione fra i diritti "di libertà dei singoli e dei gruppi che ispira l'intera prima parte della Costituzione, e la sua qualificazione come un vero e proprio "diritto, e non semplicemente un legittimo impedimento partecipativo" - ha ricordato che proprio "allo scopo di soddisfare le esigenze di bilanciamento tra le istanze contrapposte additate dalla richiamata pronuncia della Corte costituzionale, la L. n. 146 del 1990, è stata appositamente novellata ad opera della L. n. 83 del 2000, con l'introduzione dell'art. 2 bis che ha appunto previsto, per l'astensione collettiva da parte di lavoratori autonomi, professionisti e piccoli imprenditori, l'adozione di appositi codici di autoregolamentazione destinati a realizzare il contemperamento con i diritti della persona costituzionalmente tutelati di cui all'art. 1 della stessa legge, previa verifica di idoneità da parte della apposita Commissione di garanzia". Ha quindi ricordato che, sulla base delle nuove disposizioni, il nuovo codice di autoregolamentazione adottato nel 2007 è stato valutato idoneo dalla Commissione il 13 dicembre 2007 e quindi pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale. Ha infine concluso che, in questo quadro di riferimento normativo, "il codice di che trattasi assume valore di normativa secondaria alla quale occorre conformarsi".

Questo indirizzo è stato poi seguito da numerose pronunce delle sezioni semplici. Così, la

sentenza della Sez. 6, n. 39871 del 12/07/2013, Notarianni, Rv. 256444, nel rigettare una istanza di rinvio per astensione in un procedimento di sequestro preventivo, ha ribadito i principi espressi dalla sentenza Ucciero, stabilendo che il divieto di astenersi nelle udienze "afferenti misure cautelari", di cui all'art. 4, lett. a), del codice di autoregolamentazione, deve ritenersi comprensivo anche dei procedimenti relativi a misure cautelari reali, sulla base di una interpretazione che trovava conferma nella coerenza sul punto tra la normativa secondaria (più dettagliata) e quella primaria della L. n. 146 del 1990.

Analogamente, la sentenza Sez. 6, n. 51524 del 12/07/2013, Cartia, Rv. 256336, ha fondato il rigetto di una istanza di rinvio per astensione sull'art. 4, comma 1, lett. a), del codice di autoregolamentazione, nella parte in cui non consente l'astensione nei giudizi di legittimità in cui la prescrizione dei reati vada a maturare nei novanta giorni successivi. La sentenza afferma che proprio il valore di normativa secondaria, che deve attribuirsi al codice valutato idoneo, impone di escludere la legittimità della dichiarazione di adesione nei casi di divieto ivi contemplati, poiché in tali casi la dichiarazione di astensione non trova "copertura" e si risolve "in una iniziativa individuale, come tale non rilevante perché inidonea a costituire esercizio del diritto all'astensione collettiva dalle udienze". La sentenza ha anche osservato che l'ormai avvenuta "sterilizzazione" del corso della prescrizione per l'intero periodo di differimento potrebbe indurre a considerare inopportuno il suddetto divieto di astensione, ma ha ritenuto che tale vigente norma regolamentare non fosse illegittima, e non andasse quindi disapplicata, essendo peraltro congrua rispetto al principio della ragionevole durata del processo.

Un richiamo adesivo al principio della sentenza Ucciero sul "valore di normativa secondaria" riconosciuto al codice di autoregolamentazione, è contenuto anche in altre più recenti decisioni, che hanno basato sui divieti di cui all'art. 4 del codice il rigetto di richieste di rinvio formulate sia in udienze "afferenti misure cautelari" (Sez. 6, n. 39979 del 19/09/2013, Cellamare; Sez. 2, n. 47145 del 17/09/2013, Figliuzzi; Sez. 2, n. 38684 del 17/09/2013, Di Puppo; Sez. 6, n. 17 del 18/09/2013, dep. 2014, Q.S., tutte n. m.), sia in processi per reati destinati a prescriversi entro i successivi novanta giorni (Sez. 2, n. 51412 del 18/09/2013, Verardi, n. m.). Allo stesso modo, la sentenza della Sez. 2, n. 13227 del 20/02/2014, Colucci, n. m., ha rigettato una richiesta di rinvio per astensione per il mancato rispetto delle prescrizioni di cui all'art. 3, comma 1, lett. b), del codice di autoregolamentazione, in quanto la dichiarazione di astensione era stata trasmessa in cancelleria fuori dal termine di due giorni prima della data stabilita e non era stata comunicata agli altri avvocati costituiti, ne vi era comunque dichiarazione impegnativa di avere assolto a tale obbligo anche con forme diverse da quelle scritte.

Da ultimo, il principio è stato confermato anche dalla sentenza della Sez. 6, n. 1826 del 24/10/2013, dep. 2014, S., Rv. 258336 - relativa, specificamente, al diritto di astensione del difensore dalle udienze camerali, in cui la sua partecipazione non è obbligatoria - la quale ha ribadito il valore di normativa secondaria del codice in vigore, ricordando che l'attuale assetto delle fonti normative in materia di rinvio dell'udienza per astensione del difensore prevede che la stessa trovi appunto la sua regolamentazione nella legge sullo sciopero nei servizi essenziali e nella suddetta fonte regolatrice di natura sub-legislativa (la sentenza, in particolare, a differenza di quelle appena richiamate, non ha fatto riferimento ai divieti ed alle prescrizioni del codice per rigettare istanze di rinvio, ma ha applicato una norma dello stesso ritenendo che essa implicitamente consentisse l'astensione in una ipotesi fino ad allora esclusa dalla giurisprudenza).

9.3. Questa conclusione sembra messa in dubbio dall'ordinanza di rimessione la quale sostiene che questa normativa primaria e secondaria non esaurirebbe la regolamentazione

della materia, con la conseguenza che residuerebbe per il giudice un potere di autonoma valutazione in situazioni non espressamente contemplate dal codice di autoregolamentazione con la possibilità di bilanciare il diritto all'astensione del difensore con altri diritti costituzionalmente rilevanti. Sembrerebbe che l'ordinanza di rimessione ritenga anche che, qualora il giudice consideri necessario tale bilanciamento, il vigente codice di autoregolamentazione non avrebbe nei suoi confronti valore vincolante con l'ulteriore conseguenza della natura sostanzialmente endoassociativa delle norme del codice (orientamento questo, ancora di recente sostenuto, fra le altre, anche dalle citate sentenze Sez. 2, n. 22353 del 19/04/2013, Di Giorgio, e Sez. 2, n. 24533 del 29/05/2009, Frediani).

Ritengono le Sezioni Unite che questa interpretazione debba essere senz'altro disattesa e che vada invece pienamente confermato il principio, già enunciato dalla sentenza Ucciero, che il codice di autoregolamentazione delle astensioni dalle udienze degli avvocati ritenuto idoneo dalla Commissione di garanzia nel 2007, pubblicato sulla G.U. nel 2008 ed attualmente in vigore (così come, parimenti, la regolamentazione provvisoria adottata dalla Commissione nel 2002) 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 a rispettarla ed applicarla.

Il legislatore primario, dopo aver posto con legge la normativa generale sulla astensione dal lavoro di lavoratori autonomi, professionisti e piccoli imprenditori in caso di interferenza con pubblici servizi essenziali, ha previsto che la normativa secondaria e di dettaglio, di rango regolamentare, sia attribuita alla competenza di una specifica fonte, appositamente creata (costituita, appunto, dai codici di autoregolamentazione, adottati dalla categoria professionale, ritenuti idonei dalla Commissione di garanzia e pubblicati sulla Gazzetta Ufficiale ovvero, in mancanza degli stessi o della dichiarazione di idoneità, dalla regolamentazione provvisoria adottata dalla Commissione).

