

ALCUNE CONSIDERAZIONI SULLA NUOVA DISCIPLINA DEL PROCESSO IN ASSENZA E NEI CONFRONTI DEGLI IRREPERIBILI

Tante ombre e qualche luce

di Agata Ciavola

Abstract. *La riforma del rito contumaciale introdotta con l. 17 maggio 2014, n. 67 rappresenta l'ultima risposta in termini di tempo alle pressioni esercitate dai giudici europei. Ma si tratta di una risposta ancora una volta deludente. Le soluzioni in alcuni casi sono incoerenti, in altri insoddisfacenti, evidenziando come si sia in presenza di un'ennesima occasione perduta. In particolare, nonostante la riforma si proponga di innovare il nostro sistema giudiziario, offrendo soluzioni concrete alle richieste di maggiore efficienza ed efficacia del processo penale; rispetto al passato, la procedura di accertamento della regolare costituzione delle parti appare più complessa e farraginosa. Sotto diversi aspetti, poi, il rafforzamento delle garanzie difensive risulta soltanto apparente, svelando i segni di un sistema a cui in realtà sembra poco interessare la presenza nel processo dell'attore principale, preoccupandosi più che altro di trovare giustificazioni alla possibilità di celebrare il processo in sua assenza.*

SOMMARIO: 1. Una riforma dai tratti chiaroscuri. – 2. La celebrazione del processo *in absentia*. L'inadeguatezza dei meccanismi presuntivi. – 3. L'esecuzione di un provvedimento limitativo della libertà personale. – 4. La nomina di un difensore di fiducia. – 5. L'elezione di domicilio. – 6. La certezza della conoscenza del procedimento quale chiave di lettura dell'intera riforma. – 7. I rimedi restitutori: un incomprensibile arretramento sul piano della effettività delle garanzie. – 8. La sospensione del rito per gli imputati irreperibili. 9. – Gli effetti della sospensione sulla prescrizione del reato. – 10. C'è ancora spazio per alcune proposte *de iure condendo*. – 11. La disciplina transitoria, tra regole ed eccezioni.

1. Una riforma dai tratti chiaroscuri.

Sono anni che il legislatore italiano tenta di ovviare ai dubbi di compatibilità del rito contumaciale con i principi fondamentali di un giusto processo, fallendo l'obiettivo.

La possibilità di procedere in assenza dell'imputato, specialmente, senza che egli abbia effettiva conoscenza delle accuse a suo carico, al di là della incoerenza con un modello di tipo tendenzialmente accusatorio, si pone in contrasto con i principi

ripetutamente affermati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo; ragione per cui l'Italia è stata più volte condannata per la violazione dell'art. 6 C.e.d.u.¹.

La Corte è chiara²: il diritto di partecipare al processo, pur non trovando un esplicito riconoscimento nella Convenzione e.d.u., si ricava dai principi del *due process of law*, trattandosi di una garanzia strettamente connessa all'esercizio del diritto di difesa e di autodifesa, da cui discende, altresì, il *right to confrontation*³. Al contempo – com'è noto – per la Corte, un procedimento penale in assenza dell'imputato non è di per sé incompatibile con la Convenzione, purché l'accusato abbia volontariamente rinunciato ad essere presente⁴ o non abbia inteso sottrarsi al processo⁵. La rinuncia, che può essere espressa o tacita, non deve, tuttavia, essere equivoca, non deve confliggere con alcun interesse pubblico significativo e deve essere assistita da salvaguardie minime commisurate alla sua importanza⁶. Spetta alle autorità nazionali dimostrare che l'imputato abbia avuto un'effettiva conoscenza delle accuse a suo carico. Più precisamente, occorre uno scrupoloso controllo giudiziale volto a determinare, al di là di ogni ragionevole dubbio, che la rinuncia a comparire sia stata inequivoca⁷. Ciò posto, non sussiste violazione dell'art. 6 Cedu ove all'imputato sia comunque riconosciuto il diritto a un nuovo processo di merito nel corso del quale sia consentito ottenere una *fresh determination of the merits of the charge* in sua presenza⁸.

¹ Per tutti v. Corte e.d.u., Grande camera, 1° marzo 2006, Sejdovic c. Italia, 56581/00; Corte e.d.u., 10 novembre 2004, Sejdovic c. Italia, n. 56581/00; Corte e.d.u., 18 maggio 2004, Somogyi c. Italia, n. 67972/01; Corte e.d.u., Grande Camera, 18 ottobre 2006, Hermi c. Italia, n. 18114/02; Corte e.d.u., 28 agosto 1991, F.b.c. c. Italia, n. 12151/86, Corte e.d.u., 12 febbraio 1985, Colozza c. Italia, n. 9024/80.

Anche il Comitato dei Diritti umani dell'O.n.u. nel parere reso il 27 luglio 1999 nel caso Ali Malaki c. Italia, in *Cass. pen.*, 2000, 2487, ha ritenuto che l'Italia avesse violato l'art. 14 della Convenzione internazionale sui diritti civili e politici, nella parte in cui riconosce espressamente all'imputato il diritto a che il processo sia celebrato in sua presenza, non avendo lo Stato italiano dato prova del fatto che l'autore del reato fosse stato effettivamente informato della lite pendente prima di procedere al processo *in absentia*.

² Per una recente analisi della giurisprudenza della Corte europea a proposito del processo *in absentia*, per tutti, v. DEI CAS, *Il procedimento penale nei confronti di imputati irreperibili tra giurisprudenza della Corte europea e normativa interna*, in AA.VV. *Le nuove norme sulla giustizia penale*, a cura di Conti-Marandola-Varraso, Padova, 2014, 189 ss.; NEGRI, *L'imputato presente al processo. Una ricostruzione sistematica*, Torino, 2014, 127 ss. Per uno sguardo sui diversi sistemi europei v. VIGONI, *Panorama europeo in tema di giudizio senza imputato*, in AA.VV., *Il giudizio in assenza dell'imputato*, a cura di Vigoni, Torino, 2014, 31 ss.

³ Corte e.d.u., Grande camera, 1° marzo 2006, Sejdovic c. Italia, cit. Da ultimo v. Corte e.d.u., 4 marzo 2014, Dilipk e Karakaya c. Turchia, n. 7942/05, § 76; Corte e.d.u., 5 novembre 2011, Izet Haxhia c. Albania, n. 34783/06, § 61.

⁴ Di recente v. Corte e.d.u., 25 marzo 2014, Stoyanov-Kobuladze c. Bulgaria, n. 25714/05; Corte e.d.u., 12 febbraio 1985, Colozza c. Italia, cit.

⁵ Corte e.d.u., 14 giugno 2006, Medenica c. Svizzera, n. 20491/92, § 55; altresì, v. Corte e.d.u., 5 dicembre 2002, Craxi c. Italia, n. 34896/97, § 70.

⁶ Corte e.d.u., 25 marzo 2014, Stoyanov-Kobuladze c. Bulgaria, cit., § 39; Corte e.d.u., Grande Camera, 18 ottobre 2006, Hermi c. Italia, cit., §73; Corte e.d.u., 13 aprile 2006, Vaturi c. Francia, n. 75699/01, § 53; Corte e.d.u., Grande Camera, 1° marzo 2006, Sejdovic c. Italia, cit., § 86; Corte e.d.u., 23 novembre 1993, Piotrimol c. Francia, n. 14032/88, § 31; Cort e.d.u., 21 febbraio 1990, Håkasson and Sturesson c. Svezia, n. 11855/85, § 66.

⁷ Così, ad esempio, v. Corte e.d.u., 18 maggio 2004, Somogyi c. Italia, cit., § 73.

⁸ Per tutti v. Corte e.d.u., Grande camera, 1° marzo 2006, Sejdovic c. Italia, cit., § 82

La riforma del rito contumaciale introdotta con l. 17 maggio 2014, n. 67 rappresenta l'ultima risposta in termini di tempo alle pressioni esercitate dal giudice europeo. Ma si tratta, come si è anticipato, di una risposta ancora una volta deludente⁹, che non pare tenere in considerazione in modo adeguato le indicazioni della giurisprudenza della Corte e.d.u. Le soluzioni in alcuni casi sono incoerenti, in altri insoddisfacenti, evidenziando come si sia in presenza di un'ennesima occasione di riforma perduta.

Eppure le intenzioni del legislatore non vi è dubbio fossero buone.

Si comprende chiaramente come le soluzioni indicate muovano proprio dall'obiettivo di sottrarsi a future censure da parte dei giudici di Strasburgo. La novella, tra l'altro, s'inserisce all'interno di un pacchetto di provvedimenti tutti caratterizzati dal medesimo proposito: innovare il nostro sistema giudiziario, offrendo soluzioni concrete alle richieste di maggiore efficienza ed efficacia del processo penale.

La riforma del rito contumaciale, in particolare, da una parte, tiene conto delle sollecitazioni della dottrina¹⁰, così come dell'avvocatura¹¹, che, soprattutto dopo la riforma dell'art. 111 Cost., denunciavano l'incompatibilità con i principi di un "giusto processo" della celebrazione del rito nei confronti di un soggetto irreperibile. Per l'irreperibile la conoscenza dell'atto di citazione è "un'evenienza del tutto ipotetica"¹², ecco perché la celebrazione del processo, oltre a porsi in aperto contrasto con il diritto di difesa dell'accusato¹³, inteso in termini di garanzia soggettiva, secondo parte della dottrina rappresenta qualcosa di più. Se all'accusato non è concessa l'opportunità di intervenire in giudizio – si è osservato¹⁴ – non può dirsi rispettato il principio del contraddittorio: né nel senso "debole", cui allude il comma 2 dell'art. 111 Cost., né nel senso "forte" cui allude, con specifico riferimento al processo penale, il comma 4 del disposto costituzionale¹⁵. Poiché il contraddittorio costituisce un indefettibile connotato

⁹ In tal senso v. DE CARO, *Processo in absentia e sospensione. Una primissima lettura della legge n. 67 del 2014*, in *Arch. pen.*, 2014, 1.

¹⁰ Fra gli altri, v. CAPRIOLI, "Giusto processo" e rito degli irreperibili, in *Legisl. pen.*, 2004, 599 ss.; FILIPPI, *Rito contumaciale: quale «equo processo?»*, in *Cass. pen.*, 2005, 2206; GARUTI, *Nuove norme sulla restituzione nel termine per l'impugnazione di sentenze contumaciali e decreti di condanna*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, 694; IAFISCO, *Il giusto processo all'imputato irreperibile all'esame della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2007, 1124 ss.; MANGIARACINA, *Garanzie partecipative e giudizio in absentia*, Torino, 2010, *passim*; MOSCARINI, *La contumacia dell'imputato*, Milano, 1997, *passim*; QUATTROCOLO, *Rito degli irreperibili e principi del giusto processo: commento a ordinanza 31 gennaio 2006 Tribunale di Pinerolo*, in *Cass. pen.*, 2006, 2948 ss.; UBERTIS, *Contumaci, doppia restituzione in termine*, in *ID.*, *Argomenti di procedura penale*, II, Milano, 2006, 216-217; *ID.*, *Contraddittorio e difesa nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: riflessi nell'ordinamento italiano*, in *Cass. pen.*, 2005, 1094; VARRASO, *La Corte costituzionale "salva" il rito degli irreperibili*, in *Giur. cost.*, 2007, 1147.

¹¹ In particolare, si vedano i diversi documenti dell'Unione delle Camere penali, consultabili su www.camere.penali.it.

¹² Così *Rel. prog. prel. c.*, 116.

¹³ Afferma, ad esempio, ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Bologna, 1979, 181, che «La partecipazione dell'imputato al giudizio rappresenta il nucleo essenziale del diritto costituzionale di difesa, oltre che un inderogabile principio di civiltà».

¹⁴ F. CAPRIOLI, "Giusto processo" e rito degli irreperibili, *cit.*, 590.

¹⁵ La questione di legittimità costituzionale degli articoli 159, 160, 420-*quater*, comma 1, e 484 c., nella parte in cui non prevedevano la sospensione obbligatoria del processo nei confronti degli imputati ai quali il

strutturale della giurisdizione penale, un suo elemento costitutivo, deve ritenersi conseguente che «una procedura non dialettica di accertamento dei fatti di reato non può dirsi più un processo, non costituendo più esercizio della giurisdizione»¹⁶.

Vi sono, poi, esigenze di efficienza, sottolineate anche dalla magistratura, che evidenziano costituisca un'inutile dispendio di energie e di risorse la celebrazione di processi nei confronti di soggetti che in quanto irreperibili non eseguiranno mai la pena a cui sono stati condannati¹⁷.

Senonché, rispetto ai propositi perseguiti e ancor prima di scendere nel dettaglio dell'analisi critica della nuova normativa, due dati emergono chiaramente. Anzitutto, rispetto al passato, la procedura di accertamento della regolare costituzione delle parti risulta più complessa e farraginoso, con conseguente allungamento dei tempi del processo e perdita di efficienza. Nei casi di processo in assenza, inoltre, si ha l'impressione che, sotto diversi aspetti, il rafforzamento delle garanzie difensive sia solo apparente.

Eppure l'esperienza offerta dalla riforma del 2005, che aveva per prima tentato di dare una risposta alle istanze di tutela sollecitate da Strasburgo, avrebbe dovuto rappresentare un monito. Già in quell'occasione, infatti, si era mancato l'obiettivo perseguito¹⁸, il che avrebbe dovuto spingere il legislatore ad affrontare la materia con maggiore attenzione.

Ci sono diversi elementi, sia di carattere normativo che interpretativo, di cui si sarebbe potuto e dovuto tenere conto. Tra questi, anzitutto, la Decisione quadro

decreto di citazione a giudizio fosse stato notificato previa emissione del decreto di irreperibilità, era stata sollevata anche con riferimento all'art. 111 Cost. proprio sulla base dell'assunto che l'esigenza del contraddittorio trascenda la tutela delle posizioni soggettive e rappresenti un'indefettibile connotazione di qualunque processo. I giudici della Corte, tuttavia, nel dichiarare infondata la questione, hanno affermato che «a prescindere dalla validità di tale concezione oggettiva del contraddittorio, da essa non possono trarsi le conseguenze prospettate dal rimettente, in quanto l'enunciazione del quarto comma dell'art. 111 Cost. non comporta che il profilo oggettivo non sia correlato con quello soggettivo e non costituisca, comunque, un aspetto del diritto di difesa, posto che il successivo comma quinto, nell'ammettere la deroga al principio, fa riferimento al consenso dell'imputato. Ciò che conta è sempre la tutela del diritto di difesa, al quale la CEDU, richiamata dal giudice *a quo*, non accorda, in tema di processo *in absentia*, garanzie maggiori di quelle previste dall'art. 111 Cost. (Corte cost., sent. 7 febbraio 2007, n. 117).

¹⁶ Così CAPRIOLI, "Giusto processo" e rito degli irreperibili, cit., 590; altresì cfr. DE CARO, *Processo in absentia e sospensione*, cit., 8 ss. Osserva NEGRI, *L'imputato presente al processo*, cit., 124, che il tentativo di presentare il principio del contraddittorio alla stregua di una garanzia oggettiva rispondente a un interesse di rilevanza pubblicistica, può dare luogo a pericolosi fraintendimenti, «giacché si potrebbe essere indotti a dedurre che la realizzazione effettiva del metodo probatorio consacrato nell'art. 111 comma 4 Cost. implichi quale logica conseguenza l'indefettibile partecipazione dell'imputato alla procedura dialettica di accertamento del fatto».

