



UNIVERSITÀ DI PISA

Dipartimento Di Giurisprudenza

Corso di Laurea Magistrale in Giurisprudenza

Tesi di Laurea

Dalla contumacia al processo in absentia:
una lunga mediazione tra le esigenze di accertamento del reato
e i diritti fondamentali della persona

Candidata:
Caterina Cagnetta

Relatore:
Chiar.ma Professoressa
Valentina Bonini

Anno Accademico 2015/2016

INDICE

Introduzione	1
Capitolo I	
La contumacia: l'evoluzione storica dell'istituto dagli antecedenti della riforma ai primi sviluppi	
1.1 Il giudizio in contumacia dalla codificazione postunitaria alla riforma del 1955.	7
1.2 La sentenza CEDU del 1985: sentenza Colozza c. Italia.	15
1.3 Il nuovo processo contumaciale introdotto dalla L. 22/1989.	20
1.4 Riforma L. 479/1999: legge delega per l'emanazione del nuovo codice di procedura penale.	29
Capitolo II	
La presenza dell'imputato al processo nelle carte sui diritti fondamentali	
2.1 Il diritto alla presenza secondo il modello costituzionale italiano.	34
2.2 La presenza dell'imputato al processo secondo la Convenzione europea dei diritti dell'uomo.	45
2.3 La presenza dell'imputato al processo secondo il Patto internazionale sui diritti civili e politici.	53
2.4 Sentenze della Corte EDU del 18 maggio 2004: caso Somogyi c. Italia e caso Sejdovic c. Italia.	56
2.5 L'intervento del legislatore italiano con il d.l. 17/2005 convertito in L. 60/2005 con relativa riforma degli artt.157 e 175 c.p.p.	64
2.6 Linee essenziali del vecchio processo in contumacia.	78
Capitolo III	
Il nuovo processo <i>in absentia</i> introdotto dalla l. 28 aprile 2014 n. 67	
3.1 Il nuovo assetto.	85
3.2 Lo sdoppiamento della "vecchia" figura del contumace in quelle nuove dell'irreperibile sospeso e dell'assente.	90
3.4 L'art.420- <i>quinquies</i> c.p.p.: nuove ricerche dell'imputato e revoca della sospensione del processo.	114
3.5 Rimedi ripristinatori: comparizione tardiva dell'imputato e revoca dell'ordinanza dichiarativa dell'assenza.	122

3.6 Il regresso al giudizio di primo grado.	128
Conclusioni	135
Indice bibliografico	145
Fonti normative	156
Giurisprudenza Citata	158
Ringraziamenti	160

Introduzione

Il presente studio si propone di prendere in esame il tema del procedimento *in absentia*, dalle origini dell'istituto della contumacia fino ad arrivare alla sua abolizione con la recente riforma (l. 67/2014) che rappresenta l'esito finale di una lunga mediazione tra le esigenze di accertamento e diritti fondamentali della persona. In tal senso è importante ricordare le diverse discipline legislative che si sono succedute nel tempo a partire dalla codificazione post-unitaria.

Il termine contumacia conformemente all'etimologia della parola - indocile, disubbidiente- consiste nella non comparsa in giudizio del soggetto nel cui interesse si svolge il processo; già presente nei codici del 1865 e del 1913 si presentava come una disciplina sfavorevole per il processo *in absentia* in quanto: <<non è meritevole di tutela colui che disdegna la presenza al processo ove partecipa come accusato>>¹.

La contumacia costituiva un affronto, un atto di superbia di fronte all'amministrazione della giustizia, con la conseguenza che al soggetto che si fosse volontariamente assentato non sarebbe stato più possibile difendersi. Nei successivi codici di procedura penale, non sono state apportate importanti modifiche a tale istituto con la conseguenza che nella maggior parte dei casi si arrivava alla emanazione di sentenze di condanna, anche nei confronti di imputati ignari dell'esistenza di un processo nei loro confronti.

Con questo sistema l'ordinamento italiano ha dovuto "fronteggiare" le critiche giunte dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale ha più volte ritenuto che l'ordinamento italiano, con tale disciplina, si ponesse in contrasto con il diritto al processo equo di

¹CAPRIOLI, "Giusto processo" e rito degli irreperibili , in Leg. pen., 2004, 586.

cui all'art. 6 C.E.D.U., in quanto la partecipazione dell'imputato nel processo riveste <un'importanza capitale>² sia relativamente al suo diritto di essere sentito, sia alla necessità di controllare l'esattezza delle sue affermazioni e di confrontarle con quelle dei testimoni, oltre al fatto che il non comparire in giudizio può anche essere ritenuta una garanzia ulteriore, rientrando nella previsione di cui all'art. 24 co. 2 Cost.³, anche se per essere considerata tale, dovrebbe assumere i crismi di una scelta consapevole⁴.