Si tratta dunque di norme poste dalla speciale fonte normativa alla quale le norme di rango legislativo sulla produzione hanno attribuito la specifica competenza a porre la disciplina secondaria della materia, e pertanto a tutti gli effetti di vere e proprie norme che fanno parte del "diritto oggettivo". In altre parole, si tratta di norme che rientrano nell'ambito delle norme di "legge" cui si riferisce l'art. 101 Cost., comma 2, ed alle quali il giudice, proprio in forza di tale disposizione costituzionale, è sicuramente "soggetto" (pur essendo soggetto solo ad esse).

Le norme del vigente codice di autoregolamentazione (come quelle della regolamentazione provvisoria), del resto, presentano tutte le caratteristiche che, nel nostro ordinamento, contraddistinguono le norme poste da fonti di diritto oggettivo. In primo luogo, invero, per esse trova applicazione il principio iura novit curia, come peraltro è confermato da tutte le sentenze dianzi citate che hanno applicato d'ufficio le norme del codice per rigettare richieste di rinvio per astensione da udienze afferenti misure cautelari o reati destinati a prescriversi entro i 90 giorni (nonostante l'ormai avvenuta "sterilizzazione" della prescrizione per l'intero periodo di rinvio). La violazione di dette norme, poi, può costituire oggetto di ricorso per cassazione per violazione di legge (ai sensi dell'art. 111 Cost., comma 7, dell'art. 606 c.p.p., comma 1, lett. b), e dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3) e l'eventuale annullamento andrà appunto pronunciato per violazione di legge, e non per vizio di motivazione. Inoltre, le disposizioni del codice di autoregolamentazione (e della regolamentazione provvisoria) vanno sicuramente interpretate secondo i criteri ermeneutici fissati per le leggi dall'art. 12 preleggi, e non secondo le regole interpretative valevoli per gli atti normativi e gli accordi collettivi di diritto privato.

Ciò del resto è confermato non solo da tutto il complesso sistema normativo specificamente creato dal legislatore primario, ma anche dal tenore testuale della L. n. 83 del 2000. Si è esattamente osservato che nel settore del lavoro autonomo, in mancanza di altre fonti di disciplina, la generale obbligatorietà dei codici è la condicio sine qua non perché il meccanismo introdotto dal legislatore possa dar vita ad una disciplina vincolante per l'intera categoria dei lavoratori (autonomi, professionisti, piccoli imprenditori) interessati. Tale risultato è stato raggiunto dalla L. n. 83 del 2000, rendendo operativo anche nei confronti dei codici di autoregolamentazione valutati idonei dalla Commissione di garanzia l'obbligo legale di osservanza delle relative prescrizioni. In particolare, questa operazione legislativa si è incentrata sul disposto della L. n. 146 del 1990, art. 2, comma 3, che prescrive a tutti i soggetti coinvolti nello sciopero di effettuare le prestazioni indispensabili, nonché di rispettare le modalità, le procedure e le altre misure previste dal medesimo art. 2, comma 2.

L'art. 2, comma 2, è stato poi espressamente richiamato - ed in tal modo reso applicabile anche ai lavoratori autonomi ed alle loro associazioni - sia dall'art. 2 bis, che impone anche a tali soggetti il suo rispetto, sia dall'art. 4, comma 4, secondo periodo, che sanziona nei loro confronti la sua inosservanza. L'art. 2 bis, infatti, stabilisce che resta fermo "quanto previsto dall'art. 2, comma 3", così operando la detta estensione ai lavoratori autonomi ed alle loro associazioni dell'obbligo, sancito da questa norma, di effettuare le prestazioni indispensabili e di rispettare le altre previsioni dell'art. 2, comma 2. Quest'ultima disposizione, inoltre, contiene un esplicito riferimento ai codici di autoregolamentazione, il che ha determinato un profondo mutamento della loro efficacia rispetto alla normativa precedente, nella quale, in mancanza di espliciti richiami, non era possibile attribuire ai codici di autoregolamentazione del lavoro subordinato una generale obbligatorietà, che ora invece discende comunque dall'art. 2, comma 3, e dal suo richiamo all'art. 2, comma 2.

Si è quindi conclusivamente e correttamente sostenuto che la obbligatorietà generale dei codici di autoregolamentazione deriva dal rinvio, contenuto nella L. n. 146 del 1990, art. 2 bis, all'art. 2, comma 3, il quale a sua volta richiama l'art. 2, comma 2, oggi comprensivo anche di un espresso riferimento ai codici di autoregolamentazione. Questa vincolatività ex lege è poi confermata dalle misure sanzionatorie che, ai sensi dell'art. 4, comma 4, secondo periodo, si applicano sia "in caso di violazione dei codici di autoregolamentazione di cui all'art. 2 bis", sia "in ogni altro caso di violazione dell'art. 2, comma 3". Del resto, proprio in virtù della vincolatività ex lege dei codici, questa disposizione dell'art. 4 non prevede mere sanzioni endo-sindacali, bensì sanzioni amministrative pecuniarie, deliberate dalla Commissione di garanzia ed applicate con ordinanza ingiunzione della Direzione provinciale del lavoro.

L'efficacia erga omnes viene generalmente ammessa dalla dottrina anche sulla base di considerazioni prettamente sistematiche. Si evidenzia che, nel sistema normativo, l'art. 2 bis, ha il ruolo di norma sulla produzione, e in particolare di norma sulla fonte secondaria di disciplina delle misure dirette a consentire l'erogazione delle prestazioni indispensabili di cui alla L. n. 146 del 1990, art. 1, mentre i codici di autoregolamentazione assumono appunto il ruolo di fonte secondaria regolativa delle dette misure, svolgendo la parallela funzione assolta per il lavoro subordinato dai contratti collettivi. E' pure vero che i codici non avrebbero di per sé efficacia erga omnes (come ritenuto dalla sentenza costituzionale n. 171 del 1996 in riferimento alla precedente normativa), ma la previsione della delibera di idoneità, coniugata con il nuovo riconoscimento in capo alla Commissione di garanzia del potere normativo (espresso dalla provvisoria regolamentazione), permette di ritenere che proprio la delibera di idoneità attribuisca ai codici efficacia generale. E difatti, se si prescinde dall'efficacia generalizzata di un codice dichiarato idoneo, più non si comprende

la previsione che, in alternativa ad un codice idoneo, ha rimesso alla Commissione di garanzia il potere di regolamentazione provvisoria.

L'opinione pacificamente concorde - e che va qui condivisa - è dunque nel senso che il nuovo assetto normativo consente di riconoscere al codice dichiarato idoneo (ed alla regolamentazione provvisoria) un ruolo di fonte normativa subprimaria e quindi in grado di porre norme vincolanti per tutti i soggetti dell'ordinamento e, in primo luogo, per il giudice. Si tratta in particolare di fonte posta per effetto di uno speciale procedimento diretto specificamente ad individuare le regole di contemperamento del diritto di astensione con i diritti costituzionali degli utenti, nel quale è decisiva la finale valutazione di idoneità della Commissione di garanzia. Si è anche osservato, infine, che il risultato della generale vincolatività prescinde dall'ampiezza del consenso su cui le fonti collettive si fondano, dal momento che "il legislatore ha ritenuto di astenersi dall'introdurre meccanismi di controllo dei conflitti basati sulla selezione dei soggetti legittimati a definire le regole negoziali o a proclamare gli scioperi".

In conclusione, alle norme poste dalla regolamentazione provvisoria e dal codice di autoregolamentazione dichiarato idoneo e pubblicato deve riconoscersi forza e valore di norme di diritto oggettivo di rango secondario o regolamentare.

10. Dopo avere accertato che in capo al difensore è configurabile un vero e proprio diritto all'astensione costituzionalmente tutelato (qualora siano rispettate le specifiche norme primarie e secondarie in materia) e non una mera libertà, e che le norme del codice di autoregolamentazione, dichiarato idoneo e pubblicato (o quelle della regolamentazione provvisoria) sono norme di diritto oggettivo vincolanti erga omnes, occorre ora esaminare la questione se, pur dopo l'entrata in vigore delle suddette fonti secondarie con cui è stato effettuato in via generale il contemperamento, continui a permanere in capo al giudice un potere di autonomo bilanciamento degli interessi e dei valori in gioco ed un potere di rifiutare eventualmente, a seguito di tale valutazione, il rinvio nonostante una regolare dichiarazione di astensione del difensore ed il rispetto delle norme del codice di autoregolamentazione.