¹⁷ Al riguardo, v. CAPRIOLI, "Giusto processo" e rito degli irreperibili, cit., 591, a cui si rimanda per l'analisi di alcuni documenti presentati e discussi dalla Associazione Nazionale Magistrati e da Magistratura Indipendente.

¹⁸ Fra gli altri, v. FILIPPI, *Rito contumaciale: quale «equo processo?»*, cit., 2199 s.; TAMIETTI, *Il processo penale contumaciale italiano nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, 2008, 148 ss.

2009/299 GAI del 26 febbraio 2009¹⁹. Il tema del processo *in absentia* è da lungo tempo al centro dei dibattiti sul funzionamento degli strumenti di cooperazione giudiziaria c.d. rafforzati, basati sul principio del reciproco riconoscimento. La mancanza di regole comuni al riguardo ha, infatti, spesso rappresentato un ostacolo, vista la riluttanza di molti Stati a eseguire decisioni pronunciate al termine di un processo in cui l'interessato non è comparso personalmente. È stato proprio per superare tali difficoltà che il Consiglio dell'Unione europea è intervenuto con la Decisione del 2009, con l'intento di rafforzare i diritti processuali delle persone sottoposte a procedimento penale, nonché, appunto, facilitare la cooperazione giudiziaria in materia penale e, in particolare migliorare il reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie tra gli Stati membri. Si tratta di criteri guida che vincolano gli Stati membri e che possono essere d'ausilio anche a livello interpretativo.

Oltre alle tante riflessioni della dottrina, vi è, poi, lo studio condotto dalla Commissione Riccio che, su incarico ministeriale, nel formulare una proposta di riforma del processo penale, aveva dato specifiche indicazioni a proposito del rito contumaciale, offrendo soluzioni di grande interesse²⁰. Altrettanto interessanti sono le riflessioni dell'avvocatura penalista che, ad esempio, aveva avuto modo di esprimere le proprie valutazioni nei confronti di una precedente proposta di riforma, contenuta nel c.d. Disegno di legge Mastella, presentato nel corso della XV legislatura, che in parte conteneva le linee essenziali della riforma vigente²¹. Non si può, infine, dimenticare lo sforzo compiuto dalla giurisprudenza che con riguardo alla disciplina contumaciale ha dimostrato, in più occasioni, di tenere in considerazione l'esigenza di rispettare gli obblighi sovranazionali e ha offerto una lettura della disciplina previgente volta a valorizzare la conoscenza effettiva delle accuse da parte dell'imputato.

2. La celebrazione del processo *in absentia*. L'inadeguatezza dei meccanismi presuntivi.

La legge n. 67 del 2014 si è mossa seguendo alcune direttrici: abolizione del rito contumaciale; sospensione del processo nei confronti degli irreperibili; nuova

¹⁹ La Decisione quadro 2009/299/GAI, adottata il 26 febbraio 2009 dal Consiglio europeo, modifica le Decisioni quadro 2002/584/GAI, 2006/783/GAI, 2008/909/GAI e 2008/947/GAI, rafforzando i diritti processuali delle persone e promuovendo l'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle decisioni pronunciate in assenza dell'interessato al processo.

²⁰ La Bozza di delega legislativa al Governo della Repubblica per l'emanazione del nuovo codice di procedura penale, elaborata dalla Commissione ministeriale presieduta dal prof. Riccio, è pubblicata, ad esempio, su *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 487.

²¹ Il disegno di legge n. 2664, recante «Disposizioni per l'accelerazione e la razionalizzazione del processo penale, nonché in materia di prescrizione dei reati, recidiva e criteri di ragguaglio tra pene detentive e pene pecuniarie», è stato approvato dal Consiglio dei Ministri il 5 aprile 2007 e presentato il 16 maggio 2007 alla Camera dei Deputati dall'allora Ministro della Giustizia Mastella. Per un'analisi del progetto, soprattutto con riguardo alla disciplina delle notificazioni, per tutti, v. MANGIARACINA, *Garanzie partecipative e processo in absentia*, cit., 454 ss.

regolamentazione del c.d. processo in assenza; previsione di rimedi restitutori, volti a permettere all'imputato di ottenere una nuova pronuncia nel merito in primo grado ove non abbia potuto partecipare al processo.

È così rimasta ferma l'impostazione originaria del codice di rito: partecipare al processo è un diritto dell'imputato, non è un obbligo. La rinuncia a tale diritto presuppone la conoscenza delle accuse a carico e poiché per l'irreperibile tale conoscenza è solo ipotetica il processo va sospeso. Nel caso in cui la prova della mancata partecipazione al processo per legittimo impedimento o per mancata conoscenza del processo intervenga successivamente alla sua celebrazione, operano i rimedi restitutori. Il processo è celebrato in assenza quando l'imputato rinuncia espressamente a partecipare o quando vi sono degli elementi da cui desumere che egli abbia avuto conoscenza dell'esistenza del procedimento.

Così letta la riforma appare lineare. Andando più a fondo emergono le incongruenze.

Esaminiamo il caso in cui il processo è celebrato in assenza dell'imputato.

Secondo la nuova formulazione dell'art. 420-bis, comma 1, c.p.p., se l'imputato, libero o detenuto, non è presente all'udienza e, anche se impedito, ha espressamente rinunciato ad assistervi, *nulla quaestio*: il giudice procede in sua assenza e non sussiste alcuna violazione dei suoi diritti, ricorrendo una rinuncia non equivoca al diritto di partecipare al processo²².

Ove la notificazione sia regolare e non risulti alcun impedimento a comparire che obblighi la rinnovazione dell'avviso dell'udienza *ex art. 420-ter c.p.p.*, l'art. 420-bis c.p.p., al comma 2, dispone che «il giudice procede altresì in assenza dell'imputato che nel corso del procedimento abbia dichiarato o eletto domicilio ovvero sia stato arrestato, fermato o sottoposto a misura cautelare ovvero abbia nominato un difensore di fiducia, nonché nel caso in cui l'imputato assente abbia ricevuto personalmente la notificazione dell'avviso dell'udienza ovvero risulta comunque con certezza che lo stesso è a conoscenza del procedimento o si è volontariamente sottratto alla conoscenza del procedimento o di atti del medesimo».

Ebbene, in questi casi può egualmente dirsi rispettato il diritto dell'imputato a partecipare al processo?

La risposta deve ritenersi affermativa nell'ipotesi in cui egli abbia ricevuto personalmente la notificazione dell'avviso dell'udienza. Per il resto, sulla riforma grava un peccato d'origine: non essere intervenuti modificando anche la disciplina delle notificazioni²³. Se, infatti, la rinuncia al diritto di partecipare al processo presuppone la conoscenza effettiva delle accuse da parte dell'imputato, al di fuori dei casi in cui la notificazione è effettuata nelle mani dell'interessato, non è possibile far discendere la

²² Sulla forma della rinuncia v. MOSCARINI, *Una riforma da tempo necessaria. L'abolizione della contumacia penale e la sospensione del processo contro l'imputato irreperibile*, in AA.VV., *Le nuove norme sulla giustizia penale*, a cura di Conti-Marandola-Varraso, cit., 239 ss.

²³ Vedi anche BISCARDI, *Eclissi della contumacia e sospensione per irreperibilità, tra conoscenza legale e conoscenza reale del processo*, in *Processo penale e giustizia*, 2014, n. 6, 105.

conoscenza dell'atto dalla regolarità delle notificazioni, giacché non sempre la conoscenza legale coincide con la conoscenza effettiva del provvedimento.

La novella sembra affidarsi ad alcuni meccanismi presuntivi: si è ritenuto che l'elezione del domicilio, la nomina del difensore di fiducia e l'esecuzione di un provvedimento limitativo della libertà personale, poiché generalmente implicano la conoscenza del procedimento, consentano di attribuire all'assenza dell'imputato il significato di una rinuncia tacita ad esercitare personalmente il diritto di difesa. Sennonché, «la semplice lettura della norma alimenta forti dubbi rispetto alla effettiva "sintomaticità" nel caso concreto dei fatti espressamente previsti»²⁴. Non necessariamente a una delle situazioni ricomprese nell'elenco stilato dal legislatore, corrisponde realmente la consapevolezza dell'imputato circa l'esistenza del procedimento. E anche accettando l'idea che la sussistenza dei presupposti indicati dall'art. 420-*bis* c.p.p. attesti la consapevolezza della pendenza di un procedimento penale, far derivare da ciò la presunzione che l'imputato non comparso sia a conoscenza dell'accusa posta a suo carico e abbia consapevolmente rinunciato al suo diritto di partecipare al processo sembra eccessivo²⁵.

Ora, anche la Corte e.d.u., in diverse occasioni ha riscontrato la volontarietà della rinuncia a comparire da comportamenti concludenti tenuti dall'imputato a seguito della provata conoscenza da parte dello stesso della pendenza di un procedimento a suo carico e delle accuse mosse nei suoi confronti. Specifico rilievo, ad esempio, è stato dato alla fuga al momento dell'arresto²⁶ o, come previsto dall'art. 420-*bis* c.p.p., alla ripetuta nomina di difensori di fiducia in corso di processo da parte del latitante con atti a sua firma contenenti la specifica indicazione del numero del procedimento²⁷. Ciò che suscita riserva, tuttavia, è la generalizzazione di tali criteri e il tentativo di elevarli al valore di indici presuntivi, imponendo al giudice una serie di automatismi nel procedimento di controllo sulla regolare costituzione delle parti.

²⁴ Così TONINI-CONTI, *Il tramonto della contumacia, l'alba radiosa della sospensione e le nubi dell'assenza "consapevole"*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 513; analogamente v. DE CARO, *Processo in absentia e sospensione*, cit., 16; DIDI, *Novità in materia d'impugnazioni e restitutio in integrum*, in AA.VV., *Il giudizio in assenza dell'imputato*, a cura di Vigoni, cit., 215.

²⁵ Sul punto, ad esempio, sono ancora valide le osservazioni critiche della Giunta dell'Unione delle Camere penali a proposito del c.d. Progetto Mastella, secondo cui l'introduzione di elementi presuntivi di conoscenza – quali la nomina fiduciaria di un difensore o l'esecuzione di una misura cautelare – finisce per porre a carico dell'imputato un dovere di diligenza «che non trova alcun fondamento nel nostro sistema processuale e nella stessa Convenzione Europea e che tradisce un pregiudizio di fondo nei confronti delle persone sottoposte alle indagini, riguardo alle quali la celebrazione del dibattimento viene considerata come esito processuale ineluttabile» (*Documento della Giunta e del Centro Marongiu sul testo del DDL Mastella su "Disposizioni in materia di accelerazione e razionalizzazione del processo penale, prescrizione dei reati, confisca e criteri di ragguaglio tra pene detentive e pene pecuniarie"*, 20, in www.camerepenali.it).

²⁶ Cfr. Corte e.d.u., 4 dicembre 2001, Iavarazzo c. Italia, n. 50489/99. Nel caso di specie, l'imputato, vista la polizia entrare nel suo appartamento con l'intenzione di notificargli un ordine di custodia cautelare, scappò da una finestra e si diede alla latitanza, sicché la Corte ha ritenuto che l'impossibilità di comunicare con l'accusato non potesse essere imputata alle autorità italiane.

²⁷ Corte e.d.u., 12 dicembre 2006, Battisti c. Francia, n. 28796/05.

Com'è noto la Corte e.d.u. decide dopo un'attenta considerazione dei fatti. Sono oggetto di valutazione non le regole ma le loro modalità applicative. Solo a seguito di un'indagine complessa attenta al bilanciamento di interessi, a volte contrapposti, la Corte dichiara la violazione dei principi del *fair trial*. È la vicenda processuale ad essere giudicata. La trasformazione in regole generali delle argomentazioni seguite per motivare una o più decisioni sul caso concreto è un'operazione che non necessariamente conduce a risultati appaganti.

In sostanza, «l'automatismo con cui le predette situazioni sono destinate ad operare, nell'immutata disciplina delle notificazioni, pare frutto di un "astrattismo", o quanto meno di un'ingenuità, del legislatore e rischia di minare alla radice il novellato sistema, giacché dietro il processo all'assente può ancora celarsi lo spettro inquisitorio di un imputato ignaro di quanto accade nei suoi confronti»²⁸.

Anzitutto, si tratta di fatti che possono interessare una fase molto precoce del procedimento, e già questo fa vacillare la solidità del ragionamento presuntivo. Com'è stato sottolineato anche dalla Suprema corte, per garantire l'effettiva conoscenza delle accuse da parte dell'imputato, non basta la mera conoscenza del procedimento, occorrendo la sicura consapevolezza della pendenza del processo, collegata alla comunicazione di un atto formale²⁹.

Del resto, sapere di essere sottoposti a un'indagine, che potrebbe anche concludersi con un'archiviazione (neppure da notificare), è ben diverso dal sapere di essere destinatari di un'azione penale per un determinato fatto individuato come suscettibile di corrispondere ad una determinata fattispecie di reato; allo stesso modo, è diverso dal sapere che, di seguito a tale azione penale, si è citati a giudizio³⁰.

3. L'esecuzione di un provvedimento limitativo della libertà personale.

Anche l'esecuzione di una misura cautelare o di un arresto o di un fermo potrebbe non garantire adeguatamente il diritto dell'imputato di conoscere dell'esistenza del processo e di parteciparvi, in quanto oltre a trattarsi di provvedimenti che, per l'appunto, potrebbero essere stati adottati diversi anni prima, essi potrebbero essere stati disposti da un'autorità giudiziaria differente o essere relativi a fatti diversi³¹.

²⁸ Così TONINI-CONTI, *Il tramonto della contumacia*, cit., 513; nonché, DE CARO, *Processo in absentia e sospensione*, cit., 17.

²⁹ Cass., sez. I, 5 marzo 2008, n. 16704, R.F., in *C.e.d. Cass.*, n. 240118; Sez. I, 11 aprile 2006, n. 15543, Joudar, in *C.e.d. Cass.*, n. 233880. In dottrina, fra gli altri, v. DE CARO, *Processo in absentia e sospensione*, cit., 6.

³⁰ FRIGO, *Un limitato aggiustamento normativo che soela le discrasie del rito «in assenza»*, in *Guida dir.*, 2005, n. 18, 22; MILANI, *Il processo contumaciale*, cit., 2182.

³¹ SILVESTRI, *Le nuove disposizioni in tema di processo "in assenza" dell'imputato*, in PICCIRILLO-SILVESTRI, *Prime riflessioni sulle nuove disposizioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili*, Relazione n. III/07/2014, dell'Ufficio del Massimario della Corte di cassazione, 5 maggio 2014, Roma, 44.