Non che il processo in contumacia sia, di per sé, in contrasto con il disposto convenzionale, ma è il "come" si giunge a tale declaratoria che desta le perplessità della Corte di Strasburgo. In questa ottica, l'esigenza di partecipazione si coordina con quella di parità delle armi fra le parti. Si tratta in sostanza di riconoscere una serie di diritti specifici alle parti, in particolare all'accusato, di modo che la loro partecipazione al processo penale possa svolgersi nel rispetto del giusto processo.

Infatti la Corte europea dei diritti dell'uomo in più occasioni ha precisato che la partecipazione al processo dell'imputato, pur non rappresentando un obbligo, è comunque un diritto il cui esercizio spetta esclusivamente al titolare. Ma per fare ciò è necessario, preliminarmente che costui sia informato dell'esistenza di un procedimento penale prima e della data fissata per il processo poi. La mancanza di una informazione preventiva impone, quindi, ove si voglia superare il controllo di costituzionalità della normativa interna rispetto alle disposizioni convenzionali, che l'ordinamento preveda dei meccanismi di reintegrazione del contumace

²Cfr., ex plurimis, Corte eur., *Poitrimol v. Francia*, § 35: « It is of capital importance that a defendant should appear, both because of his right to a hearing and because of the need to verify the accuracy of his statements and compare them with those of the victim – whose interests need to be protected – and of the witnesses ».

³L'art. 24 co.2 Cost. recita: « La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento».

⁴Di questo avviso Lattanzi G., Costretti dalla Corte di Strasburgo, in *Cass. Pen.*, 2005, pag. 1125 e ss.

nella posizione in cui si troverebbe se fosse stato informato dell'esistenza di un procedimento a proprio carico. La prova della conoscenza deve essere data dallo Stato al di là del ragionevole dubbio⁵.

Il legislatore italiano, dopo i pressanti inviti rivolti dalla Corte europea⁶, ha cercato di colmare tali lacune, intervenendo con una riforma parziale sul testo dell'art. 175 comma 2 c.p.p., con il decreto legge 21 febbraio 2005, n.17, convertito poi, con modificazioni, dalla l. 22 aprile 2005, n. 60; ha rappresentato un importante sforzo per "avvicinare" il sistema interno al modello di processo equo delineato nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo. L'urgenza di ricorrere allo strumento del decreto-legge è scaturito dall'insolita perentorietà con cui la Corte E.D.U risulta essersi pronunciata con la

citata sentenza *Sejdovic*⁷, ossia nell'ultima occasione in cui la Corte medesima era venuta a censurare l'Italia per la mancanza di un quadro di garanzie sufficienti a veder rispettato il diritto del condannato in contumacia ad un equo processo, sino a chiedere esplicitamente al nostro Paese una riforma legislativa in materia⁸. Tuttavia tale intervento normativo rispose solo in parte alle sollecitazioni degli organismi di giustizia europea; di fronte ai quali, peraltro, l'Italia continuava ad essere inadempiente , e successivamente , data la portata deludente della

⁵La Corte europea dei diritti dell'uomo ha interpretato l'art. 6 CEDU con una serie di pronunce (*Colozza c. Italia*, 12 febbraio 1985, n. 89, in *Giust.pen.*,1985, I, 114; *Somogyi c. Italia*, 18 maggio 2004, in *Cass. pen.*, 2005, 3, 983), nelle quali ha dedotto dalla disposizione citata della Convenzione – in particolare dal comma 3 – un gruppo di regole di garanzia processuale in materia di "processo in assenza": a) l'imputato ha il diritto di esser presente al processo svolto a suo carico; b) lo stesso può rinunciare volontariamente all'esercizio di tale diritto; c) l'imputato deve essere consapevole dell'esistenza di un processo nei suoi confronti; d) devono esistere strumenti preventivi o ripristinatori, per evitare processi a carico di contumaci inconsapevoli, o per assicurare in un nuovo giudizio, anche mediante la produzione di nuove prove, il diritto di difesa che non è stato possibile esercitare personalmente nel processo in assenza già concluso.

⁶Corte eur., 10 novembre 2004, *Sejdovic v. Italia*.

⁷Corte edu, 10 novembre 2004, *Sejdovic c. Italia* , ricorso n. 56581/00.