10.1. Come si è già ricordato, questo potere di bilanciamento del giudice era generalmente ritenuto sussistente da giurisprudenza e dottrina nella vigenza della normativa anteriore alla disciplina introdotta dalla legge n. 83 del 2000. Si riconosceva, infatti, che l'adesione all'astensione poneva un problema - ancor prima al legislatore che al giudice - di "bilanciamento di interessi", soprattutto per il "nodo cruciale" della prescrizione, che all'epoca non aveva ancora trovato una condivisa e definitiva soluzione giurisprudenziale.

La stessa sentenza costituzionale n. 171 del 1996 aveva affermato che - allo stato della normativa all'epoca vigente ed in mancanza della auspicata specifica regolamentazione normativa, anche mediante codici di autoregolamentazione - era da privilegiare (anche se non risolveva il problema per l'eventualità dell'adesione all'astensione dei difensori d'ufficio nominati) l'interpretazione che riconosceva "al giudice il potere di bilanciare i valori in conflitto e, conseguentemente, di far recedere la "libertà sindacale" di fronte a valori costituzionali primari". La sentenza, peraltro, non mancava di sottolineare che, per la salvaguardia dei valori e principi costituzionali, era indispensabile che fosse il legislatore ad individuare "anche le prestazioni essenziali da adempiere durante l'astensione, le procedure e le misure consequenziali nell'ipotesi di inosservanza", spettando appunto "al legislatore di definire in modo organico le misure atte a realizzare l'equilibrata tutela dei beni coinvolti".

Negli anni novanta del secolo scorso - non essendosi all'epoca ancora affermato un

orientamento giurisprudenziale volto ad individuare una causa di sospensione ex lege della prescrizione, in virtù del combinato disposto dell'art. 159 c.p., e art. 304 c.p.p., comma 1, lett. b), - nella giurisprudenza di cassazione si faceva frequentemente ricorso al principio del bilanciamento di interessi, soprattutto per impedire il maturare della prescrizione, "dandosi la prevalenza a quello dello Stato, diretto ad evitare l'estinzione del reato per prescrizione, rispetto a quello del difensore dell'imputato, diretto al legittimo esercizio dei diritti personali di libertà, in particolare di quello di astenersi dal partecipare alle udienze" (v., ad es., Sez. 4, n. 6604 del 17/12/1992, Montagnoli, Rv. 195252; Sez. 6, n. 2156 del 17/12/1996, dep. 1997, Galletto, Rv. 207265; Sez. 1, n. 5740 del 14/10/1997, Ancler, Rv.

208925; Sez. 3, n. 466 del 11/03/1999, Savarese, Rv. 213092; Sez. 5, n. 3047 del 21/01/1999 Nava, Rv. 212952, che ritenne il giudice non vincolato dal parametro temporale della prescrizione entro 45 giorni successivi all'udienza fissato allora dal codice di autoregolamentazione dichiarato non idoneo dalla Commissione di garanzia). In un caso particolare, si ritenne che il rigetto - peraltro anteriore all'entrata in vigore della legge n. 83 del 2000 - era giustificato dal fatto che era stata già disposta una udienza della corte di assise in trasferta per l'esame di un teste a domicilio ai sensi dell'art. 502 c.p.p., in quanto spettava "al giudice ogni motivata decisione, che tenga conto e bilanci gli interessi in giuoco, evidentemente costituiti anche da quelli - processuali e logistici - della giustizia" (Sez. 1, 13/12/2001, dep. 2002, Agate, n. m.).

10.2. Con riferimento a dichiarazioni di astensione formulate dopo l'entrata in vigore della legge n. 83 del 2000, e durante la vigenza della provvisoria regolamentazione emanata dalla Commissione di garanzia con delibera del 4 luglio 2002, in un processo in cui il difensore di un imputato libero aveva dichiarato di aderire all'astensione, mentre i difensori dei coimputati detenuti avevano sollecitato la trattazione del processo, venne rifiutato il rinvio richiamando la necessità, sulla scorta dei principi della sentenza costituzionale n. 171 del 1996, di un bilanciamento giudiziale tra l'"esercizio della libertà di astensione collettiva" e gli altri valori costituzionali, anche in relazione al principio di ragionevole durata del processo di cui all'art. 111 Cost., che esalta il rilievo speciale conferito ai processi con imputati in stato di detenzione, dal momento che è "incomprimibile il diritto dell'imputato detenuto ad una rapida definizione del processo; diritto che quindi fa aggio sulla libertà degli avvocati di astenersi collettivamente dalle udienze" (Sez. 3, n. 17269 del 21/03/2007, Musaj, Rv. 237322). Va però rilevato che questa decisione si fonda, oltre che su tali considerazioni generali, anche e soprattutto sulla necessità di rispettare l'art. 4, comma 1, lett. b), della regolamentazione provvisoria, che prevedeva la celebrazione del processo ove lo richiedesse l'imputato in stato di detenzione malgrado l'astensione del suo difensore, di fiducia o d'ufficio, "ipotesi questa da ritenersi comprensiva della richiesta, di analogo contenuto, fatta dal difensore dell'imputato detenuto". L'affermazione che la mera "libertà" degli avvocati di astenersi "trova un limite in altri valori costituzionali, fra i quali rientra la ragionevole durata del processo", è stata poi ripresa da successive decisioni (cfr. Sez. 2, n. 46686 del 06/12/2011, Bencivenga, n. m., in riferimento ad una astensione in una udienza camerale d'appello con rito abbreviato).

Sempre con riferimento all'epoca di vigenza della fonte secondaria costituita dalla regolamentazione provvisoria, è stato ritenuto legittimo il rigetto di una istanza di rinvio per astensione per il motivo che il processo si sarebbe prescritto entro sei mesi, ipotesi questa non contemplata dalla regolamentazione provvisoria, e ciò perché (riprendendo testualmente le argomentazioni della sentenza Nava, che invece si riferiva al codice di autoregolamentazione "ante riforma" dichiarato non idoneo) il giudice "non è legato ai principi fissati dall'avvocatura per autodisciplinare l'astensione medesima, ma deve autonomamente considerare l'interesse a non lasciar prescrivere i reati da giudicare

tenendo conto delle molteplici variabili che condizionano un simile giudizio" (Sez. 2, n. 24533 del 29/05/2009, Frediani, Rv. 244785).

Anche in altra occasione venne ritenuta irrilevante la "presunzione di astensione" fissata dall'art. 3 della regolamentazione provvisoria del 2002, per il motivo che questa disposizione imponeva all'avvocato "non aderente" di comunicare tale sua decisione per fini organizzativi, ma "nulla invece essa dispone, ne potrebbe disporre, circa la rilevanza che assume la pura e semplice assenza del difensore, in occasione di astensione collettiva, nei procedimenti camerali" (Sez. 6, n. 14396 del 19/02/2009, Leoni, Rv. 243263).

Questa tesi della non vincolatività per il giudice di detta disposizione della regolamentazione provvisoria e della presunzione di astensione ivi fissata, venne ripresa anche da Sez. 2, n. 10834 del 26/01/2011, Adaggio, n. m., che ritenne "irrilevante la preventiva comunicazione delle Camere penali al presidente del tribunale, attesa la natura individuale dell'adesione alla programmata astensione", e ripropose anche la qualificazione dell'astensione come legittimo impedimento.

10.3. Più di recente, in riferimento ad istanze di rinvio per astensione formulate nella vigenza dell'attuale codice di autoregolamentazione, in relazione alla questione del permanere di un potere del giudice di compiere un autonomo bilanciamento di interessi, possono distinguersi nella giurisprudenza della Corte di cassazione due diversi indirizzi interpretativi.