In particolare, ci potrebbero essere casi, non infrequenti, in cui l'indagato sia stato sottoposto nell'ambito di un determinato procedimento ad una misura cautelare, ma poi quel procedimento venga riunito ad altro procedimento rispetto al quale venga poi richiesto il rinvio a giudizio e fissata l'udienza preliminare sia per le imputazioni del procedimento nel cui ambito sia stata emessa la misura cautelare, sia per altre imputazioni³². In queste vicende, se nel procedimento successivamente riunito non si è verificata una delle situazioni indicate dall'art. 420-bis, comma 2, c.p.p., non potendo presumersi che l'imputato abbia avuto conoscenza anche delle successive imputazioni, pare dubbio possa celebrarsi il processo in assenza, salvo ritenere che l'adozione di una misura cautelare o pre-cautelare imponga un onere di informazione e di conoscenza a carico dell'indagato che dovrebbe indurlo a seguire e verificare, lo sviluppo procedimentale e, quindi, a controllare se il pubblico ministero abbia in qualche momento riunito il procedimento in questione ad altro procedimento. Non ci convince, poi, la tesi che la presunzione operi anche con riguardo all'esecuzione di una misura cautelare reale³³. In una logica volta a leggere in termini restrittivi le presunzioni sulla conoscenza del procedimento e la rinuncia a comparire, l'utilizzo della espressione (imputato) "sottoposto a misura cautelare" induce a ritenere essa riguardi provvedimenti limitativi della libertà personale e non anche di misure relative allo spossessamento di cose mobili o immobili che, peraltro, potrebbero non essere di proprietà dell'imputato³⁴. Né – a nostro avviso – può avere rilievo che si tratti di atti di cui, comunque, l'imputato ha obbligatoriamente conoscenza, altrimenti la presunzione dovrebbe scattare ogni qual volta è inviata l'informazione di garanzia; ma così non è, visto che il legislatore ha voluto dare rilievo solo a situazioni particolarmente qualificate, la cui specifica rilevanza sotto il profilo processuale è elevata ad indice sintomatico di conoscenza.

L'idea, altresì, che dalla mera esecuzione di tali provvedimenti discenda una sorta di onere d'informazione, a carico dell'indagato, sugli sviluppi futuri del procedimento, come si è già anticipato, non convince perché non tiene adeguatamente conto dei dettami della giurisprudenza della Corte europea attenta a non fare affidamento solo su elementi presuntivi, bensì a considerare l'effettiva conoscenza della esistenza del processo e la volontà non equivoca di parteciparvi. Senza trascurare che si tratta di un onere oggettivamente gravoso che rischia di fare aumentare il numero dei processi rispetto ai quali venga successivamente fornita la prova della incolpevole assenza dell'imputato³⁵.

³² SILVESTRI, *Le nuove disposizioni in tema di processo "in assenza" dell'imputato*, cit., 45.

³³ In tal senso, ad esempio, v. QUATTROCOLO, *Il contumace cede la scena processuale all'assente, mentre l'irreperibile l'abbandona*, in *Dir. pen. cont. trim.*, 2014, n. 2, 98, nonché, BISCARDI, *Eclissi della contumacia*, cit., 108.

³⁴ NOFRI, *Sub art. 420 bis*, in *Commentario breve al codice di procedura penale*, a cura di Conso-Illuminati, 2^a ed., Padova, 2015, 1863.

³⁵ SILVESTRI, *Le nuove disposizioni in tema di processo "in assenza" dell'imputato*, cit., 45. Nondimeno, la rinuncia a comparire non può essere automaticamente desunta dalla dichiarazione di latitanza, se quest'ultima è sprovvista di sufficiente base fattuale (BISCARDI, *Eclissi della contumacia*, cit., 111).

Ci sono, infine, i casi in cui la misura cautelare personale sia stata disposta ma non eseguita. In questi casi, generalmente, vengono meno i presupposti per l'applicabilità della presunzione in esame, ciò nondimeno possono configurarsi altre situazioni che possono consentire la celebrazione del processo.

Segnatamente, ove nelle more in cui è stata fissata l'udienza preliminare non sia stato possibile eseguire la misura cautelare coercitiva perché l'imputato è stato dichiarato latitante, non è escluso possa procedersi ugualmente in assenza ricorrendo un altro dei casi contemplati dall'art. 420-bis c.p.p., per essersi l'imputato sottratto volontariamente alla conoscenza "del procedimento o di atti del medesimo"³⁶.

Nel caso in cui si tratti di una misura cautelare non custodiale, poiché l'adempimento esecutivo è costituito dalla notifica del provvedimento, occorrerà verificare se l'atto è stato notificato personalmente all'imputato, così da potersi ritenere sussistente la prova della conoscenza della esistenza del procedimento. Ove, invece, l'ordinanza impositiva della misura cautelare interdittiva non sia stata eseguita la questione assumerà limitato rilievo quando la notifica del provvedimento è stata preceduta in concreto dall'interrogatorio dell'indagato, atteso che in questi casi vi sarà la prova della conoscenza del procedimento³⁷.

4. La nomina di un difensore di fiducia.

Analogamente, la scelta del difensore, sebbene generalmente indichi la consapevolezza della esistenza di un procedimento – in particolare, quando nel conferimento del mandato sono indicati gli addebiti e il numero di registro delle notizie di reato relativo al procedimento in corso –, non dovrebbe poter essere posta a fondamento di una presunzione. Se, infatti, come ripetutamente detto, occorre preoccuparsi dell'effettiva conoscenza del processo, non si può dimenticare ciò che i giudici di legittimità hanno affermato a proposito della richiesta di restituzione nel termine nel caso di rito contumaciale, allorché è stato sottolineato che non è sufficiente la mera conoscenza del procedimento, occorrendo anche la conoscenza della sentenza e la volontaria rinuncia a comparire, dovendosi escludere, soprattutto, che possa essere posto a carico dell'imputato un onere a seguire le sorti del procedimento³⁸.

Pure la Giunta dell'Unione delle Camere penali a proposito del Disegno di legge Mastella³⁹, che conteneva una previsione simile a quella dell'attuale art. 420-bis c.p.p., aveva espresso delle perplessità, evidenziando come non sia possibile affermare che il difensore di fiducia sia sempre in grado di tenere informato il proprio cliente degli sviluppi del procedimento, specialmente se il mandato sia stato successivamente revocato o rinunziato⁴⁰. Il progetto Mastella, invero, ai fini della presunzione, riteneva

³⁶ In tal senso v. SILVESTRI, *Le nuove disposizioni in tema di processo "in assenza" dell'imputato*, cit., 45.

³⁷ SILVESTRI, *op. loc. cit.*

³⁸ Cass., sez. I, 28 gennaio 2008, n. 7339, in *C.e.d. Cass.*, n. 239137.

³⁹ Vedi *supra* nota 21.

⁴⁰ *Documento della Giunta e del Centro Marongiu sul testo del DDL Mastella*, cit., 20.

priva di rilievo la successiva revoca o rinuncia al mandato; un riferimento che nell'attuale art. 420-*bis* c.p.p. non è stato riprodotto, il che potrebbe portare a concludere che sia la costanza del rapporto fiduciario con il difensore ad assumere rilievo. È in questa logica, del resto, che ci sembra vada letta la giurisprudenza della Corte e.d.u. laddove tende ad ascrivere alla colpa del ricorrente l'eventuale mancata comunicazione tra l'accusato e il proprio legale rappresentante, liberamente scelto o comunque conosciuto, tenuto a sopportare le conseguenze negative cui la propria negligenza può aver dato luogo⁴¹. Un'interpretazione che pare trovare conferma anche nelle disposizioni della Decisione quadro 2009/299 che, tra i casi in cui considera ingiustificato il rifiuto di consegna in esecuzione di un Mae, indica quello in cui l'imputato, essendo al corrente della data del processo, abbia conferito mandato a un difensore, *sempre che sia stato effettivamente patrocinato in giudizio* (art. 2).

Diversamente, si porrebbe un peso deontologicamente insostenibile a carico del legale che a distanza di anni si veda notificare l'avviso della fissazione della data dell'udienza preliminare o del dibattimento e non abbia più contatti con il proprio assistito. Come può dirsi, infatti, rispettato l'obbligo di garantire la miglior difesa possibile (art. 36 del Codice deontologico forense) se si ha la consapevolezza che si sta rappresentando un cliente al quale non si sta riconoscendo il diritto di partecipare al processo?

Un difensore scrupoloso, dunque, in questi casi, non può che rinunciare al mandato; così facendo, pur non privando l'interessato dell'assistenza difensiva (il legale cesserà dalle proprie funzioni solo dopo la nomina del nuovo difensore, *ex art. 197 c.p.p.*), potrà impedire che egli sia processato in assenza. La rinuncia al mandato determinerà il venir meno della presunzione di conoscenza del procedimento e, secondo la disciplina del nuovo art. 420-*quater* c.p.p., imporrà al giudice l'obbligo di disporre un rinvio dell'udienza al fine notificare l'avviso all'imputato personalmente ad opera della polizia giudiziaria; ove, poi, la notificazione non risulti possibile, dovrà essere disposta la sospensione del processo.

5. L'elezione di domicilio.

Altrettanto perplessi lascia la presunzione concernente l'elezione di domicilio. È noto che l'art. 161 c.p.p., al comma 1, prevede che «il giudice, il pubblico ministero o la polizia giudiziaria, nel primo atto compiuto con l'intervento della persona sottoposta alle indagini o dell'imputato non detenuto né internato, lo invitano a dichiarare uno dei luoghi indicati nell'art. 157 comma 1 ovvero a eleggere domicilio per le notificazioni, avvertendolo che, nella sua qualità di persona sottoposta alle indagini o di imputato, ha l'obbligo di comunicare ogni mutamento del domicilio dichiarato o eletto e che in mancanza di tale comunicazione o nel caso di rifiuto di dichiarare o eleggere domicilio, le notificazioni verranno fatte mediante consegna al difensore».

⁴¹ Al riguardo, *ex plurimis*, v. Corte e.d.u., 28 febbraio 1008, Demebukov c. Bulgaria, n. 68020/01, § 57.

L'elezione di domicilio indubbiamente è funzionale a favorire le notificazioni, agevolando le autorità competenti nella ricerca dei luoghi in cui potere effettuare la consegna dell'atto. In mancanza di una modifica del regime delle notificazioni, tuttavia, è inevitabile chiedersi se il legislatore con la riforma abbia voluto realmente rafforzare il diritto dell'imputato ad essere presente al processo o sia stata soltanto realizzata un'opera di *maquillage* volta a nascondere i segni di un sistema a cui in realtà poco interessa la presenza dell'attore principale e che si preoccupa solo di trovare giustificazioni alla possibilità di celebrare il processo in sua assenza.

Critiche, soprattutto, devono rivolgersi alla disciplina delle notificazioni ad interposta persona che consente di ritenere raggiunta la conoscenza dell'atto mediante una mera *fiction iuris*.

È da anni che, nella prassi, si assiste a processi celebrati in contumacia nei confronti di soggetti stranieri privi di un'adeguata conoscenza della lingua italiana dopo che la notifica è avvenuta mediante consegna al domicilio eletto presso il difensore d'ufficio. Ebbene, non vi è dubbio che in questi casi la regolarità della notifica garantisce esclusivamente la conoscenza formale dell'atto non la sua conoscenza effettiva. Ma si può realmente ritenere che l'elezione del domicilio presso il difensore d'ufficio sia fatta nella consapevolezza degli effetti che da quest'atto scaturiscono? L'invito è generalmente redatto nella sola lingua italiana ed è comunque considerato valido dai giudici dopo la testimonianza dell'agente di polizia secondo cui l'imputato comprendeva sufficientemente l'idioma. Salvo, però, considerare che un conto è pronunciare o capire "sufficientemente" alcune parole elementari in italiano, altro leggere documenti scritti in italiano e altro ancora comprendere effettivamente gli ammonimenti che vengono forniti in relazione a un sistema giudiziario magari completamente diverso da quello di origine⁴².

A questo si deve aggiungere che, oggi, all'indagato o all'imputato dovrebbe esser chiaro, oltre al significato dell'avvertimento in ordine all'obbligo di comunicare ogni mutamento del domicilio dichiarato o eletto e che in caso di mancanza, di insufficienza o di inidoneità della dichiarazione o della elezione, che le successive notificazioni verranno eseguite nel luogo dove l'atto è stato notificato, che all'elezione di domicilio si attribuisce il valore presuntivo di conoscenza del procedimento che legittima la celebrazione del processo in sua assenza⁴³.

Ecco perché, visto il rilievo che tale atto ha assunto, esso dovrebbe, quanto meno, rientrare tra i provvedimenti che devono essere tradotti nella lingua

⁴² LAZZARONE, *Processo in absentia: dall'Europa una spinta per una riforma?*, in *Legisl. pen.*, 2004, 602. Una differenza che la Direttiva 2010/64/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 ottobre 2010, sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali, sembra tenere in considerazione, sottolineando, già nei *consideranda*, che l'assistenza linguistica va riconosciuta a coloro i quali «non parlano o non comprendono la lingua del procedimento penale» (considerando n. 17).

⁴³ Al riguardo v. le articolate osservazioni di MARCOLINI, *Presupposti del giudizio in assenza*, in AA.VV., *Il giudizio in assenza dell'imputato*, a cura di Vigoni, cit., 151 ss.

dell'indagato o imputato⁴⁴. Tuttavia, non sfuggirà che, nonostante il legislatore abbia recentemente riformato la disciplina dell'art. 143 c.p.p., quest'ultimo non pare farne espressa menzione⁴⁵. Né, è possibile rimediare a tale omissione, applicando il comma 3 della norma citata, dato che è contemplata la possibilità di disporre la traduzione di *altri atti*, oltre a quelli per i quali essa è obbligatoria, solo su ordine del giudice. Sicché, c'è il rischio che tale adempimento sia rimesso alla sensibilità dei giudici. Salvo considerare la tesi di quella parte della dottrina⁴⁶ secondo cui la mancanza della traduzione o interpretazione dell'invito e degli avvertimenti previsti dall'art. 161 c.p.p. poiché pregiudica la possibilità per l'imputato di intervenire in giudizio, comporta una nullità di ordine generale *ex art. 178, lett. c, c.p.p.*, che travolge tutte le notifiche successive, salvo quelle eseguite a mani dell'interessato che riguardino un atto tradotto ai sensi dell'art. 143 c.p.p.

Occorre, poi, ricordare come nella prassi non siano infrequenti le c.d. elezioni di domicilio al buio⁴⁷. È il caso in cui l'elezione di domicilio compiuta, generalmente, negli uffici della polizia giudiziaria nel corso del primo contatto con la persona sottoposta all'indagine è fatta presso un difensore d'ufficio da nominarsi in un secondo momento. Un'elezione, appunto, "al buio" visto che il domicilio non è individuato dall'interessato, ma è individuabile solo successivamente quando sarà designato il difensore d'ufficio.

È evidente che si tratta di un'elezione illegittima, specialmente alla luce della normativa attuale. Ecco perché, sotto questo profilo, merita particolare apprezzamento la posizione assunta dalla Suprema corte che, nell'esaminare la correttezza di tale procedura, ha dimostrato attenzione ai principi costituzionali ed europei, affermando che il requisito della personalità della notificazione degli atti non può essere escluso se non in caso di situazioni riferibili a una scelta consapevole dell'imputato stesso o alla comprovata possibilità, originaria o sopravvenuta, di portare il contenuto dell'atto nella sfera di conoscibilità del destinatario. «Il sistema delle notificazioni ad interposta persona e mediante *fictio iuris* deve dunque essere oggetto di stretta interpretazione, perché quello di partecipare al giudizio è un diritto fondamentale dell'imputato riconducibile all'art 6 della C.e.d.u., riprodotto nell'art. 111 Cost., e l'ordinamento processuale deve tendere ad evitare che il giudizio penale si svolga in assenza dell'imputato se questa assenza non dipende da una sua volontà»⁴⁸.