Da un lato, invero, alcune decisioni hanno ribadito la necessità per il giudice di operare un bilanciamento dei contrapposti interessi. In un caso di rigetto, da parte del giudice del merito, della richiesta di rinvio per adesione all'astensione del difensore di una imputata non sottoposta a misura detentiva, ma alla sola misura cautelare coercitiva di cui all'art. 282 ter c.p.p., sono stati di nuovo richiamati i principi espressi dalla sentenza costituzionale n. 171 del 1996 e si è affermata ancora la necessità di riconoscere al giudice "il potere di bilanciare i valori in conflitto e, conseguentemente, di far recedere la "libertà sindacale" di fronte a valori costituzionali primari", ribadendo che il giudice non è vincolato dal codice di autoregolamentazione pubblicato in G.U. (Sez. 2, n. 22353 del 19/04/2013, Di Giorgio, Rv. 255937). Peraltro, dopo queste affermazioni, la sentenza osserva che "l'imputata si trovava pur sempre sottoposta ad una misura coercitiva - sebbene non detentiva - e, quindi, essendo limitato un suo diritto costituzionalmente protetto (art. 16 Cost.), era interesse primario lo svolgimento del processo", mentre era irrilevante che l'art. 4 del codice di autoregolamentazione vieti l'astensione nei soli processi con imputati detenuti, perché correttamente il giudice, nel bilanciare gli interessi in gioco, aveva dato la prevalenza all'interesse dell'imputata, sottoposta a misura coercitiva, ad un celere processo, essendo invece irrilevante che l'imputata non avesse chiesto espressamente di procedere nonostante l'astensione del suo avvocato, e ciò in quanto "il processo non è una materia disponibile", così come non sono disponibili i diritti costituzionali inviolabili, quale la libertà di circolazione.

Sotto un altro profilo si è ritenuto che la dichiarazione di astensione del difensore della parte civile non legittima il rinvio, in presenza di una contraria volontà manifestata dal difensore dell'imputato, sebbene l'art. 3, comma 2, del vigente codice di autoregolamentazione stabilisca che l'astensione costituisce legittimo impedimento anche qualora avvocati del medesimo procedimento non abbiano aderito ad essa, specificando che tale disposizione si applica a tutti i soggetti del procedimento, ivi compresi i difensori della persona offesa, ancorché non costituita parte civile. Si è invero affermato che questa disposizione (alla quale viene riconosciuto il valore di normativa secondaria) non può essere interpretata nel senso della prevalenza della dichiarazione di astensione del

difensore della parte civile sulla contraria volontà espressa, tramite il proprio difensore, dall'imputato, dovendo invece essere privilegiato l'interesse dell'imputato ad una celere definizione del procedimento, anche in virtù del principio della ragionevole durata del processo (Sez. 6, n. 43213 del 12/07/2013, Arangio, Rv. 257205).

A ben vedere, tuttavia, in queste due sentenze l'affermazione del potere del giudice di operare un autonomo bilanciamento di interessi sembra fatto più come tralaticia ripetizione di formule tratte da sentenze risalenti che come enunciazione di un principio effettivamente utilizzato per la decisione. In realtà si è trattato non di bilanciamento tra valori costituzionali confliggenti, ma della scelta di una interpretazione - fra le varie possibili - estensiva ed adeguatrice (a norme o principi costituzionali) delle norme secondarie in materia. Così, la sentenza Arangio ha solo interpretato l'art. 3, comma 2, del codice di autoregolamentazione - il quale dispone che la regola, secondo cui l'astensione costituisce legittimo impedimento anche quando gli altri difensori non vi abbiano aderito, si applica anche con riferimento ai difensori della persona offesa, ancorché non costituita parte civile - nel senso che però prevale in ogni caso l'eventuale contraria volontà formalmente espressa dall'imputato di procedere, in considerazione del suo interesse ad una celere definizione del procedimento. Analogamente, anche la sentenza De Giorgio, nonostante le non condivisibili (e superate) affermazioni di principio, ha in realtà interpretato l'art. 4, lett. b), del codice - che vieta l'astensione nei procedimenti con imputati in stato di custodia cautelare o di detenzione - nel senso che esso si applichi anche ai casi di imputati soggetti alla misura coercitiva non detentiva di cui all'art. 282 ter c.p.p. (peraltro violando poi il medesimo art. 4, il quale richiede, per escludere l'astensione, che l'imputato detenuto o in stato di custodia cautelare, chieda espressamente, analogamente a quanto previsto dall'art. 420 ter c.p.p., comma 5, che si proceda malgrado l'astensione del difensore).

10.4. Altre recenti decisioni, invece, aderiscono ad una diversa impostazione di principio. Così, già la citata sentenza delle Sezioni Unite Ucciero aveva tenuto a sottolineare che proprio per soddisfare le esigenze di bilanciamento tra diversi interessi e valori costituzionali indicati dalla sentenza costituzionale n. 171 del 1996, il legislatore, con la L. n. 83 del 2000, aveva previsto l'adozione di specifiche fonti di diritto oggettivo, aventi valore di normativa secondaria, costituite da appositi codici di autoregolamentazione destinati a realizzare il "contemperamento con i diritti della persona costituzionalmente tutelati di cui alla L. n. 146 del 1990, art. 1", previa verifica di idoneità da parte della apposita Commissione di garanzia.

Particolare rilievo presenta, anche sotto questo profilo, la già ricordata sentenza della Sez. 6, n. 1826 del 24/10/2013, dep. 2014, S., la quale, dopo aver riaffermato il principio che "con la dichiarazione di astensione dalle udienze il difensore esercita un diritto, che il giudice deve riconoscere, purché il suo esercizio avvenga nel rispetto della legge" e ribadito la "sussistenza di un vero e proprio diritto al rinvio quale diretta conseguenza dell'esercizio del diritto costituzionale di libertà di associazione del difensore", ha sottolineato una serie di rilevanti proposizioni - tutte pienamente condivisibili e certamente operanti nell'attuale sistema normativo - specificando: che se è vero che questo diritto di libertà deve essere bilanciato con i diritti fondamentali degli altri soggetti interessati dalla funzione giudiziaria nonché con i principi costituzionali del buon andamento dell'amministrazione della giustizia, è anche vero che "un tale bilanciamento risulta oggi effettuato a monte dal legislatore"; che proprio per soddisfare le esigenze di questo bilanciamento è intervenuto il legislatore, sollecitato dalla Corte costituzionale, con la L. n. 83 del 2000, prevedendo anche l'adozione di codici di autoregolamentazione, dichiarati idonei dalla Commissione di garanzia; che pertanto attualmente l'esercizio del diritto di

astensione "resta subordinato ad una serie di regole e limiti, che sono stabiliti dalla legge, integrata dai codici di autoregolamentazione che siano valutati conformi alla legge stessa" ed idonei; che "una volta che tali regole risultano osservate, il giudice non può che accogliere la richiesta di differimento dell'udienza formulata dal difensore che dichiari di aderire all'astensione collettiva, a condizione che sia stata proclamata a norma di legge"; che del resto vi sono altri istituti in grado di assicurare tutela ai principi e ai diritti suscettibili di essere lesi dagli effetti dell'astensione e dal conseguente diritto al rinvio (dato che: il rinvio dell'udienza determina la sospensione della prescrizione per l'intero periodo necessario per gli adempimenti occorrenti per il recupero dello svolgimento del processo; si esclude il diritto del difensore ad avere la notifica del provvedimento di differimento; l'astensione rende operante anche la causa di sospensione dei termini di durata massima della custodia cautelare; il codice di autoregolamentazione esclude l'astensione nei processi per reati la cui prescrizione maturi durante il periodo di astensione o nei termini ivi indicati); che, pertanto, nell'attuale sistema normativo i diritti fondamentali dei soggetti destinatari della funzione giudiziaria, espressione dei principi e dei valori costituzionali del buon andamento dell'amministrazione giudiziaria, risultano fortemente tutelati nella comparazione con la libertà di astensione.