⁴⁴ Ad avviso di VIGNALE, *Domicilio dichiarato o eletto e processo in absentia*, in *Questione giustizia*, 26 giugno 2014, 11, in www.questionegiustizia.it, le elezioni di domicilio eseguite *ex art. 161 c.p.p.* da cittadini stranieri che non siano comparse in giudizio sono valide solo se emerge dagli atti (e quindi va positivamente accertata dalla a.g.) la conoscenza della lingua italiana o, in mancanza, se l'invito ad eleggere domicilio e gli avvertimenti previsti dall'art. 161 commi 1, 2, e 3 c.p.p. sono stati rivolto o tradotti allo straniero nella sua lingua madre o in altra lingua veicolare.

⁴⁵ L'art. 143 c. è stato sostituito dall'art. 1 d.legisl. 4 marzo 2014, n. 32, *Attuazione della direttiva 2010/64/UE sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali*.

⁴⁶ VIGNALE, *op. loc. cit.*

⁴⁷ Sul punto, ad esempio, v. CATALANO, *La resistibile affermazione delle garanzie europee in tema di giusto processo in absentia*, in *Arch. pen.*, 2011, 9.

⁴⁸ Così Cass., sez. I, 20 aprile 2010, n. 17706, in *C.e.d. Cass.*, n. 247066.

Non basta. A regime delle notificazioni invariato, sembrerebbe che la sussistenza di uno degli indicatori tipici considerati dall'art. 420-bis c.p.p. consenta di celebrare il processo in assenza a prescindere dalle modalità con cui sia stata effettuata la notifica dell'avviso di fissazione dell'udienza preliminare. «Con il paradosso per cui si dovrebbe procedere *in absentia* anche nei confronti dell'imputato divenuto irreperibile o al quale la comunicazione della data del processo sia stata comunicata al difensore d'ufficio per l'impossibilità sopravvenuta di procedere alla notifica nel domicilio dichiarato eletto»⁴⁹.

In questi casi, cioè, se la notificazione dell'avviso è stata effettuata regolarmente, ove ricorra, ad esempio, l'elezione del domicilio da parte dell'imputato, essendovi in atti la prova della conoscenza del procedimento, il processo dovrebbe essere comunque celebrato in assenza, salvo poi l'imputato dimostrare che, a causa della irreperibilità sopravvenuta, non si era avuta conoscenza del processo, con conseguente operatività dei rimedi restitutori. Con i limiti, tuttavia, derivanti dall'aver posto nuovamente a carico dell'interessato la prova che l'assenza è stata dovuta ad una incolpevole mancata conoscenza della celebrazione del processo.

In sostanza, seguendo questa tesi, si privilegia una lettura del sistema secondo cui poiché le parti condividono con l'autorità giudiziaria la responsabilità dell'andamento del processo, la mancanza della prova certa che l'imputato abbia conoscenza dell'udienza preliminare – per non essere stato l'avviso di fissazione ricevuto personalmente – è in qualche modo compensata dalla prova della conoscenza del procedimento, cui si fanno conseguire oneri di informazione e di collaborazione. Su ciascuna parte sono fatti gravare tutti gli oneri connessi all'esercizio dei poteri loro conferiti, compresi, quindi, quelli anche strumentali all'esigenza di evitare la paralisi dei processi o una loro durata irragionevole⁵⁰.

Ora, non vi è dubbio che occorra evitare il rischio di abusi del processo⁵¹, e tuttavia non si deve trascurare che ogni tentativo di sfuggire a tale pericolo va condotto sempre salvaguardando le libertà fondamentali, specialmente il diritto di difesa. Per questa ragione, coerenza del sistema dovrebbe portare a ritenere che le modalità di notificazione all'imputato irreperibile siano del tutto incompatibili con le nuove disposizioni. Ecco perché, ove il giudice verifichi l'irreperibilità, il processo andrebbe

⁴⁹ In questi termini v. BRICCHETTI-PISTORELLI, *Ipotesi tipizzate per la celebrazione del rito*, in *Guida d.*, 2014, n. 21, 97.

⁵⁰ SILVESTRI, *Le nuove disposizioni in tema di processo "in assenza" dell'imputato*, cit., 48.

⁵¹ Secondo la definizione data dalle Sezioni Unite, «L'abuso del processo consiste in un vizio, per sviamento, della funzione, ovvero in una frode alla funzione, e si realizza allorché un diritto o una facoltà processuali sono esercitati per scopi diversi da quelli per i quali l'ordinamento processuale astrattamente li riconosce all'imputato, il quale non può in tale caso invocare la tutela di interessi che non sono stati lesi e che non erano in realtà effettivamente perseguiti» (Cass., sez. un., 29 settembre 2011, n. 155, in *C.e.d. Cass.*, n. 251496. In dottrina, in particolare, v. CATALANO, *L'abuso del processo*, Milano, 2004; nonché LEO, *L'abuso del processo nella giurisprudenza di legittimità*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 508 ss.; ID., *L'abuso del processo nella giurisprudenza di legittimità (2ª parte)*, *ivi*, 2008, 627 ss., ai quali si rimanda per ulteriori approfondimenti del tema).

comunque sospeso, anche se agli atti vi è la prova della conoscenza del procedimento da parte dell'imputato⁵².

6. La certezza della conoscenza del procedimento quale chiave di lettura dell'intera riforma.

L'art. 420-*bis*, comma 2, c.p.p., infine, contiene una clausola aperta, permettendo di celebrare il processo in assenza ogni qual volta vi è la certezza della prova della conoscenza del procedimento da parte dell'imputato. In questo caso la fattispecie risulta indefinita e si presta a trovare applicazione in una molteplicità di occasioni che ci sembra vadano individuate partendo da una premessa: considerato che la disciplina delle notificazioni è rimasta invariata e, al contempo, la mera regolarità della notificazione non garantisce la conoscenza effettiva dell'atto, deve concludersi che per procedere in assenza occorre avere la prova della certezza della conoscenza del procedimento. In altri termini, deve darsi rilievo non tanto alla ritualità della notifica del provvedimento, quanto all'esistenza di un complesso di circostanze, spesso collegate ma distinte rispetto alle condizioni di regolarità della notifica, capaci di attestare l'effettiva conoscenza dell'atto.

Si pensi, dunque, alla disciplina delle notificazioni all'imputato non detenuto. La prima notificazione, ove non sia possibile consegnare la copia personalmente all'interessato, è eseguita nella casa di abitazione o nel luogo in cui l'imputato esercita abitualmente l'attività lavorativa, mediante consegna di una copia dell'atto a una persona che conviva anche temporaneamente o, in mancanza, al portiere o chi ne fa le veci (art. 157 c.p.p.).

Ebbene, in un'ottica garantista, anzitutto, occorrerebbe aderire ad un'interpretazione rigorosa di tali fattispecie, dando, ad esempio, rilievo ai soli rapporti familiari "qualificati", come quelli esistenti tra genitori e figli minori e tra coniugi⁵³. L'ufficiale giudiziario, inoltre, dovrebbe verificare con scrupolo i vincoli di parentela o la sussistenza di un rapporto di convivenza, con specifica annotazione nella *relata* di notifica, occorrendo qualcosa di più della mera apparenza di una situazione di convivenza.

In secondo luogo, per non svuotare del tutto di significato la portata della riforma, l'art. 420-*bis* c.p.p. andrebbe interpretato in chiave garantista. Ne consegue che, non potendo acquisire rilievo la mera regolarità delle notificazioni ad interposta persona, dovrebbero ricercarsi altri elementi da cui desumere la certezza della

⁵² SILVESTRI, *Le nuove disposizioni in tema di processo "in assenza" dell'imputato*, cit., 50.

⁵³ Cass., sez. III, 4 marzo 2010, n. 14844, g. in proc. Cristaudo, in *C.e.d. Cass.*, n. 246969, che ha considerato nulla la notifica del decreto di citazione a giudizio eseguita a mani di una persona qualificatasi come suocera dell'imputato in quanto, ai fini delle notificazioni, la convivenza può presumersi solo in presenza di un rapporto familiare qualificato, quale quello esistente tra genitori e figli minori e tra coniugi (Nella specie l'ufficiale giudiziario aveva attestato nella *relata* di aver notificato l'atto alla suocera, qualificata come "addeba alla casa" e non "familiare convivente").

conoscenza del procedimento da parte dell'imputato, in mancanza dei quali si dovrebbe disporre la rinnovazione dell'avviso di fissazione dell'udienza preliminare. In questi casi, cioè, dovrebbe procedersi ai sensi dell'art. 420-*quater* c.p.p.: non sussistendo, infatti, un impedimento a comparire che legittimi il rinnovo dell'avviso ex art. 420-*ter* c.p.p., né una nullità della notificazione, il giudice dovrebbe tentare di notificare l'atto personalmente all'imputato avvalendosi della polizia giudiziaria. A questo punto, non trattandosi di un soggetto irreperibile, il provvedimento probabilmente riuscirà a essere consegnato nelle mani dell'interessato. Ove ciò non si verificasse, dovrebbe disporsi la sospensione del processo.

Certo, la procedura rischia di essere molto complessa, imponendo ai giudici un'attività di verifica della regolare costituzione delle parti maggiormente articolata e dai tempi decisamente più lunghi. Inoltre, c'è un notevole aggravio delle incombenze poste a carico delle forze di polizia, mentre, per questi specifici casi, basterebbe rendere possibile la rinnovazione dell'avviso secondo la disciplina ordinaria, affidandola a un ufficiale giudiziario.

Il punto è che se si vuole dare un'interpretazione della riforma più rispondente ai dettami costituzionali e alle sollecitazioni della Corte europea, si devono ritagliare al giudice alcuni spazi di discrezionalità, introducendo forme di valutazione in concreto della volontarietà della rinuncia a comparire, anche quando essa sia implicitamente fondata sugli elementi tipizzati dal legislatore⁵⁴. In altri termini, dovrebbe costituire un presupposto dell'intera disciplina il lasciare sempre al giudice uno spazio di autonomia valutativa volto a verificare se l'imputato abbia o meno consapevolezza dell'esistenza del procedimento e abbia rinunciato a parteciparvi.

Si tratta di un impegno preciso: cercare di offrire una lettura della riforma in termini rafforzamento delle garanzie, non già di un loro arretramento. Un dovere che, secondo l'insegnamento offerto dalla Corte costituzionale, nella sentenza n. 317 del 2009, nasce proprio dagli obblighi convenzionali, che ci impongono di dare massima espansione alle garanzie, ampliando l'area di protezione che la Costituzione attribuisce ai diritti fondamentali.

È per questa ragione che occorre interpretare ciascuno degli indicatori dell'art. 420-*bis* c.p.p. non come una presunzione legale astratta e formalistica, ma come un fatto concreto e specifico secondo regole di consolidata esperienza, che finisce conseguentemente con porre a carico dell'imputato un onere, da intendere in senso atecnico, di allegazione di rappresentare circostanze difensive che rientrano nella sua esclusiva sfera di conoscenza e che difficilmente possono emergere nel processo al di fuori di un'allegazione dell'imputato medesimo⁵⁵. Il mancato adempimento di tale onere non impedisce *a priori* il conseguimento di un risultato favorevole all'imputato, bensì lo rende più improbabile, in quanto comporta il rischio di un accertamento

⁵⁴ BRICCHETTI- PISTORELLI, *Ipotesi tipizzate per la celebrazione del rito*, cit., 97.

⁵⁵ In questi termini, in particolare, v. CATALANO, *La resistibile affermazione delle garanzie europee in tema di giusto processo in absentia*, cit., 12.

giudiziale incompleto e sbilanciato, con conseguente sopravvalutazione degli elementi indicativi di una conoscenza effettiva del procedimento da parte dell'imputato.

Spetta al giudice, dunque, valutare senza rigidi automatismi, bensì con le ordinarie cautele del ragionamento indiziario, se in concreto possa affermarsi con certezza l'effettiva conoscenza del procedimento o la volontaria sottrazione alla conoscenza del procedimento o di atti del medesimo. Così facendo è possibile ricondurre «la disciplina a razionalità, salvandone l'ispirazione garantista senza pericolosi slittamenti autoritari con rigurgiti di una "contumacia mascherata da assenza"»⁵⁶.

7. I rimedi restitutori: un incomprensibile arretramento sul piano della effettività delle garanzie.

Nonostante la succitata interpretazione sia da preferire, in assenza di una chiara indicazione normativa, è difficile che essa troverà l'avallo della prassi giurisprudenziale.

Si è già osservato, infatti, come una tale lettura determini un notevole aggravio della procedura, e in un sistema già lento dove grande attenzione è data ad una gestione efficientistica dei flussi giudiziari si rimane scettici a che essa possa avere successo.

L'intenzione del legislatore, d'altra parte, sembra più che altro orientata a favorire la celebrazione del processo in assenza salvo poi consentire lo svolgimento di un nuovo rito nei casi in cui risulti la mancanza di effettiva conoscenza del processo o della sentenza da parte dell'imputato.

Le situazioni prospettabili sono diverse.

L'ordinanza che dispone di procedere in assenza è revocata, anche d'ufficio se, prima della decisione, l'imputato compare. Se l'imputato fornisce la prova che l'assenza è stata dovuta ad una incolpevole mancata conoscenza della celebrazione del processo, il giudice rinvia l'udienza e l'imputato può chiedere l'acquisizione di atti e documenti ai sensi dell'art. 421, comma 3, c.p.p. Analogamente, nel corso del giudizio di primo grado, all'imputato è riconosciuto il diritto di formulare richiesta di prove ai sensi dell'art. 493 c.p.p. Inoltre, ferma restando la validità degli atti regolarmente compiuti in precedenza, può chiedere la rinnovazione di prove già assunte⁵⁷. L'imputato è, altresì, rimesso in termini per formulare richiesta di giudizio abbreviato

⁵⁶ Così TONINI-CONTI, *Il tramonto della contumacia*, cit., 514.

⁵⁷ Nello stesso modo si procede se l'imputato dimostra che versava nell'assoluta impossibilità di comparire per caso fortuito, forza maggiore o altro legittimo impedimento e che la prova dell'impedimento è pervenuta con ritardo senza sua colpa. Parte della dottrina si è espressa criticamente contro la scelta di mantenere la validità degli atti compiuti in precedenza, introducendo un elemento di distonia e incoerenza rispetto a quanto oggi previsto nei giudizi di impugnazione (Fra gli altri, v. Di Paolo, *La revoca dell'ordinanza che dispone il giudizio in assenza*, in AA.VV., *Il giudizio in assenza dell'imputato*, a cura di Vigoni, cit., 204).

o di applicazione della pena su richiesta. L'art. 489 c.p.p., nella sua nuova formulazione, non contiene, invece, alcun riferimento all'istituto della sospensione del processo con messa alla prova: una chiara mancanza di coordinamento normativo che potrà essere superata in via interpretativa. Sarà, infatti, gioco facile per l'interprete ampliare il novero dei diritti recuperabili ex art. 489 c.p.p. facendovi confluire anche il nuovo istituto disciplinato dagli artt. 464-bis e ss. c.p.p., posta la comune *ratio* e la identità premiale⁵⁸.