In questo indirizzo, poi, sembra possano farsi rientrare anche le recenti sentenze dianzi ricordate che hanno rigettato richieste di rinvio per la prossima prescrizione del reato, applicando senz'altro l'art. 4 del codice vigente e così implicitamente escludendo che permanga ancora la possibilità di un autonomo giudizio di bilanciamento, nel quale, stante l'ormai avvenuta sterilizzazione della prescrizione, avrebbe potuto forse, in qualche caso, trovare prevalenza il diritto costituzionale all'astensione.

10.5. Quest'ultima linea interpretativa deve senz'altro essere qui condivisa e confermata. La disciplina normativa della materia relativa alla astensione collettiva dei difensori è attualmente interamente contenuta in norme di diritto oggettivo poste da fonti legislative e dalle competenti fonti di livello secondario o regolamentare, sicché non può residuare spazio (se non in ipotesi veramente eccezionali ed in limiti molto ristretti) per il riconoscimento di un autonomo potere giudiziale di bilanciamento dei valori costituzionali in possibile contrasto, e per ritenere ancora pienamente applicabile il principio - affermato dalla dottrina e dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità in un contesto normativo totalmente diverso, caratterizzato dalla mancanza di disciplina - che riconosceva al giudice un potere discrezionale di bilanciamento.

Già da tempo, del resto, si era evidenziato che le gravi criticità emerse subito dopo l'entrata in vigore del "codice Vassalli" e che avevano determinato e giustificato tale potere di bilanciamento attribuito al giudice erano state via via superate negli anni successivi.

L'elemento decisivo è comunque rappresentato dall'intervento legislativo costituito dalla L. n. 83 del 2000, e dalla ormai piena operatività del sistema normativo da questa delineato con la creazione delle fonti secondarie competenti (codici di autoregolamentazione dichiarati idonei dalla Commissione di garanzia e pubblicati sulla Gazzetta Ufficiale ovvero regolamentazioni provvisorie). In questo sistema il contemperamento tra l'astensione collettiva dei lavoratori autonomi, professionisti, piccoli imprenditori ed il godimento dei diritti costituzionalmente tutelati degli utenti dei servizi pubblici essenziali è ormai disciplinato - come per il diritto di sciopero - dalla legge, attraverso l'individuazione delle prestazioni "indispensabili" (perché idonee ad assicurare l'effettività del godimento dei diritti "nel loro contenuto essenziale") che devono essere comunque garantite in ogni caso di conflitto collettivo. Tale individuazione è rimessa dalla legge alla contrattazione collettiva quanto allo sciopero e ai codici di autoregolamentazione quanto all'astensione dei

lavoratori autonomi, e - solo ove questi manchino o siano ritenuti inidonei dalla Commissione di garanzia - alla regolamentazione provvisoria emanata dalla Commissione stessa.

Dunque, nel sistema attuale - strutturato proprio seguendo le indicazioni della sentenza costituzionale n. 171 del 1996 - le situazioni che richiedono un bilanciamento tra i confliggenti diritti costituzionali sono state in via generale previste dalle norme legislative e secondarie competenti in materia, le quali hanno già provveduto al bilanciamento. Il che appare appunto conforme alla suddetta sentenza costituzionale, che aveva auspicato l'intervento del legislatore anche per l'esigenza che in una materia così delicata, come le agitazioni sindacali di lavoratori non dipendenti nei servizi pubblici essenziali, le interferenze ed i conflitti tra i contrapposti valori costituzionali in gioco siano regolati "a monte" da norme certe, generali ed astratte e non rimesse a mutevoli valutazioni discrezionali in relazione ai singoli casi concreti.

Così, ad esempio, il bilanciamento con l'esigenza che il servizio essenziale giustizia non resti paralizzato e con le esigenze organizzative, logistiche e di buon andamento della amministrazione giudiziaria, è effettuato innanzitutto dall'art. 2 del codice, il quale dispone che la proclamazione dell'astensione, "con l'indicazione della specifica motivazione e della sua durata", deve essere comunicata almeno dieci giorni prima agli uffici giudiziari interessati, al Ministro, alla Commissione di Garanzia e al Consiglio Nazionale forense; che va fatta anche comunicazione al pubblico "con modalità tali da determinare il minimo disagio per i cittadini" e da rendere nota l'iniziativa il più tempestivamente possibile; che fra proclamazione ed astensione non possono intercorrere più di sessanta giorni; che ciascuna proclamazione deve riguardare un unico periodo di astensione; che l'astensione non può superare otto giorni consecutivi non festivi; che in ogni mese solare non può comunque essere superata la durata di otto giorni; che in ogni caso fra due astensioni successive deve intercorrere un intervallo di almeno quindici giorni. Queste regole possono essere derogate solo nel caso in cui l'astensione sia proclamata "in difesa dell'ordine costituzionale, o di protesta per gravi eventi lesivi dell'incolumità e della sicurezza dei lavoratori" (art. 2, comma 7, della legge e art. 2, comma 3, del codice).

Il bilanciamento con le esigenze organizzative e logistiche è poi effettuato anche dall'art. 3, comma 1, del codice, il quale prevede che la mancata comparizione dell'avvocato all'udienza, o all'atto di indagine, "o a qualsiasi altro atto o adempimento per il quale sia prevista la sua presenza, ancorché non obbligatoria", affinché sia considerata in adesione all'astensione regolarmente proclamata ed effettuata, e dunque considerata legittimo impedimento, deve essere alternativamente: a) dichiarata personalmente, o tramite sostituto, all'inizio dell'udienza o dell'atto di indagine preliminare; ovvero b) comunicata con atto scritto trasmesso o depositato alla cancelleria del giudice o nella segreteria del pubblico ministero, oltreché agli altri avvocati costituiti, almeno due giorni prima della data stabilita.

Il medesimo art. 3 provvede anche al bilanciamento con il diritto di difesa e di azione e con i contrapposti interessi delle altre parti processuali, disponendo, al comma 2, che la dichiarazione di astensione regolarmente manifestata costituisce legittimo impedimento anche qualora avvocati del medesimo procedimento non abbiano aderito all'astensione stessa, e che tale disposizione si applica a tutti i soggetti del procedimento, ivi compresi i difensori della persona offesa, ancorché non costituita parte civile; ed, al comma 3, che, nel caso in cui sia possibile la separazione o lo stralcio per le parti assistite da difensore che non aderisce all'astensione, questi, conformemente alle regole deontologiche forensi, deve farsi carico di avvisare gli altri colleghi interessati all'udienza o all'atto di indagine

preliminare quanto prima, e comunque almeno due giorni prima della data stabilita, ed è tenuto a non compiere atti pregiudizievoli per le altre parti in causa.

Il bilanciamento con il fondamentale diritto di libertà di indagati ed imputati, nonché con le esigenze di urgenza, di celerità e di effettività (e ragionevole durata) del processo, è operato dall'art. 4 del codice che, come già ricordato, prevede, alla lettera a), che l'astensione non è consentita in relazione agli atti di perquisizione e sequestro; alle udienze di convalida dell'arresto e del fermo; a quelle afferenti misure cautelari; agli interrogatori di garanzia di cui all'art. 294 c.p.p.; all'incidente probatorio ad eccezione dei casi in cui non si verta in ipotesi di urgenza, come ad esempio di accertamento peritale complesso; al giudizio direttissimo;

al compimento degli atti urgenti di cui all'art. 467 c.p.p. (specie con riferimento alle prove non rinviabili); e, alla lettera b), che l'astensione è esclusa "nei procedimenti e nei processi in relazione ai quali l'imputato si trovi in stato di custodia cautelare o di detenzione, ove l'imputato chieda espressamente, analogamente a quanto previsto dall'art. 420 ter c.p.p., comma 5, che si proceda malgrado l'astensione del difensore. In tal caso il difensore di fiducia o d'ufficio, non può legittimamente astenersi ed ha l'obbligo di assicurare la propria prestazione professionale".