Altro rimedio restitutorio è previsto quando il processo di primo grado si è già concluso: in appello, nei casi in cui si sia proceduto in assenza e l'imputato provi che l'assenza è stata dovuta ad una incolpevole mancata conoscenza della celebrazione del processo di primo grado, il giudice annulla la sentenza e dispone, altresì, la restituzione degli atti al giudice di primo grado, con possibilità di chiedere giudizio abbreviato o applicazione della pena su richiesta, o ancora la sospensione del processo con messa alla prova. Negli stessi casi, ove è annullata una sentenza di condanna, la Corte di cassazione dispone la trasmissione degli atti al giudice di primo grado. Qualora, infine, il condannato o il sottoposto a misura di sicurezza con sentenza passata in giudicato, nei cui confronti si sia proceduto in assenza per tutta la durata del processo, provi che l'assenza è stata dovuta ad una incolpevole mancata conoscenza della celebrazione del processo, può chiedere la rescissione del giudicato⁵⁹. La richiesta è presentata alla Corte di cassazione⁶⁰, entro trenta giorni dalla conoscenza del procedimento, che, in caso di accoglimento, dispone la trasmissione degli atti al giudice di primo grado. Con la possibilità, anche in questo caso, di chiedere, ex art. 489 c.p.p., i riti deflativi del dibattimento. L'introduzione di questa particolare ipotesi di ricorso diretto in cassazione, nondimeno, non è esente da critiche⁶¹ giacché stravolge il sistema delle impugnazioni, investendo la Corte non già di un controllo di legittimità su una decisione, quanto di un controllo su un fatto processuale esplicativo di molteplici opzioni e soprattutto verificabile soltanto attraverso un accesso agli atti. Il ricorso in oggetto, in altri termini, impone alla Corte di procedere ad un verifica fattuale che ha

⁵⁸ DE CARO, *Processo in absentia e sospensione*, cit., 21.

⁵⁹ Per un'analisi dell'istituto e, più in generale dei rimedi restitutori, v. BARGIS, [La rescissione del giudicato ex art. 625 ter c.p.p.: un istituto da rimeditare](#), in *questa Rivista*, 16 gennaio 2015, 1; BISCARDI, *Eclissi della contumacia*, cit., 115 ss.; CARVELLI, *Rescissione del giudicato e reformatio in peius*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 1043 ss.; CHIMICHI, *Art. 625-ter: La rescissione del giudicato*, in AA.VV. *Le nuove norme sulla giustizia penale*, a cura di Conti-Marandola-Varraso, cit., 321 ss.; CONTI, [Il processo in absentia: le ricadute sul giudicato](#), in *questa Rivista*, 2 marzo 2015, 1; DIDI, *Novità in materia d'impugnazioni e restitutio in integrum*, cit., 209 ss., a cui si rimanda per ulteriori approfondimenti.

⁶⁰ A tal proposito le Sezioni Unite hanno chiarito che, nonostante la procedura in esame tragga formalmente impulso da una richiesta diretta alla Corte di cassazione, deve ritenersi applicabile l'art. 582 c.p.p., «che fa riferimento come luogo di presentazione "alla cancelleria del giudice che ha emesso il provvedimento impugnato", da intendere, in questo caso, come "cancelleria del giudice la cui sentenza è stata posta in esecuzione"». È, dunque, inammissibile la richiesta di rescissione del giudicato presentata, ex art. 625-ter c.p.p. presso la Corte di cassazione (Cass., sez. un., 17 luglio 2014, Burba, n. 36848, in *C.e.d. Cass.*, n. 259990).

⁶¹ In questi termini, v. BARGIS, *La rescissione del giudicato*, cit., 2; DE CARO, *Processo in absentia e sospensione*, cit., 24.

per oggetto situazioni concrete che potrebbero necessitare anche di accertamenti istruttori complessi e che richiede l'applicazione dei poteri del procedimento *ex art. 666 c.p.p.* Secondo alcuni autori, sarebbe stato, dunque, preferibile costruire una forma di incidente di esecuzione da affidare ad un giudice di merito, seppur diverso da quello che ha emesso la decisione viziata, per ovviare a situazioni di incompatibilità⁶². Il legislatore, invece, *re melius perpensa*, sembra si stia orientando in altra direzione, optando per l'ipotesi di devolvere la decisione sulla rescissione del giudicato alla Corte di appello, vertendo su profili esclusivamente di merito⁶³.

I limiti di questo lavoro ci impongono di tralasciare l'analisi delle numerose problematiche che l'applicazione pratica dei rimedi restitutori ha evidenziato⁶⁴, e tuttavia, ciò che, in questa sede, ci preme sottolineare è che la riforma sembra aver voluto privilegiare la possibilità di procedere *in absentia* in tutti quei casi in cui vi è una prova dell'avvenuto contatto tra l'imputato e il procedimento, lasciando al sistema delle impugnazioni (o in precedenza ai meccanismi previsti dal comma 4 dell'art. 420-*bis* c.p.p. in caso egli compaia nel corso del giudizio di primo grado) la funzione di rimediare ai casi di comprovato difetto di quest'ultimo accertamento *a posteriori*. «Ciò apparentemente nella convinzione (o nella speranza) che l'incidenza statistica dei casi di regressione risulti meno "costosa" della previsione di meccanismi più penetranti di informazione "a monte" dell'imputato sulla data del processo ovvero di un più indiscriminato ricorso all'istituto della sospensione»⁶⁵.

Un'impostazione che lascia perplessi.

Dal momento, infatti, che, ai fini della valutazione della rinuncia alle garanzie del *fair trial*, i giudici di Strasburgo considerano rilevante la consapevolezza e la spontaneità della rinuncia, non è in linea con le indicazioni della Corte la possibilità di desumere tale volontà da un comportamento negligente⁶⁶. La mancata diligenza dell'imputato nel seguire le sorti del procedimento può anche essere rimproverabile, ma questo è altro rispetto all'intenzione di rinunciare al diritto di partecipare al processo. L'indicazione, tra l'altro, che la rinuncia debba essere non equivoca è data

⁶² In tal senso, in particolare, v. CARVELLI, *Rescissione del giudicato*, cit., 1043; DE CARO, *Processo in absentia*, cit., 24.

⁶³ La proposta di modifica è contenuta nel nuovo art. 629 *bis* c.p.p. del Disegno di legge, d'iniziativa governativa, n. 2798, presentato, il 23 dicembre 2014, che all'art. 629 *bis*, contenente "Modifiche al codice penale e al codice di procedura penale per il rafforzamento delle garanzie difensive e la durata ragionevole dei processi e per un maggiore contrasto del fenomeno corruttivo, oltre che all'ordinamento penitenziario per l'effettività rieducativa della pena", attualmente in discussione alla Camera dei Deputati.

⁶⁴ Per tutti v. BARGIS, *La rescissione del giudicato*, cit., *passim*.

⁶⁵ Così BRICCHETTI-PISTORELLI, *Processo sospeso se l'imputato è irrintracciabile*, in *Guida d.*, 2014, n. 21, 103.

⁶⁶ ALONZI, *Irreperibilità dell'imputato e sospensione del processo*, in *Libro dell'anno del Diritto 2014*, 8, in *www.treccani.it*. Sul punto, altresì, cfr. UBERTIS, *Come rendere giusto il processo senza imputato*, in *Legisl. pen.*, 2004, 610, che nel formulare alcune proposte *de iure condendo*, prima della riforma del 2005, anche sulla scorta delle specifiche sentenze di condanna dell'Italia a opera della Corte e.d.u., suggeriva di introdurre il dovere per il giudice di disporre la rinnovazione della *vocatio in iudicium* quando risulti che l'imputato non ne abbia avuto effettiva conoscenza pur quando la mancanza di essa sia dovuta a semplice colpa.

anche dalla Decisione quadro 2009/299⁶⁷. La disposizione, tra l'altro, così come già sottolineato dalla dottrina con riguardo alla disciplina previgente, si pone, altresì, in contrasto con la Risoluzione R (75)11, del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa che ammette il giudizio contumaciale solo in ipotesi di sottrazione volontaria dell'imputato alla giustizia⁶⁸.

Ma soprattutto a suscitare le maggiori riserve è stato l'aver nuovamente posto a carico dell'imputato l'onere di dimostrare che questa mancata conoscenza sia incolpevole⁶⁹. È noto come si tratti di una prova difficile da offrire. Senza trascurare che più pesante è l'onere addossato all'imputato, più la presunzione relativa si trasfigura assumendo carattere di assolutezza. Un'operazione che si pone in contrasto con le indicazioni offerte dalla Corte costituzionale a proposito della presenza di presunzioni assolute che incidano sulla tutela di libertà fondamentali. Esse – si è detto – violano il principio di uguaglianza, se sono arbitrarie e irrazionali, cioè se non rispondono a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell'*id quod plerumque accidit*. In particolare, l'irragionevolezza della presunzione assoluta «si coglie tutte le volte in cui sia agevole formulare ipotesi di accadimenti contrari alla generalizzazione posta alla base della presunzione stessa»⁷⁰. Ed è quanto abbiamo cercato di evidenziare.

La disciplina dei rimedi restitutori per il modo in cui è stata modellata rappresenta forse l'aspetto più criticabile della riforma ed espone nuovamente l'Italia al rischio di future condanne. Eppure l'importanza che la Corte europea attribuisce al diritto dell'imputato a ottenere un nuovo processo e all'effettività dei rimedi restitutori è sempre stata chiara al legislatore italiano⁷¹. Secondo i giudici di Strasburgo non spetta all'imputato dimostrare di essersi sottratto volontariamente alla giustizia o essere legittimamente impedito a partecipare al processo, essendo compito delle autorità interne procedere agli accertamenti necessari⁷². Segnatamente, compete agli organi

⁶⁷ Cfr. considerando n. 1, in cui è ribadito che, a determinate condizioni, l'imputato può, di sua spontanea volontà, esplicitamente o tacitamente, rinunciare al diritto di comparire personalmente al processo; purché, appunto, la rinuncia sia inequivoca.

⁶⁸ In tal senso, per tutti, v. MOSCARINI, *La contumacia dell'imputato*, cit., 440.

⁶⁹ Al riguardo, ad esempio, v. BARGIS, *La rescissione del giudicato*, cit., 8; GARUTI, *Ius superveniens e "nuovo" processo in assenza*, in *Giur. it.*, 2014, 1509; QUATTROCOLO, *Il contumace cede la scena processuale all'assente*, cit., 102; nonché DELLA TORRE, [Le Sezioni Unite sulla rescissione del giudicato: nonostante i primi chiarimenti l'istituto rimane problematico](#), in *questa Rivista*, 5 dicembre 2014, 11. Diversamente v. CHIMICHI, *Art. 625-ter*, cit., 332 ss.; CONTI, *Il processo in absentia*, cit., pp. 1-2, secondo cui rispetto alla situazione regolata dall'art. 175 c.p.p. e su cui erano intervenute precise censure da parte della Corte EDU, nel nuovo assetto normativo la dichiarazione di assenza presuppone controlli non solo meramente formali ma anche necessariamente sostanziali sugli elementi di fatto dai quali desumere la conoscenza del procedimento da parte dell'imputato. Attivando il giudizio di rescissione, il condannato agisce dunque "in via di eccezione", ed è ragionevole, oltre che conforme a principi, che su di lui incomba un onere di allegazione delle ragioni poste a confutazione della verifica operata in sede di cognizione».

⁷⁰ Così TONINI-CONTI, *Il tramonto della contumacia*, cit., 518.

⁷¹ «Paradossalmente, la volontà di eliminare le possibili frizioni "convenzionali" della disciplina della contumacia ha ricreato nell'assenza pericolosi profili di attrito con i principi affermati dalla Corte di Strasburgo» (TONINI-CONTI, *Il tramonto della contumacia*, cit., 518).

⁷² Al riguardo, *ex plurimis*, v. BRICCHETTI-PISTORELLI, *Ipotesi tipizzate per la celebrazione del rito*, cit., 95.

dello Stato, quando sorga una controversia non destituita di serio fondamento, l'onere di dimostrare, «al di là di ogni ragionevole dubbio» l'abbandono del diritto di intervenire all'udienza da parte dell'imputato che abbia avuto la possibilità di apprendere il contenuto dell'accusa⁷³.

La difficoltà di ottenere, con sufficiente grado di certezza, la possibile riapertura del processo è in contrasto con l'art. 6 della Cedu. Ed è noto come proprio tale difficoltà fu giudicata dai giudici europei una causa di disfunzione del nostro ordinamento, ossia una situazione di carattere strutturale coinvolgente un gran numero di persone, che necessitava l'adozione di misure di generali. La riforma del 2005 nacque dall'esigenza di adeguare il rito contumaciale agli obblighi convenzionali⁷⁴, in particolare, laddove nel modificare la disciplina sulla restituzione in termini fu eliminato il riferimento alla necessità da parte dell'imputato di provare di non aver avuto effettiva conoscenza del procedimento senza sua colpa. Una prova definita spesso diabolica⁷⁵, rendendo l'accesso al rimedio processuale un "impervio traguardo", e che, invece, per effetto della novella ha finito per configurarsi come un autentico diritto dell'interessato⁷⁶.

Si è trattato di una riforma incisiva che sebbene, a detta di molti, non poteva ancora considerarsi un punto di arrivo⁷⁷, aveva indubbiamente determinato un sensibile rafforzamento delle garanzie difensive in ossequio ai principi ricavati in ambito sovranazionale⁷⁸.

⁷³ Corte e.d.u., 18 maggio 2004, Somogyi c. Italia, cit., § 73.

⁷⁴ La spinta ad intervenire, ricorrendo alla decretazione d'urgenza, nasce dalle numerose condanne inflitte dai giudici di Strasburgo, in particolare, nei casi Somogyi e Sejdovic. In quest'ultimo caso, specialmente, la Corte giunse a rilevare l'esistenza di un difetto strutturale del nostro sistema invitando espressamente il legislatore ad adottare delle riforme. Anche la *Grande Chambre* confermò l'esistenza di un difetto strutturale del sistema, pur prendendo atto che nel frattempo il legislatore era intervenuto modificando parte della disciplina (Corte e.d.u., Grande camera, 1° marzo 2006, Sejdovic c. Italia, cit).

⁷⁵ L'onere di dimostrare l'ignoranza incolpevole, in questo caso, della celebrazione del processo, implica la necessità di una *probatio diabolica*, in quanto concerne un atteggiamento psichico negativo (In tal senso, fra gli altri, v. PAPAGNO, *Contumacia e processo equo*, Milano, 2010, 79; RIZZA, *Il caso Melloni, la Corte di giustizia risponde con il primato dell'Unione alle pretestuose preoccupazioni dei giudici nazionali. Riconoscimento delle decisioni giudiziarie rese a seguito di procedimenti in absentia*, in *I quaderni europei*, 2013, giugno, 18).

⁷⁶ NEGRI, *Commento all'art. 1 d.l. 18 febbraio 2005, n. 17, conv. in l. 22 aprile 2005, n. 60*, in *Legisl. pen.*, 2005, 265. Diritto che, per com'è stata configurata la fattispecie normativa, assomiglia molto a una potestà.