L'interesse fondamentale dello Stato di evitare la prescrizione dei reati (che aveva determinato in passato la gran parte dei bilanciamenti ad opera del giudice), è stato ormai contemperato con il diritto all'astensione dall'art. 4, lett. b), del codice, secondo cui l'astensione non è consentita nei procedimenti e processi concernenti reati la cui prescrizione maturi durante il periodo di astensione, ovvero entro 360, 180 o 90 giorni se pendenti rispettivamente nella fase delle indagini preliminari, o in grado di merito o nel giudizio di legittimità. Del resto, come già ricordato, questa esigenza è attualmente ampiamente soddisfatta - a prescindere da tale disposizione - anche dal pacifico orientamento secondo cui il corso della prescrizione rimane sospeso per l'intero periodo compreso tra l'udienza rinviata per l'astensione e quella successiva.

Inoltre, in caso di rinvio per astensione in un processo con imputati sottoposti a custodia cautelare, è anche pacifica l'operatività della sospensione dei relativi termini, ai sensi dell'art. 304 c.p.p., comma 1, lett. b), (Sez. 5, n. 3920 del 22/09/1997, Gaglione, Rv. 208826; Sez. 1, n. 1036 del 14/02/2000, Mazzocca, Rv. 215376;

nonché, da ultimo, Sez. 1, n. 12697 del 15/01/2008, Schiavone, Rv.

239357, secondo cui la sospensione va commisurata all'effettiva durata del rinvio disposto dal giudice; Sez. 5, n. 19646 del 19/04/2011, Ambrosino, Rv. 250178, secondo cui non è necessaria un'esplicita ordinanza dispositiva della sospensione dei termini custodiali).

10.6. Il legislatore, primario e secondario, ha pertanto già posto un sistema idoneo ad operare esaurientemente il bilanciamento del diritto all'astensione con gli altri diritti e valori costituzionali primari, nel tempo individuati dalla dottrina e dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità, quali, ad esempio, quelli del diritto di libertà, del diritto di difesa e di azione, del buon andamento della amministrazione della giustizia, dell'interesse dello Stato ad evitare la prescrizione dei reati, nonché quello generale delle "esigenze di giustizia" e della ragionevole durata del processo (chiaramente ritenuto dal legislatore non idoneo di per se solo, a giustificare una valutazione discrezionale del giudice e ad escludere o limitare l'esercizio del diritto costituzionale del difensore all'astensione).

Il legislatore, quindi, seguendo le indicazioni della Corte costituzionale, ha voluto superare la fase transitoria - caratterizzata dalla mancanza di una adeguata disciplina normativa che

aveva determinato a volte forti contrapposizioni ed aveva giustificato l'attribuzione al giudice del potere discrezionale di bilanciamento tra valori costituzionali - assegnando alle fonti competenti in materia la funzione di bilanciamento prima provvisoriamente svolta dal giudice.

Queste considerazioni si basano anche sulla constatazione che il sistema di bilanciamento individuato dalla legge non è rimasto lettera morta e che, specialmente dopo l'entrata in vigore del codice di autoregolamentazione del 2007 dichiarato idoneo, esso ha dato buoni risultati, grazie anche alla circostanza che si è generalmente avuta la presenza di due elementi fondamentali, e precisamente, da un lato, il senso di responsabilità e di realismo degli organismi di categoria dell'avvocatura e, dall'altro lato, l'attenta e continua attività di vigilanza e di intervento della Commissione di garanzia.

Non si può infatti negare che le astensioni degli avvocati possono arrecare notevoli disagi non solo al funzionamento dell'apparato giudiziario, ma anche ad un grande numero di utenti e di soggetti terzi. I due suddetti elementi, pertanto, appaiono veramente indispensabili per il buon funzionamento del delicato sistema di bilanciamento dei contrapposti valori costituzionali, col conseguente superamento delle incerte e variabili soluzioni della fase precedente.

Negli ultimi cinque anni, dal 2009 al 2013, la Commissione di garanzia ha svolto circa una novantina di interventi preventivi di "indicazione immediata" delle violazioni della normativa vigente, ai sensi della L. n. 146 del 1990, art. 13, comma 1, lett. d). Con questi provvedimenti la Commissione, non appena ricevuta la delibera di proclamazione dell'astensione delle udienze, ha indicato "immediatamente" le violazioni delle disposizioni della legge e del codice di autoregolamentazione relative alla fase precedente all'astensione (solitamente riguardanti il preavviso minimo, la durata massima e l'intervallo minimo tra successive proclamazioni);

ed ha invitato l'organismo proclamante, a seconda dei casi, a revocare immediatamente l'astensione ovvero a differirla, riformulandola in modo conforme alla normativa.

Circa una ventina di delibere hanno aperto il procedimento diretto a valutare il comportamento del Consiglio dell'Ordine (nella persona del Presidente), quale rappresentante degli avvocati, finalizzato all'eventuale irrogazione delle sanzioni pecuniarie di cui alla L. n. 146 del 1990, art. 4. Solitamente questi procedimenti sono stati aperti dopo che le indicazioni immediate offerte con gli interventi preventivi sono rimaste, in tutto o in parte, prive di riscontro. In molti casi, a fronte di plurime agitazioni proclamate a breve distanza di tempo dal medesimo Consiglio dell'Ordine per le quali erano state emesse delibere di intervento urgente, la Commissione ha poi applicato i principi generali sulla connessione aprendo quindi un ridotto numero di procedimenti di valutazione del comportamento.

Vi sono poi state, in quel periodo, sedici delibere di valutazione del comportamento dell'organismo di categoria che aveva proclamato l'astensione, le quali, per la larghissima parte, hanno "valutato negativamente" il comportamento e quindi hanno irrogato una sanzione amministrativa pecuniaria ai sensi della L. n. 146, art. 4, comma 4, da adottare poi con ordinanza-ingiunzione emessa dalla competente Direzione territoriale del lavoro. Solo in due casi è stata disposta l'archiviazione del procedimento, ed in un altro caso si sono ritenuti insussistenti i motivi per giungere ad una valutazione negativa.

Tra le violazioni più spesso sanzionate vi sono state il mancato rispetto degli obblighi di preavviso e di durata massima. Il punto di maggiore criticità è dato dal fatto che queste violazioni vengono frequentemente giustificate dagli organismi che proclamano

l'astensione con il richiamo alla L. n. 146 del 1990, art. 2, comma 7, il quale prevede che le disposizioni in tema di preavviso e di durata massima "non si applicano 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". L'art. 2, comma 3, del codice di autoregolamentazione ribadisce che le norme in tema di preavviso e di durata possono non essere rispettate nei soli casi in cui l'astensione è proclamata ai sensi della L. n. 146, citato art. 2, comma 7, (la disposizione, quindi, è più restrittiva del previgente art. 2, comma 3, della regolamentazione provvisoria, il quale parlava di proclamazione "in difesa dell'ordine costituzionale ovvero per gravi attentati ai diritti fondamentali dei cittadini e alle garanzie essenziali del processo"). Questa disposizione è stata a volte erroneamente interpretata in modo eccessivamente esteso da alcuni organismi locali. Nelle delibere di apertura del procedimento di valutazione del comportamento, fra le motivazioni alla base dell'astensione, possono leggersi, ad esempio, quelle dell'aggravarsi della situazione organizzativa del tribunale;

o di gravi carenze nell'impianto elettrico e di prevenzione degli incendi; o della mancanza o insufficiente funzionamento dell'impianto di climatizzazione; o del decesso di un avvocato per malore cardiaco in mancanza di un presidio medico presso il tribunale; o delle precarie condizioni di stabilità dell'edificio o della mancanza dei canoni di salubrità; o della carenza di organico del personale e dei magistrati e della proposta del Governo di riforma delle sedi giudiziarie.