⁷⁷ A suscitare perplessità era soprattutto la disciplina della rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale in appello per i casi in cui il contumace avesse ottenuto la restituzione nel termine per proporre impugnazione avverso la sentenza di condanna, atteso che essa risultava ancora condizionata dalla prova della mancanza di colpa da parte dell'imputato. Una discrasia evidente, visto che restituzione nel termine e rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale finivano per essere regolate da presupposti e da regole di giudizio differenti, con conseguente rischio di vanificare la tutela assicurata a chi fosse stato condannato in contumacia, nonché privare di efficacia la riforma agli occhi del Consiglio d'Europa. Una vera asimmetria capace di depotenziare significativamente la portata della novella, mortificata dalla perdurante necessità che l'imputato dimostrasse, ai fini del compimento dell'attività probatoria, l'assenza di propria colpa nella mancata conoscenza del provvedimento di *vocatio in ius* o nella impossibilità di partecipare all'udienza (In questi termini v. NEGRI, *Commento all'art. 1, cit.*, 278; analogamente v. QUATTROCOLO, *Il contumace cede la scena processuale all'assente*, cit., 102).

⁷⁸ Secondo CHIAVARIO, *Una riforma inevitabile: ma basterà?*, in *Legisl. pen.*, 2005, 258, tale sistema presenta il rischio di non riuscire a stroncare le manovre dei falsi irreperibili e necessiterebbe di qualche contrappeso

Lascia sorpresi, dunque, che si sia riprodotto uno degli elementi di maggiore debolezza del sistema contumaciale⁷⁹. Si tratta di una scelta incomprensibile che – si è già detto – rischia di vanificare gli effetti della riforma ed espone il nostro ordinamento a future condanne da parte dei giudici europei, non potendosi, peraltro, escludere una possibile censura anche da parte della Corte di giustizia per il mancato adempimento degli obblighi derivanti dalla Decisione quadro 2009/299.

8. La sospensione del rito per gli imputati irreperibili.

La sospensione del processo per gli imputati irreperibili costituisce, invece, una delle innovazioni che più meritano apprezzamento. Sulla possibilità di processare chi è verosimile non abbia mai avuto conoscenza del processo, il coro di voci è sempre stato unanime: si tratta di una violazione dei principi fondamentali di un giusto processo. Sotto questo profilo, la contumacia dell'imputato irreperibile costituiva «manifestazione di arrogante ritrosia»⁸⁰.

Non vi è dubbio che se il contraddittorio può definirsi imperfetto nei casi in cui l'imputato non partecipa al processo, deve considerarsi del tutto inesistente se questi non ha neppure avuto conoscenza dell'accusa, benché egli secondo l'art. 111 comma 3 Cost. avrebbe dovuto esserne informato «nel più breve tempo possibile»⁸¹.

Il contraddittorio, tra l'altro, nel nostro sistema – si è già ricordato – non ha solo una funzione di garanzia, ma ha anche una funzione epistemica, poiché è il metodo considerato più attendibile nell'accertamento della verità.

La celebrazione di un processo senza che l'imputato abbia avuto conoscenza dell'accusa e abbia, così, potuto esercitare il suo diritto ad essere presente, costituisce, a *flagrant denial of justice*⁸², che si pone in sicuro contrasto con l'art. 6 della Convenzione europea⁸³. Ecco perché se manca la prova dell'esistenza di una notificazione formale degli addebiti e della data dell'udienza «non occorre spingersi ad interpretare il comportamento tenuto dall'interessato, sulle cui ragioni non sarebbe opportuno speculare»⁸⁴.

La disciplina previgente, tra l'altro, disattendeva anche quanto previsto dalla Risoluzione (75) 11 del Consiglio d'Europa che impone di assicurare l'osservanza della

per bilanciare le maggiori, necessarie, garanzie, rendendo meno appetibili le manovre che delle garanzie si servano per impedire l'accertamento dei reati.

⁷⁹ Cfr. CAVALLARI, sub art. 175, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da Chiavario, vol. II, Torino, 1990, 267.

⁸⁰ Così CAPRIOLI, "Giusto processo" e rito degli irreperibili, cit., 586.

⁸¹ In questi termini, relativamente al rito contumaciale, v. LATTANZI, *Spunti critici sulla disciplina del processo contumaciale*, in *Legisl. pen.*, 2004, 598.

⁸² "Flagrant denial of justice" means "manifestly contrary to the provisions of Article 6 or the principles embodied therein" (Al riguardo, ad esempio, v. Corte e.d.u. 24 marzo 2005, Stoichkov c. Bulgaria, n. 9808/02, § 54-56).

⁸³ Corte e.d.u., 12 febbraio 1985, Colozza c. Italia, cit.

⁸⁴ TAMIETTI, *Processo contumaciale e convenzione europea dei Diritti dell'Uomo: la Corte di Strasburgo sollecita l'Italia ad adottare riforme legislative*, in *Cass. pen.*, 2005, 992.

regola per cui nessuno può essere sottoposto a giudizio se non è stato in precedenza raggiunto effettivamente da una citazione⁸⁵. Da ultimo, essa contravveniva agli obblighi derivanti dalla Decisione quadro 2009/299, secondo cui l'imputato occorre sia citato personalmente oppure sia di fatto informato ufficialmente con altri mezzi della data e del luogo stabiliti per lo svolgimento dell'udienza, in modo tale che sia accertato inequivocabilmente che egli era al corrente del processo fissato⁸⁶.

La questione di legittimità costituzionale delle disposizioni sulle notificazioni all'imputato irreperibile e sull'efficacia del decreto di irreperibilità, in verità, prima della riforma dell'art. 111 Cost., era stata portata all'attenzione della Corte costituzionale, che, tuttavia, la respinse. I giudici, però, non negarono l'esistenza di un contrasto della disciplina censurata con i principi ricavabili dagli articoli 3, 10 e 24, Cost., ma riconobbero che l'eliminazione del complesso sistema del rito degli irreperibili – che sarebbe conseguito ad una pronuncia di accoglimento – non costituiva una scelta obbligata. La soluzione radicale prospettata dal remittente volta a sostituire al sistema prescelto dal legislatore un sistema diverso nel quale il principio della conoscenza del processo si potesse realizzare, per intero e senza alcuna eccezione, preventivamente in modo che non vi fosse necessità di introdurre strumenti riparatori, rappresentava, infatti, solo una delle soluzioni possibili. Un intervento additivo della Corte, conseguentemente, avrebbe finito per oltrepassare «i confini di una accezione, anche la più espansiva, del ruolo della giustizia costituzionale, alla quale compete bensì imporre l'osservanza dei principi costituzionali, ma rispettando, ove possibile, le scelte di sistema del legislatore anche quando il merito legislativo del quale tali scelte sono intessute possa apparire opinabile»⁸⁷.

A distanza di anni, di fronte ad una perdurante inerzia, alle sollecitazioni del Consiglio d'Europa, agli impegni assunti in ambito comunitario e, specialmente, al mutamento del quadro costituzionale, c'è da credere che difficilmente la Corte costituzionale sarebbe potuta ancora rimanere inerte.

Di qui il plauso verso la recente riforma che ha così realizzato un intervento atteso da decenni. La scelta, in questo caso, è stata di valorizzare il principio per cui l'imputato deve avere una conoscenza effettiva dell'accusa, sicché quando l'imputato è assente e non abbia né espressamente né tacitamente rinunciato a partecipare al processo, la notificazione è rituale e, ancora, non sussiste un legittimo impedimento a comparire, il giudice rinvia l'udienza e dispone che l'avviso sia notificato all'imputato personalmente ad opera della polizia giudiziaria. Ove, nonostante le ricerche della polizia, la notificazione non risulti possibile, e sempre che non ricorrano i presupposti per una sentenza immediata di proscioglimento ai sensi dell'art. 129 c.p.p., il giudice dispone con ordinanza la sospensione del processo nei confronti dell'imputato assente. Se si tratta di un processo cumulativo, salvo che la riunione sia assolutamente necessaria per l'accertamento dei fatti, il giudice dispone la separazione della posizione

⁸⁵ COMMITTEE OF MINISTERS – COUNCIL OF EUROPE, *Resolution (75) 11, on the criteria governing proceedings held in the absence of the accused*, 21 maggio 1975, in *www.coe.int*.

⁸⁶ Decisione quadro 2009/299/GAI, cit., considerando n. 7.

⁸⁷ Così Corte cost., 10-12 dicembre 1998, n. 399.

processuale dell'imputato assente. Inoltre, l'eventuale azione civile può essere trasferita dinanzi al giudice naturale, senza che operi l'effetto sospensivo previsto dall'art. 75 comma 3 c.p.p. In altri termini, il legislatore ha accolto le sollecitazioni di parte della dottrina che, per i casi di irreperibilità, suggeriva di introdurre una disciplina analoga a quella prevista dall'art. 71 c.p.p., allorché l'imputato non possa coscientemente prendere parte al processo.

Una particolare attenzione è stata dedicata all'esigenza di predisporre dei meccanismi di conservazione "a futura memoria" delle prove non rinviabili, non essendo concepibile un sistema che per assicurare la pur legittima tutela delle garanzie dell'imputato, finisca per rinunciare all'accertamento dei fatti, permettendo la dispersione di prove che non sarebbe più possibile acquisire nel dibattimento⁸⁸. Una soluzione, dunque, che tiene conto dei diversi interessi in gioco, sicché durante la sospensione del processo, le prove non rinviabili sono acquisite dal giudice, su richiesta di parte, con le forme del dibattimento.

Il processo rimane sospeso un anno, alla scadenza del quale – o anche prima qualora ne ravvisi l'esigenza – il giudice dispone nuove ricerche per la notifica dell'avviso di fissazione dell'udienza preliminare. Analogamente provvede a ogni successiva scadenza annuale, qualora il procedimento non abbia ripreso il suo corso.

È curioso osservare come il fatto che le notificazioni "nelle mani" dell'imputato e le nuove ricerche per la notifica dell'avviso siano affidate alla polizia giudiziaria, rappresenti un sostanziale cambiamento di tendenza. In materia di notificazioni, invero, nel corso di questi ultimi anni si era assistito ad una progressiva riduzione dei compiti della polizia, essendo prevalsa l'idea che essa non dovesse essere distolta dalle proprie funzioni istituzionali connesse al controllo del territorio nella prevenzione e repressione dei reati. Quali, quindi, le ragioni di questo "ritorno al passato"? Di certo, non si è realizzato nessun ampliamento degli organici tale da permettere di fare affidamento su una conseguente liberazione di risorse da dedicare a queste funzioni. Al contrario, è noto come le Forze dell'ordine soffrano per il carico di lavoro loro attribuito, per cui è facile immaginare che queste ulteriori incombenze non faranno che accrescere le loro difficoltà. La polizia, nondimeno, riesce a soddisfare meglio le esigenze di speditezza processuale in virtù della capillare distribuzione sul territorio e, dunque, alla possibilità di acquisire con tempestività le notizie utili a rintracciare il destinatario⁸⁹. L'aver previsto che le ricerche degli irreperibili siano condotte in modo efficace, anche attraverso azioni ripetute nel tempo, è funzionale a evitare facili elusioni della pretesa punitiva statale e, in definitiva, a coniugare la nuova disciplina con l'art. 112 Cost.⁹⁰ e il canone della ragionevole durata del processo.

⁸⁸ BISCARDI, *Eclissi della contumacia*, cit., 122, evidenzia che il catalogo delle prove non rinviabili non è circoscritto ai casi di cui all'art. 392 c.p.p., trattandosi di un catalogo "aperto", assimilabile alle prove «urgenti» di cui all'art. 3 c.p.p., ed a quelle per le quali «vi è pericolo nel ritardo» dell'assunzione (art. 70, comma 2, c.p.p.).

⁸⁹ Al riguardo, ad esempio, cfr. GIAMBRUNO, *Le disposizioni in materia di notificazioni*, in AA.VV., *Il processo penale tra politiche della sicurezza e nuovi garantismi*, a cura di Di Chiara, Torino, 2003, 89.

⁹⁰ In tal senso cfr. BRICCHETTI-PISTORELLI, *Processo sospeso se l'imputato è irrintracciabile*, cit., 101.

Il giudice revoca l'ordinanza di sospensione del processo, nel caso in cui: le ricerche abbiano avuto esito positivo e quindi sia possibile effettuare la notificazione dell'atto; se l'imputato abbia nel frattempo nominato un difensore di fiducia, dando in tal modo prova della avvenuta conoscenza del procedimento; in ogni altro caso in cui vi sia la prova certa che l'imputato è a conoscenza del procedimento avviato nei suoi confronti; oppure, ove debba essere pronunciata una sentenza ai sensi dell'art. 129 c.p.p.

Con l'ordinanza di revoca della sospensione del processo, il giudice fissa la data per la nuova udienza, disponendo che l'avviso sia notificato all'imputato e al suo difensore, alle altre parti private e alla persona offesa, nonché comunicato al pubblico ministero. All'udienza l'imputato potrà chiedere il rito abbreviato o l'applicazione della pena.

Il tempo per svolgere "nuove" ricerche dell'irreperibile impone alle autorità giudiziarie una serie di adempimenti di carattere *lato sensu* amministrativo (anagrafici, fiscali, sanitari, professionali, di pubblica sicurezza), fonte di altrettanti obblighi per il soggetto di indicare il luogo di residenza, domicilio o dimora, luoghi perciò facilmente conoscibili dagli inquirenti dopo aver rintracciato e acquisito la relativa documentazione⁹¹. Sarà possibile ricorrere anche a strumenti tecnologicamente avanzati utili a individuare il luogo dove raggiungere l'interessato: si pensi, ad esempio, ai tabulati telefonici, alla localizzazione via GPS, all'analisi delle molteplici banche dati in cui transitano giornalmente dati personali.

Dalla lettura della norma sembra, pertanto, doversi concludere che si potrà revocare l'ordinanza di sospensione o quando l'imputato è stato "trovato" o quando, nonostante le ricerche abbiano dato un esito negativo, vi sia comunque la prova certa della conoscenza del processo da parte dell'interessato. A questo proposito, è emblematica l'ipotesi, prevista dall'art. 420-*bis* c.p.p., della nomina del difensore di fiducia; a questa potrebbero aggiungersi, solo in via esemplificativa: una prova testimoniale o documentale, un'intercettazione telefonica o ambientale – anche se relativa ad altro procedimento penale – la presentazione di una memoria, l'accesso al fascicolo delle indagini, la richiesta di informazioni *ex art.* 335 c.p.p.

Decorsi uno o più anni, ove le ricerche dell'imputato nel luogo di nascita, dell'ultima residenza anagrafica, dell'ultima dimora, oppure dove egli esercita abitualmente la sua attività lavorativa o presso l'amministrazione centrale, abbiano avuto esito positivo, si potrà procedere alla notificazione dell'avviso dell'udienza preliminare nelle forme previste dall'art. 157 c.p.p. per l'imputato libero o art. 158 c.p.p. per quello detenuto⁹².

⁹¹ Sul punto v. NEGRI, *Commento all'art. 1*, cit., 285, nota 110.

⁹² Sulle nuove ricerche la polizia giudiziaria è tenuta, a norma dell'art. 61 disp. att. c.p.p. a redigere relazione all'autorità richiedente, indicando i luoghi in cui le ricerche sono state svolte, gli ufficiali e gli agenti che le hanno eseguite, i nomi dei familiari dell'imputato reperiti e le notizie dagli stessi fornite circa il luogo in cui il loro congiunto si trova (BRICCHETTI-PISTORELLI, *Processo sospeso se l'imputato è irrintracciabile*, cit., 101).