Queste motivazioni addotte per giustificare il non rispetto delle norme sul preavviso e la durata massima sono state però fino ad ora tutte giustamente censurate e sanzionate dalla Commissione di garanzia. Nelle delibere di valutazione negativa è stato ripetutamente affermato che la deroga concerne i soli scioperi proclamati "allorché siano minacciati i valori fondanti del nostro sistema di governo democratico e di libertà individuali e collettive", situazione non configurabile, ad esempio, quando l'astensione intenda denunciare l'incostituzionalità e il conseguente "grave pregiudizio per i diritti fondamentali dei cittadini" connessi a progetti di modifica legislativa delle circoscrizioni giudiziarie, potendo tali doglianze essere fatte valere con gli ordinari rimedi giurisdizionali. Analoghe considerazioni possono valere per l'ipotesi di agitazioni (in genere locali) di protesta contro specifici provvedimenti dell'autorità giudiziaria, contro i quali sono esperibili i normali rimedi giurisdizionali.

Allo stesso modo, si è affermato che la deroga riguarda il caso "di effettiva verificazione di gravi eventi lesivi di danno, che mettano fisicamente a repentaglio la sicurezza dei lavoratori", sicché la deroga non si estende "alle situazioni di fatto antecedenti a un evento di danno, nemmeno quando queste abbiano determinato la generica messa in pericolo della incolumità e della sicurezza dei lavoratori", situazioni di fatto che non sono sfornite di tutela, o alla situazione di inadeguatezza della sede del tribunale che si protragga da anni e non può quindi considerarsi "evento" o "accadimento", precisando però che la deroga è invece estensibile, oltre agli eventi di danno, a quelli di pericolo "grave, attuale e non altrimenti evitabile", idonei ad integrare un vero e proprio "stato di necessità", con conseguente "inevitabilità" dell'azione di astensione.

La Commissione ha altresì esattamente messo in rilievo in diverse delibere che le esimenti di cui alla L. n. 146 del 1990, art. 2, comma 7, "costituiscono deroghe tassative alle regole ordinarie che disciplinano le astensioni dal lavoro e, come tali, sono soggette a una stretta interpretazione e non possono essere derogate da atti di livello inferiore, quali i codici di autodisciplina o le regolamentazioni provvisorie" (e difatti nel vigente codice di autoregolamentazione non è stata più riprodotta la deroga prevista nella previgente

regolamentazione provvisoria).

In questi casi, e in particolare quando vi sia stato l'intervento preventivo di "indicazione immediata" da parte della Commissione, non può ritenersi che siano state rispettate le condizioni per una regolare e valida proclamazione dell'astensione e, di conseguenza, che sia sorto il diritto costituzionale dell'avvocato di astenersi.

L'art. 3, comma 1, del codice di autoregolamentazione infatti dispone che, affinché la mancata comparizione dell'avvocato possa essere considerata legittimo impedimento, deve, tra l'altro, consistere in una "adesione all'astensione regolarmente proclamata ed effettuata".

Non essendosi in presenza di un diritto costituzionale per assenza dei suoi presupposti, non vi è alcuna necessità di bilanciamento con altri diritti costituzionali ed il giudice dovrà considerare ingiustificata la mancata presenza, salve le sanzioni di competenza della Commissione.

Nemmeno dovrebbero esservi incertezze e difformità interpretative sulla sussistenza delle condizioni che giustifichino una deroga perché la Commissione di garanzia, almeno fino ad oggi, è sempre intervenuta con urgenza (di solito lo stesso giorno della proclamazione o in quello successivo) emanando il provvedimento (comunicato a tutti gli uffici giudiziari interessati) con la "indicazione immediata" delle violazioni alle norme sul preavviso e sulla durata, con invito a revocare immediatamente l'astensione o a riformularla.

10.7. Alla luce dell'attuale sistema normativo, dunque, appare difficile che possano residuare 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 di un potere discrezionale del giudice volto a limitare il diritto costituzionale di libertà del difensore di astenersi.

D'altra parte, se si ritiene che la presenza di uno dei suddetti valori costituzionali possa continuare a giustificare un bilanciamento giudiziale per rigettare una richiesta di rinvio nonostante la regolamentazione attuata dalla fonte secondaria competente, dovrebbe coerentemente ammettersi che il bilanciamento possa anche portare ad accogliere l'istanza di rinvio in contrasto con una norma del codice (ad esempio, in un caso di prossima prescrizione, considerando ormai non più compromesso l'interesse dello Stato), così determinandosi in pratica il ritorno ad una situazione di incertezza e di variabilità delle soluzioni concrete che il legislatore del 2000, seguendo l'indicazione della Corte costituzionale, ha sicuramente voluto superare.

Di conseguenza, deve confermarsi il principio già enunciato dalle più recenti decisioni dianzi ricordate, secondo cui il difensore ha un diritto costituzionalmente garantito all'astensione, mentre il giudice ha il compito di accertare che siano rispettati i limiti, le prescrizioni e le modalità fissati dalla legge n. 146 del 1990 e dal codice di autoregolamentazione dichiarato idoneo dalla Commissione e pubblicato sulla G.U. (o, in mancanza, dalla regolamentazione provvisoria), ed allorché tale accertamento abbia esito positivo deve accogliere la richiesta di differimento formulata dal difensore.

Ciò peraltro non significa che al giudice sia totalmente preclusa qualsiasi valutazione. Il giudice, infatti, deve comunque accertare che l'astensione sia stata regolarmente proclamata e che la dichiarazione del difensore di adesione all'astensione e la sua richiesta di rinvio siano conformi alle suddette disposizioni della L. n. 146 del 1990, e del codice di autoregolamentazione. Inoltre, se è vero che il sistema delle legge n. 146 del 1990 e dei codici di autoregolamentazione non prevede espressamente un autonomo potere di

bilanciamento in capo al giudice nel singolo caso, è anche vero che il giudice ovviamente conserva, come in qualsiasi altra ipotesi, il compito di dare alle suddette disposizioni normative la corretta interpretazione, anche mediante una esegesi sistematica o adeguatrice, facendo appunto in modo che il risultato della interpretazione sia il più possibile conforme ai principi e valori costituzionali di cui si sta discutendo. In altre parole, questi principi costituzionali potrebbero essere utilizzati per bilanciare i diversi interessi in modo indiretto, dando alle disposizioni del codice una interpretazione più conforme ai principi stessi, sempre però nella misura in cui tale interpretazione adeguatrice non si ponga in contrasto con lettera della disposizione o con la ratio della soluzione normativa. E' questa, ad esempio, la via seguita dalla ricordata sentenza della Sez. 6, n. 39871 del 12/07/2013, Notarianni, che ha interpretato la locuzione "misure cautelari" contenuta nell'art. 4, lett. a), del codice nel senso che essa comprende anche le misure cautelari reali.

Certo, in questa sede non potrebbe nemmeno a priori escludersi - in via ipotetica - che si possano presentare situazioni in cui riemerga il potere di bilanciamento in capo al giudice, come nell'ipotesi in cui, per una qualche ragione, venisse meno la vigenza di codici di autoregolamentazione e di regolamentazioni provvisorie, e si ripresentasse la situazione di carenza normativa nella quale era intervenuta la sentenza costituzionale n. 171 del 1996. E forse nemmeno potrebbe escludersi che - sempre ipoteticamente - si verifichino ipotesi eccezionali in cui emergano valori costituzionali che non possano, nemmeno indirettamente, farsi rientrare tra quelli già presi in considerazione dalla normativa primaria e secondaria e che potrebbero essere irrimediabilmente pregiudicati dall'esercizio del diritto di astensione. In questi casi, potrebbe pensarsi che, in riferimento a tali ulteriori valori, si riproponga una situazione di mancanza e inadeguatezza normativa considerata dalla suddetta sentenza costituzionale e che, in passato, aveva giustificato l'attribuzione al giudice del potere di bilanciamento. Dovrebbe comunque trattarsi di valori costituzionali che non siano stati tenuti presenti, neppure indirettamente, dalla fonte secondaria competente al fine di contemperamento, il che in concreto appare appunto molto difficile, anche perché i casi finora esaminati dalla giurisprudenza di legittimità appaiono tutti rientrare nell'ambito dei valori e principi costituzionali per i quali le fonti secondarie hanno già effettuato il bilanciamento o essere comunque risolvibili, in un modo o nell'altro, mediante l'interpretazione delle disposizioni di dette fonti. Dovrebbe comunque trattarsi di veri e propri ulteriori diritti o valori costituzionali (non riconducibili a quelli per i quali è già normativamente avvenuto il bilanciamento), mentre non potrebbero ritenersi sufficienti, ad esempio, generiche ragioni di opportunità, o vaghe "esigenze di giustizia" non contemplate dal codice, o il fine di evitare "il grave disagio ad un teste chiamato a testimoniare da città lontana" o la lesione di "interessi logistici della giustizia" nell'ipotesi di udienza in trasferta per l'esame (che sia ripetibile) di un teste. In queste ipotesi mancherebbe un vero e proprio valore costituzionale da far prevalere sul diritto costituzionale all'astensione, e comunque i casi in cui l'astensione non è consentita per la necessità di assumere un atto o una prova urgenti sono già previsti dall'art. 4 del codice che richiama l'art. 467 c.p.p., che a sua volta richiama i casi previsti dall'art. 392. Non potrebbe quindi comunque condividersi la tesi dell'ordinanza di rimessione che sembra ritenere rilevanti non veri e propri valori costituzionali ma addirittura semplici disagi o difficoltà del servizio giudiziario o dei soggetti interessati. Del resto è normale che uno sciopero o una astensione collettiva che interessi servizi pubblici essenziali possa creare disagi agli utenti ed intralci all'organizzazione, ma ciò non sarebbe sufficiente ad escludere o limitare l'esercizio del diritto costituzionale che si svolga nel rispetto delle norme di diritto oggettivo.

11. In conclusione, vanno affermati i seguenti principi di diritto.

"Il codice di autoregolamentazione delle astensioni dalle udienze degli avvocati, dichiarato idoneo dalla Commissione di garanzia per l'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali, con deliberazione del 13 dicembre 2007 e pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 3 del 4 gennaio 2008 (così come la previgente Regolamentazione provvisoria dell'astensione collettiva degli avvocati dall'attività giudiziaria, adottata dalla Commissione di garanzia con deliberazione del 4 luglio 2002, e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 171 del 23 luglio 2002), costituisce fonte di diritto oggettivo contenente norme aventi forza e valore di normativa secondaria o regolamentare, vincolanti erga omnes, ed alle quali anche il giudice è soggetto in forza dell'art. 101 Cost., comma 2".

"Il bilanciamento tra il diritto costituzionale dell'avvocato che aderisce all'astensione dall'attività giudiziaria e i contrapposti diritti e valori costituzionali dello Stato e dei soggetti interessati al servizio giudiziario, è stato realizzato, conformemente alle indicazioni della sentenza costituzionale n. 171 del 1996, in via generale dal legislatore primario con la L. n. 146 del 1990 (come modificata e integrata dalla L. n. 83 del 2000) e dalle suddette fonti secondarie alle quali è stata dalla legge attribuita la competenza in materia, mentre al giudice spetta normalmente il compito di accertare se l'adesione all'astensione sia avvenuta nel rispetto delle regole fissate dalle competenti disposizioni primarie e secondarie, previa loro corretta interpretazione".

12. In questo processo, il difensore aveva comunicato la sua adesione all'astensione collettiva regolarmente proclamata chiedendo il rinvio dell'udienza del 5 luglio 2007. Il Tribunale di Ferrara rigettò l'istanza di rinvio per la ragione che la teste del P.M. aveva affrontato un viaggio da Bari per essere presente in udienza e che "l'assunzione della testimonianza appariva improcrastinabile ai fini di giustizia, non potendosi costringere la teste a ricomparire in altra udienza neppure coattivamente, in quanto una tale misura apparirebbe verosimilmente vessatoria e contraria ai fondamentali diritti delle parti avendo la teste dimostrato una disponibilità alle esigenze della giustizia che non possono peraltro essere portate oltre una soglia minima di ragionevolezza". La Corte di appello, a sua volta, ha ritenuto corretta la valutazione del giudice di primo grado sia perché l'art. 4 del codice di autoregolamentazione non era vincolante per il giudice ma solo per l'avvocatura, sia perché sul diritto di astensione dovevano prevalere "le esigenze di giustizia, rappresentate dalla necessità di procedere all'audizione di una teste che aveva affrontato un lungo viaggio da Bari per essere sentita in dibattimento" e che, se il processo fosse stato rinviato, avrebbe dovuto affrontare altri due lunghi viaggi.

Va innanzitutto ricordato quanto già dianzi osservato, e cioè che, in relazione all'epoca in cui è avvenuta la dichiarazione di astensione, non trovava applicazione il codice di autoregolamentazione approvato dalla Commissione il 13 dicembre 2007 e pubblicato nella G.U. del 4 gennaio 2008, bensì la regolamentazione provvisoria adottata dalla Commissione di garanzia il 4 luglio 2002 e pubblicata nella G.U. del 23 luglio 2002. Ciò però non produce in pratica conseguenze sulla presente decisione, perché, come già rilevato, anche la regolamentazione provvisoria è una fonte secondaria di diritto oggettivo contenente norme efficaci erga omnes e vincolanti per il giudice. La disciplina posta dalla regolamentazione provvisoria, almeno per gli aspetti rilevanti in questo processo, era poi identica a quella del successivo codice di autoregolamentazione dichiarato idoneo. In particolare, era identico il testo dell'art. 4, lett. a), nella parte in cui esclude il diritto di astenersi nel caso di "compimento degli atti urgenti di cui all'art. 467 c.p.p.". Ora, l'art. 467 prevede che il presidente, a richiesta di parte, dispone l'assunzione delle prove non rinviabili nei casi previsti dall'art. 392 c.p.p.. Quest'ultimo, per quanto concerne in particolare la raccolta di deposizioni testimoniali nelle ipotesi che possono interessare il presente giudizio, prevede "l'assunzione di una testimonianza di una persona, quando vi è

fondato motivo di ritenere che la stessa non potrà essere esaminata nel dibattimento per infermità o altro grave impedimento".

Nella specie, dalle stesse sentenze di merito risulta che non sussistevano le condizioni per escludere il diritto del difensore all'astensione e disattendere la richiesta di rinvio, dal momento che non è stato accertato (ne motivato) che la teste non avrebbe potuto più essere esaminata "per infermità o altro grave impedimento", ma si è solo ritenuto di dover evitare alla stessa il "grave disagio" di ritornare da Bari a Ferrara, grave disagio che sicuramente non integra una situazione di "impedimento", e tanto meno di "grave impedimento".

La statuizione del Tribunale (confermata dalla Corte di appello) di rigettare la richiesta di rinvio è quindi illegittima per violazione di legge, e precisamente dell'art. 4, comma 1, lett. a), della regolamentazione provvisoria pubblicata nella G.U. del 23 luglio 2002 e della L. n. 146 del 1990, art. 2 bis, e, conseguentemente, per lesione del diritto del difensore di astenersi e del diritto di difesa ed al contraddittorio degli imputati. Non essendo stato consentito al difensore di fiducia di partecipare all'udienza di audizione della teste e di controinterrogarla, nonostante la sua legittima richiesta di rinvio (attuata in ottemperanza alle prescrizioni delle norme speciali regolatrici della materia), si è determinata una nullità assoluta, riconducibile all'art. 178 c.p.p., comma 1, lett. c), e all'art. 179 c.p.p., rilevabile anche di ufficio in ogni grado e stato del procedimento.

Va dunque accolto il secondo motivo, restando assorbiti gli altri motivi. Di conseguenza vanno annullate senza rinvio la sentenza impugnata nonché quella emessa il 17 aprile 2008 dal Tribunale di Ferrara e va disposta la trasmissione degli atti al predetto Tribunale di Ferrara per il giudizio.

P.Q.M.

Annulla la sentenza impugnata e quella del Tribunale di Ferrara in data 17 aprile 2008 e dispone trasmettersi gli atti al predetto Tribunale per il giudizio.

Così deciso in Roma, il 14 marzo 2014.

Depositato in Cancelleria il 29 settembre 2014