La disciplina, a ben vedere, talvolta pecca di mancanza di chiarezza⁹³, un punto pare, però, fermo: l'art. 420-*quinqüies* c.p.p., a differenza dell'art. 420-*quater* c.p.p., non richiede che la notificazione sia effettuata necessariamente "nelle mani" dell'imputato. Ciò ancora una volta mette in luce tutte le perplessità sollevate con riguardo al sistema delle notificazioni per interposta persona, in cui si finisce con il dare rilievo ad elementi di carattere prevalentemente formale, peraltro, ponendo spesso a carico dell'interessato l'onere di provare la mancata conoscenza dell'atto ritualmente notificato.

Ecco perché, in mancanza di una contraria indicazione legislativa, è preferibile sostenere che nel caso in cui le ricerche dei luoghi abbiano dato esito positivo, se non è possibile notificare l'avviso di fissazione dell'udienza preliminare personalmente all'imputato, si potrà procedere in sua assenza solo alle seguenti condizioni: la notifica è rituale e, soprattutto, vi è agli atti la prova certa della conoscenza del procedimento da parte dell'interessato⁹⁴. Fermo restando che, ove tale prova non sia stata raggiunta, il giudice debba nuovamente verificare se sia possibile la notificazione personale dell'atto, e, in caso contrario, procedere a una nuova sospensione del processo.

9. Gli effetti della sospensione sulla prescrizione del reato.

Presenta profili di particolare criticità il rapporto tra la sospensione del processo e la prescrizione del reato.

Il legislatore, infatti, in questi casi, diversamente da quanto previsto per la sospensione del processo nei confronti dell'imputato incapace, ha disposto che la sospensione della prescrizione non possa protrarsi per un periodo superiore ai termini massimi previsti dall'art. 161, comma 2, c.p. Detta disposizione, fatti salvi i reati indicati dall'art. 51, commi 3-*bis* e 3-*quater*, c.p.p., fissa il tetto nel tempo necessario a prescrivere, aumentato di un quarto, della metà, nei casi di cui all'art. 99, comma 2, c.p. (recidivo aggravato), di due terzi nel caso di cui all'art. 99, comma 4, c.p. (recidivo reiterato) e del doppio nei casi di cui agli articoli 102 e 103 (delinquente abituale) e 105 (delinquente professionale) c.p.

Si tratta di una previsione che è stata definita⁹⁵ "oscura" in quanto ricollega all'istituto della sospensione della prescrizione un limite che invece è proprio di un altro istituto, strutturalmente diverso, quale quello della interruzione della prescrizione. D'altra parte, è la prima volta che nel codice penale sono stati introdotti termini massimi per la sospensione della prescrizione⁹⁶. Ma, soprattutto, tale disciplina produce effetti la cui portata, forse, non è stata attentamente valutata. Poiché, infatti, la sospensione del processo ha una durata potenzialmente indeterminata, potrà accadere che l'intervenuta prescrizione del reato, ai sensi dell'art. 420-*quinqüies* c.p.p., determini

⁹³ QUATTROCOLO, *Il contumace cede la scena processuale all'assente*, cit., 103.

⁹⁴ SILVESTRI, *Le nuove disposizioni in tema di processo "in assenza" dell'imputato*, cit., 54.

⁹⁵ SILVESTRI, *Le nuove disposizioni in tema di processo "in assenza" dell'imputato*, cit., 55.

⁹⁶ BRICCHETTI-PISTORELLI, *Processo sospeso se l'imputato è irrintracciabile*, cit., 100.

la revoca del provvedimento di sospensione per consentire al giudice di pronunciare sentenza immediata di proscioglimento *ex art. 129, comma 2, c.p.p.*

Soltanto per i procedimenti relativi ai reati indicati dall'art. 51, commi 3-*bis* e 3-*quater*, c.p.p., la sospensione della prescrizione non avrà termini massimi, come non li avrà ove si tratti di reati imprescrittibili (essenzialmente, nel caso di reati puniti con la pena dell'ergastolo). Ove si tratti, invece, di reati di minore o anche media gravità, appare evidente che l'irreperibilità dell'imputato renda altamente probabile il rischio che si giunga alla maturazione dei termini massimi prescrizionali⁹⁷, con ciò finendo con disattendere le istanze di tutela delle vittime e le finalità di difesa sociale che pur sono sottese al processo.

Certo, la riforma sembra avere tenuto conto del fatto che la sospensione del rito, nel caso degli irreperibili, nasca da un fatto oggettivo, in nulla attribuibile all'imputato, al quale, non potendo essere mosso alcun rilievo sotto il profilo della leale collaborazione, non può essere addossato un effetto indiretto negativo, quale quello di rimanere a tempo indeterminato sottoposto ad un processo penale⁹⁸. La sospensione, infatti, è disposta solo dopo che il giudice ha verificato che l'imputato non si è sottratto in maniera strumentale al processo. Si potrebbe, quindi, sostenere che proprio l'assenza di responsabilità dell'imputato, giustifichi, in astratto, che il termine di prescrizione non rimanga sospeso a tempo indeterminato; così, evitando il problema dei c.d. eterni giudicabili, sulla cui condizione la Corte costituzionale ha già più volte espresso le proprie perplessità⁹⁹.

Ciò nondimeno, «non si può escludere che la previsione di una sospensione del processo, quanto alla sua durata, "sganciata" da una corrispondente sospensione della prescrizione del reato, possa prestarsi ad un uso indebito e strumentale delle nuove norme da parte di chi, pur sapendo della esistenza del procedimento penale nei suoi confronti, si adoperi per evitare che ciò emerga, sperando di "lucrare" sul versante della sospensione della prescrizione, per "sottrarsi", quindi, al processo»¹⁰⁰.

La normativa, anche in questo caso, ha recepito soltanto in parte le osservazioni di quella parte della dottrina che, favorevole all'introduzione di un'ipotesi di sospensione del rito nel caso di irreperibilità dell'imputato, sottolineava l'importanza di evitare che il ritardo potesse favorire l'imputato¹⁰¹.

⁹⁷ DE CARO, *Processo in absentia e sospensione*, cit., 24.

⁹⁸ SILVESTRI, *Le nuove disposizioni in tema di processo "in assenza" dell'imputato*, cit., 55.

⁹⁹ Al riguardo cfr. Corte cost., 16 gennaio 2013, n. 23, e Corte cost., 5 ottobre 2011, n. 289.

¹⁰⁰ Così SILVESTRI, *Le nuove disposizioni in tema di processo "in assenza" dell'imputato*, cit., 55. Secondo le osservazioni "a prima lettura" di QUATTROCOLO, *Il contumace cede la scena processuale all'assente*, cit., 104. «quantomeno sul piano delle conseguenze concrete, i due esiti, pur opposti, potrebbero non distaccarsi significativamente, rischiando, la sentenza di condanna pronunciata nei confronti dell'imputato irreperibile di non essere mai eseguita, nemmeno per quanto attiene alle statuizioni civilistiche, che in caso di sospensione potranno comunque essere perseguite attraverso il separato esercizio dell'azione risarcitoria in sede propria».

¹⁰¹ LATTANZI, *Spunti critici sulla disciplina del processo contumaciale*, cit., 600.

Sarà, quindi, possibile limitare il rischio che vengano messi in atto comportamenti strumentali solo se le ricerche dell'imputato, per la notifica dell'avviso, saranno davvero approfondite ed efficaci.

Se questo, però, a causa di un eventuale eccessivo carico di lavoro sulle forze dell'ordine – alla prova dei fatti – non dovesse accadere, l'effetto che si potrebbe produrre è di rendere i giudici prudenti e restii ad adottare posizioni più garantiste. In particolare, anche in situazioni non del tutto certe circa le ragioni dell'assenza dell'imputato, ciò alimenterà la tendenza a fare affidamento sulla presenza di elementi presuntivi riguardo alla conoscenza dell'esistenza del procedimento, salvo poi lasciar gravare sull'imputato l'onere di chiedere e ottenere la revoca dell'ordinanza che ha dichiarato l'assenza o una nuova celebrazione del processo. In sostanza, c'è il rischio di creare un circolo vizioso negativo che porterà la prassi a svuotare di efficacia la riforma, facendo prevalere tutti gli aspetti di maggiore perplessità che l'analisi della disciplina ha evidenziato.

Ma ciò che più ci sembra importante sottolineare è che l'idea che la maggioranza dei procedimenti in cui gli imputati sono irreperibili abbia come esito quasi certo l'estinzione del reato, lascia l'impressione che si sia comunque mancato un obiettivo importante, non potendo considerarsi credibile un sistema incapace di generare alcuna forza dissuasiva idonea ad assicurare la prevenzione efficace di atti illeciti di una certa gravità. Tale incapacità è stata già censurata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo che sulla base di queste argomentazioni ha condannato l'Italia ritenendo che l'esito del procedimento a seguito della intervenuta prescrizione del reato, non abbia offerto una adeguata riparazione della offesa arrecata al valore sancito dall'art. 2 della Convenzione¹⁰². In attesa di una riforma organica della disciplina della prescrizione, vi è, dunque, l'auspicio che vengano introdotti rimedi utili a superare tali perplessità.

10. C'è ancora spazio per alcune proposte *de iure condendo*.

Ferma restando l'impostazione di base voluta dal legislatore relativamente al processo *in absentia*, che non vale la pena mettere in discussione, riteniamo, tuttavia, sia d'interesse rivolgere uno sguardo ad alcune proposte suggerite nel passato che, se recepite, potrebbero forse contribuire a rendere la disciplina nel complesso più rispondente agli obiettivi prefissati e potrebbero scongiurare il paradosso di trasformare la prima profonda riforma del procedimento *in absentia* in una nuova fonte di contenzioso europeo¹⁰³.

In effetti, se si vuole realmente trovare un bilanciamento tra il diritto dell'imputato di partecipare al processo o rinunciarvi e il perseguimento dei fatti costituenti reato, sarebbe opportuno intervenire sulla disciplina delle notificazioni,

¹⁰² Cfr., ad esempio, Corte e.d.u., 29 marzo 2011, Alikaj c. Italia, n. 47357/08, § 108.

¹⁰³ Segnala questo paradosso QUATTROCOLO, *Il contumace cede la scena processuale all'assente*, cit., 106.

eliminando tutte le ipotesi di notificazione ad interposta persona e prevedendo che la notificazione del primo atto del processo sia eseguita personalmente all'interessato¹⁰⁴.

È questa la soluzione, ad esempio, indicata dalla Commissione Riccio¹⁰⁵ che, nell'elaborare una proposta di riforma del codice di procedura penale, aveva previsto una disciplina sul processo in assenza simile a quella introdotto dalla l. n. 67 del 2014, salvo stabilire che la notificazione della citazione contenente la contestazione dell'accusa dovesse essere sempre consegnata nelle mani dell'imputato (direttiva 24.2). Lo scopo perseguito è avere la certezza che l'imputato sia stato posto a conoscenza del procedimento e della natura dell'accusa, così da poter presumere che la mancata comparizione in giudizio sia espressione di una scelta consapevole. A tal fine, è stata eliminata la possibilità di effettuare la notificazione della citazione a persone diverse dall'imputato, anche se conviventi; come pure, a maggior ragione, non è stato considerato sufficiente il semplice avviso di deposito con lettera raccomandata, che assicura la mera conoscenza legale dell'atto. Soltanto il rifiuto di ricevere l'atto è stato giudicato equivalente alla conoscenza effettiva (direttiva 71.1). Per evitare, poi, che risultasse troppo facile sottrarsi alla notificazione, e così paralizzare lo svolgimento del dibattimento, sono stati riconosciuti alla polizia giudiziaria specifici poteri d'intervento.

Più precisamente, per la notificazione del primo atto del processo era previsto quanto segue: quando la notificazione della citazione non può essere consegnata direttamente all'interessato, è lasciato un avviso contenente l'invito a presentarsi per il ritiro. In caso di mancato ritiro dell'atto entro un termine stabilito, è emesso un ordine di notificazione coattiva, per la cui esecuzione la polizia ha il potere – al solo fine della notifica – di accedere forzatamente in locali di privata dimora, ove abbia motivo di ritenere che lì si trovi la persona. La polizia può, altresì, disporre l'accompagnamento dell'imputato nei propri uffici per il tempo strettamente necessario alla consegna dell'atto. All'atto della notifica, l'imputato deve dichiarare o eleggere domicilio, previo avvertimento che, in mancanza, le successive notificazioni saranno eseguite presso il difensore, con gli stessi effetti della notificazione eseguita personalmente¹⁰⁶.

Il sistema nel consentire il ricorso a modalità di esecuzione della notificazione particolarmente "invasive", in effetti, può suscitare qualche perplessità¹⁰⁷. Tant'è che durante i lavori preparatori anche alcuni Commissari considerarono sproporzionato

¹⁰⁴ In tal senso v. FILIPPI, *Rito contumaciale: quale «equo processo»?», cit., 2205.*

¹⁰⁵ Cfr. Bozza di delega legislativa al Governo della Repubblica per l'emanazione del nuovo codice di procedura penale, elaborata dalla Commissione ministeriale presieduta dal prof. Riccio, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 487. Per un'analisi del c.d. progetto Riccio relativamente al processo in assenza, ad esempio, v. DE CARO, *Processo in absentia e sospensione*, cit., 11 ss.

¹⁰⁶ La direttiva n. 24.8 stabiliva che specifiche regole per la notificazione della citazione fossero previste per l'imputato latitante e nei procedimenti relativi a delitti criminalità organizzata di tipo mafioso e per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico, anche all'imputato irreperibile.

¹⁰⁷ Giunta dell'Unione delle Camere penali, *Osservazioni sulla bozza di legge delega legislativa al governo della Repubblica per l'emanazione del nuovo codice di procedura penale*, 20 dicembre 2007, 20, in www.camerepenali.it.

l'accesso forzoso nel domicilio privato solo per eseguire una notificazione "a mano"¹⁰⁸. E tuttavia se si vuole avere la certezza che l'imputato abbia l'effettiva conoscenza dell'esistenza del procedimento e delle accuse a suo carico, mantenendo l'idea che il risvolto negativo del diritto di autodifesa è costituito dalla libertà di non farne uso, pragmaticamente, questa ci sembra la soluzione da preferire e da implementare.

Del resto, la disciplina può essere congegnata in modo che si possa ricorrere alla forza quando è impossibile procedere altrimenti. L'accesso ai luoghi sarebbe destinato solo alla notifica, e non potrebbe essere strumentalizzato per altri fini. Infine, andrebbero adottate tutte le cautele necessarie a tutelare i diritti della persona¹⁰⁹.

L'alternativa, rappresentata dall'introduzione di meccanismi volti ad ottenere la presenza, anche coattiva, dell'imputato all'udienza, convince meno¹¹⁰. Al di là, infatti, delle perplessità che suscita l'adesione ad una opzione culturale estranea alle nostre tradizioni giuridiche (perplessità che gli spazi di questo lavoro non ci consentono di approfondire), non vi è dubbio che la possibilità, prevista in questi casi, di applicare una misura coercitiva finirebbe con incidere in modo ancor più grave sulla libertà personale dell'imputato¹¹¹. L'obbligo d'intervento al processo, poi, lascerebbe priva di tutela una serie di motivazioni all'assenza, dietro le quali potrebbero celarsi – ad esempio – remore psicologiche, timori per la reputazione, calcoli sui costi dal lato lavorativo¹¹². Senza trascurare i pericolosi rapporti che potrebbero instaurarsi tra l'obbligo di presentarsi al processo e il diritto al silenzio¹¹³.

Per quanto, invece, concerne il rito nei confronti degli irreperibili, quando si tratta di cittadini stranieri presenti occasionalmente sul territorio italiano e successivamente trasferiti all'estero in un luogo imprecisato, è difficile pensare che le ricerche disposte dal giudice possano produrre dei risultati.

Ecco perché quando si tratta di reati di non particolare gravità, anziché dedicare tempo e risorse a rintracciare l'imputato, ci sembra meritino interesse le considerazioni di quella parte della dottrina¹¹⁴ secondo cui occorrono scelte più coraggiose e trasparenti che mettano in discussione il principio di territorialità sancito nell'art. 6 c.p. Si potrebbe, in particolare, far diventare la presenza dello straniero sul territorio dello Stato una condizione di procedibilità anche per alcuni reati commessi in Italia: condizione in mancanza della quale il processo deve concludersi anticipatamente

¹⁰⁸ Commissione Riccio - per la riforma del codice di procedura penale (27 luglio 2006) - *Relazione*, § 13, in www.giustizia.it.

¹⁰⁹ In questi termini v. Commissione Riccio - per la riforma del codice di procedura penale (27 luglio 2006) - *Relazione*, § 13, cit.

¹¹⁰ Cfr. NEGRI, *Commento all'art. 1*, cit., 287 ss.; nonché ID., *L'imputato presente al processo*, cit., *passim*, al quale si rimanda per un'analisi di più ampio respiro sul tema.

¹¹¹ Commissione Riccio - per la riforma del codice di procedura penale (27 luglio 2006) - *Relazione*, § 13, cit.

¹¹² D. NEGRI, *Commento all'art. 1*, cit., 288.

¹¹³ «L'udienza dibattimentale diverrebbe un ambiente inevitabilmente ostile per esercitare la facoltà di non autoaccusarsi» (Così, ad esempio, v. MARZADURI, *Sulla necessità di una riforma del giudizio in contumacia*, in *Legisl. pen.*, 2004, 616; altresì v. MOSCARINI, *La contumacia dell'imputato*, cit., 526; NEGRI, *Commento all'art. 1*, cit., 289).

¹¹⁴ CAPRIOLI, *"Giusto processo" e rito degli irreperibili*, cit., 594.

(salvo, ovviamente, riproporre l'azione penale, a norma dell'art. 345 c.p.p., se lo straniero ritorna sul territorio dello Stato). Non quindi, una sospensione del procedimento in attesa di un improbabile (per non dire impossibile) ritrovamento dell'imputato, ma una chiara rinuncia a esercitare la pretesa punitiva per mancanza di una condizione di procedibilità¹¹⁵.

11. La disciplina transitoria, tra regole ed eccezioni.

Si è già detto che alcuni aspetti della legge in esame sono deludenti, di certo, è stata da subito oggetto di critiche e di difficoltà applicative la mancata previsione di una disciplina transitoria. Una carenza che il legislatore è intervenuto a colmare con la legge dell'11 agosto 2014, n. 118 con un tempismo un po' singolare, essendosi accorto della necessità di regolare l'applicazione della nuova disciplina ai processi pendenti solo dopo che la riforma era entrata in vigore.

Nel frattempo dottrina e giurisprudenza avevano tentato di trovare delle soluzioni per tale "deprecabile" mancanza¹¹⁶.

È noto, infatti, che ove in sede di riforma di una determinata materia ci si astenga da qualunque intervento diretto a regolare i profili temporali della successione di leggi, si lascia all'applicazione dei principi di diritto temporale l'eventuale risoluzione di dubbi interpretativi¹¹⁷. In ambito processuale, ai sensi dell'art. 11 preleggi, si osserva il principio del *tempus regit actum*, in base al quale la nuova legge è immediatamente applicabile e gli atti compiuti nel vigore della legge previgente restano validi, non avendo la nuova disciplina effetto retroattivo¹¹⁸.

Il principio apparentemente chiaro, nella sua applicazione concreta appare più oscuro. Se, infatti, non si pongono particolari problematiche quando l'atto ha una struttura monofasica, giacché gli effetti dell'atto si producono *uno actu e uno tempore*; diverso è il caso quando esso ha una struttura plurifasica, in quanto il compimento dell'atto o lo *spatium deliberandi* o ancora *i suoi effetti* si protraggono, estendendosi nel tempo: un tempo durante il quale la norma regolatrice muta¹¹⁹.

Non sempre, però, la struttura dell'atto è evidente. Paradigmatico è proprio il caso della dichiarazione di contumacia che segue all'accertamento della regolare costituzione delle parti. Se, da una parte, infatti, la verifica della regolare costituzione delle parti, che si conclude con la eventuale dichiarazione di contumacia dell'imputato,

¹¹⁵ In questi termini v. CAPRIOLI, *op. loc. cit.*

¹¹⁶ Così Cass., sez. II, 27 maggio 2014, n. 23882, Asan, in *C.e.d. Cass.*, n. 259634.

¹¹⁷ SILVESTRI, *Le nuove disposizioni in tema di processo "in assenza" dell'imputato*, cit., 60.

¹¹⁸ Al riguardo, per tutti, v. Cass., sez. un., 31 marzo 2011, n. 27919, p.m. in proc. Ambrogio, in *C.e.d. Cass.*, n. 250195; Cass., sez. un., 29 marzo 2007, n. 27614, p.c. in proc. Lista, in *C.e.d. Cass.*, n. 236537; Cass., sez. un., 27 marzo 2002, n. 16101, Degraft, in *C.e.d. Cass.*, n. 221278. Per un approfondimento dell'argomento, in dottrina, per tutti, v. MAZZA, *La norma processuale nel tempo*, Milano, 1999; più di recente, v. GALGANI, *Diritto probatorio e successioni di leggi nel tempo*, Torino, 2012.

¹¹⁹ Cass., sez. un., 31 marzo 2011, n. 27919, p.m. in proc. Ambrogio, cit; Cass., sez. un., 13 luglio 1998, n. 10086, Citaristi, in *C.e.d. Cass.*, n. 211192.

è un'attività che si compie e si esaurisce istantaneamente, è altrettanto vero che la situazione è, sì, perfezionata, ma non anche consolidata, nel senso che gli effetti dell'atto non si consumano in un singolo momento, bensì si producono nel corso dell'intero processo¹²⁰.

La materia, alla stessa stregua di quanto accade in tema di competenza, impugnazioni, prove o misure cautelari, è difficile da affrontare seguendo le tradizionali logiche di carattere tecnico-formale, visto il sovrapporsi di tematiche valoriali, assiologiche. In questi casi, quindi, piuttosto che cercare soluzioni di carattere generale, può essere preferibile considerare che «il superamento di alcuni problemi può essere favorito da una attenta disamina della complessiva disciplina legale della materia cui ci si interessa e dell'individuazione del concreto, reale ruolo che nuova materia è chiamata a svolgervi alla luce delle diverse possibili soluzioni dei problemi di diritto intertemporale»¹²¹.

Nel caso che qui ci occupa, tra l'altro, a queste difficoltà devono aggiungersene ulteriori, non essendo del tutto agevole individuare quale sia la legge più favorevole: se quella previgente o quella successiva. Sebbene non pare ci siano dubbi che sotto il profilo della tutela del diritto di difesa la nuova normativa assicuri una più ampia tutela all'imputato che risulti irreperibile, per l'assente non sempre ciò può affermarsi con altrettanta sicurezza. A fronte della maggiore facilità con cui la disciplina previgente riconosce all'imputato dichiarato contumace il diritto di ottenere la restituzione nel termine per impugnare, sempre in base alla stessa legge, si deve registrare l'impossibilità per il contumace di ottenere un nuovo giudizio di primo grado; un diritto, invece, garantito dalla novella del 2014 all'imputato assente che provi di non avere avuto effettiva conoscenza del processo, a condizione che dimostri che «l'assenza è stata dovuta ad una incolpevole mancata conoscenza della celebrazione del processo».

Ad ogni modo, è evidente che l'adesione all'una o all'altra tesi ha riflessi applicativi di assoluto rilievo, come nel caso dell'accesso al rimedio straordinario della rescissione del giudicato previsto dal nuovo art. 625-ter c.p.p. Una questione, la cui importanza è stata da subito riconosciuta dal primo Presidente della Corte di cassazione, che già all'indomani dell'entrata in vigore della novella, ha chiesto l'intervento delle Sezioni unite che sono giunte alla conclusione che il rimedio rescissorio possa applicarsi solo ai procedimenti nei quali è stata dichiarata l'assenza dell'imputato a norma dell'art. 420-bis c.p.p., come modificato dalla l. n. 67/2014¹²². Diversamente, l'art. 175, comma 2, c.p.p., nella parte in cui prevedeva il rimedio della restituzione in termini per proporre impugnazione avverso le sentenze contumaciali, nonostante sia stato parzialmente abrogato, continua ad applicarsi nei confronti degli

¹²⁰ SILVESTRI, *Le nuove disposizioni in tema di processo "in assenza" dell'imputato*, cit., 62 ss.

¹²¹ Così Cass., sez. un., 31 marzo 2011, n. 27919, p.m. in proc. Ambrogio, cit.

¹²² Cass., sez. un., 17 luglio 2014, n. 36848, Burba, in *C.e.d. Cass.*, n. 259992.

imputati che erano stati già dichiarati contumaci o assenti in virtù del pregresso regime normativo¹²³.

In verità, le Sezioni Unite hanno negato essersi in presenza di una questione di diritto intertemporale, di fatto, così superando le problematiche sulla natura della dichiarazione di contumacia. Il ragionamento dei giudici si è sviluppato alla luce di una stretta interpretazione di tipo letterale: poiché l'art. 625 *ter*, comma 1, c.p.p. prevede che la richiesta di rescissione del giudicato può essere presentata dal condannato «nei cui confronti si sia proceduto in assenza» per tutta la durata del processo, la disposizione non può riguardare un «contumace».

Più precisamente si è osservato che per i processi definiti, anche solo nei gradi di merito, antecedentemente all'entrata in vigore della l. n. 67/2014, in mancanza di espresse previsioni normative, debba escludersi possa profilarsi alcuna questione di diritto intertemporale, «essendo evidente che essi, svoltisi secondo il regime contumaciale o secondo quello dell'assenza, come anteriormente disciplinati, non potrebbero risentire dello *ius superveniens*, che si riferisce esplicitamente a un imputato assente nei termini definiti dalla nuova disciplina»¹²⁴.

Del resto, la Suprema corte, in altra occasione, pur non negando che la questione avesse natura di diritto intertemporale, aveva ritenuto che l'applicazione retroattiva della riforma sarebbe stata irragionevole. Con quest'argomentazione: se si considera l'intima correlazione che lega fra loro l'intera gamma delle previsioni che scandiscono la nuova «dinamica» e i relativi presupposti, non può che concludersi nel senso che tra la «vecchia» disciplina del procedimento in contumacia e gli istituti ad essa coesi – tra cui la notifica dell'estratto contumaciale e la restituzione nel termine per proporre impugnazione – non si possano ammettere «contaminazioni» parziali ad opera delle nuove previsioni, pena, altrimenti, l'innesto di un *tertium genus* processuale, privo di qualsiasi coerenza, giustificazione sistematica e base normativa¹²⁵.

Più delicata rimaneva la questione per i processi di primo grado, riguardo ai quali, visti i valori in gioco, era apparsa una soluzione equilibrata applicare le nuove norme anche ai processi in corso il 17 maggio 2014, data di entrata in vigore della legge. Il giudice avrebbe dovuto, pertanto, verificare, in caso di dichiarazione di contumacia, la sussistenza delle condizioni per procedere *in absentia* e, in caso negativo, avviare il sub-procedimento diretto alla dichiarazione di sospensione del processo¹²⁶.

Sennonché, come anticipato, la legge dell'11 agosto 2014, n. 118, ha dettato le norme transitorie, la cui peculiarità è di trovare applicazione sin dal 17 maggio 2014,

¹²³ Cass., sez. un., 17 luglio 2014, n. 36848, Burba, cit., «Corrisponde del resto alla comune riflessione giuridica l'assunto per cui, dovendosi distinguere la sfera di vigenza delle disposizioni dalla sfera di efficacia (vale a dire di applicabilità), delle norme, il fenomeno abrogativo, in mancanza di espresse previsioni in senso diverso – ascrivibili alla ipotesi della c.d. abrogazione «retroattiva» – non importa la cessazione dell'efficacia delle norme abrogate ma soltanto la loro incapacità di regolare situazioni nuove»; analogamente v. Cass., sez. II, 27 maggio 2014, n. 23882, Asan, cit.

¹²⁴ Così Cass., sez. un., 17 luglio 2014, n. 36848, Burba, cit.

¹²⁵ Cass., sez. II, 27 maggio 2014, n. 23882, Asan, cit.

¹²⁶ BRICCHETTI-PISTORELLI, *Giudizi pendenti pieni di insidie interpretative*, in *Guida d.*, 2014, n. 21, 106

data in cui è entrata in vigore la legge n. 67 del 2014. Si è così evitata l'inevitabile confusione che sarebbe derivata dall'applicazione di una disciplina intertemporale per l'operatività della norma transitoria.

Secondo quanto previsto dall'art. 15 *bis*, l. n. 118/2014, nei procedimenti in corso il 17 maggio 2014 si applicherà la nuova disciplina del processo in *absentia*, a condizione, però, che non sia stato ancora pronunciato il dispositivo della sentenza di primo grado. Il giudice, quindi, in questi casi, anche se è già stata dichiarata la contumacia, dovrà verificare se sussistano i presupposti per procedere *in absentia* o se occorra sospendere il processo.

Nei processi che a quella data hanno già superato il primo grado di giudizio, in deroga a quanto sopra stabilito, continuano ad applicarsi le disposizioni sulla contumacia vigenti anteriormente alla riforma. Con un'eccezione: se oltre alla dichiarazione di contumacia è stato emesso il decreto di irreperibilità, il giudice di appello è tenuto a verificare la concreta situazione dell'imputato alla luce della nuova normativa¹²⁷. Non sembra, invece, che tale norma possa essere applicata in cassazione, dato che essa presuppone verifiche in fatto delle quali non può pretendersi si faccia carico la Suprema corte¹²⁸.

Inoltre, stante la natura speciale della norma transitoria (non suscettibile, dunque, di interpretazioni estensive o analogiche) – deve escludersi che tale eccezione possa applicarsi a casi diversi dall'emissione del decreto di irreperibilità¹²⁹. Situazioni, in verità, in cui è altrettanto elevato il rischio che il soggetto non abbia alcuna conoscenza del procedimento in corso: come nel caso della notificazione mediante consegna al difensore d'ufficio dell'imputato latitante o dell'imputato cittadino extracomunitario che abbia dichiarato un domicilio insufficiente *ex art. 161, comma 4, c.p.p.* Ragione per cui appare del tutto irragionevole non potere assicurare, anche in questi casi, le maggiori garanzie offerte dalla disciplina della sospensione del processo.

¹²⁷ BRICCHETTI, *Dopo il necessario intervento del legislatore "spartiacque" per i giudizi al 17 maggio 2014*, in *Guida d.*, 2014, n. 36, 54.

¹²⁸ BRICCHETTI, *op. ult. loc. cit.*

¹²⁹ BRICCHETTI, *op. ult. loc. cit.*