⁸M. CHIAVARIO, *Commento all'art. 1 l. 60/2005. Una riforma inevitabile : ma basterà?*, cit., p. 253 ss.;

riforma del 2005 si auspicò da più parti per una riforma organica della materia e si arrivò all'emanazione della recente Legge n. 67/2014.

Con quest'ultimo intervento normativo è stato abrogato definitivamente l'istituto della contumacia. In altre parole, il trinomio "presenza-contumacia-assenza" ha lasciato il posto al binomio "presenza-assenza", ma il processo in assenza è consentito soltanto se sussistono determinate condizioni⁹. Fuori dei casi in cui è legittimo procedere, l'assenza dell'imputato conduce alla sospensione del procedimento ed alla conseguente sospensione della prescrizione del reato. In sintesi estrema il processo può essere celebrato in assenza dell'imputato purché egli abbia rinunciato a presentarsi e in mancanza di una rinuncia espressa, la volontà dello stesso di non partecipare al processo può essere dedotta dal fatto che egli sia stato effettivamente informato della data dell'udienza ovvero dalla prova che egli abbia in precedenza conseguito conoscenza dell'esistenza del procedimento penale a suo carico. La prova può fondarsi su una serie di indicatori ritenuti dalla legge sintomatici dell'acquisita conoscenza dell'esistenza del procedimento (pregressa applicazione di misure precautelari o cautelari, elezione o dichiarazione di domicilio, nomina di un difensore di fiducia). Fin qui non vi sono particolari novità rispetto al passato, la novità essenziale è la scomparsa della dichiarazione della contumacia con la conseguenza che, nel caso in cui l'imputato non si presenti al processo a proprio carico, bisognerà capire se si tratta di ipotesi di assenza o di irreperibilità. In quest'ultimo caso, la riforma di cui sopra prevede l'introduzione di una importante novità: la sospensione del procedimento.

Il giudice dispone la sospensione del processo per assenza stabilita al nuovo art. 420, co. 2-*quater*, c.p.p. (al di fuori dei casi previsti dall'art. 420 *bis* e *ter* c.p.p. e delle ipotesi di nullità della notificazione) e, rinviata

⁹Bricchetti R. Cassano M., Il procedimento in absentia, Milano, Giuffrè, 2015.

l'udienza, non ha dato esito la disposta notifica <<all'imputato personalmente>> della *vocatio in iudicium*, sempre che non debba essere pronunciata sentenza di proscioglimento di cui all'art. 129 c.p.p. In tal senso il processo non si svolge nell'assenza dell'imputato, ma si sospende, con l'unica possibilità di assumere, solo a richiesta di parte, prove non rinviabili secondo le modalità proprie del dibattimento. In base all'art. 143-*bis* disp. att., il giudice deve trasmettere al CED del ministero dell'interno l'ordinanza di sospensione del processo e la citazione per l'udienza che è stata rinviata; quando la polizia per strada identificherà l'imputato, accerterà nel CED la presenza della c.d. nota di rintraccio e condurrà l'imputato stesso nei propri uffici per notificargli l'atto redatto dall'autorità giudiziaria. Al più tardi dalla dichiarazione di sospensione (e poi con cadenza annuale), vengono disposte nuove ricerche ai fini di notificare l'avviso (art. 420 *quinquies* c.p.p.)¹⁰.

Con la sospensione del processo si sospende anche la prescrizione, questa forma di sospensione tuttavia non può superare i termini previsti dal co. 2, dell'art. 161, c.p.p. (un quarto del termine massimo elevabile a seconda della sussistenza di ipotesi di recidiva).

Il giudice revoca l'ordinanza di sospensione se le ricerche hanno avuto esito positivo, se l'imputato ha nominato un difensore di fiducia e in ogni altro caso in cui vi sia la prova certa che l'imputato conosca il procedimento nei suoi confronti. Con la revoca viene fissata la data per la nuova udienza, notificati l'imputato, il difensore, le parti eventuali, l'offeso e il p.m.

Varata la legge, ci si era trovati di fronte a una lacuna quanto al regime transitorio. Il vuoto normativo è stato colmato con la l. 11.8.2014, n. 118, che ha inserito l'art. 15 *bis*, co. 1 e 2, nella l. n. 67/2014. Si è così

¹⁰ Per questo adempimento è stato modificato l'art. 143 disp. att. c.p.p., con cui è stata prevista la trasmissione degli atti alla locale sezione di polizia giudiziaria ai fini di inserire i relativi dati nel centro elaborazione dati.

stabilito che le nuove disposizioni si applicano ai procedimenti in corso alla data della presente legge, ossia al 17 maggio 2014, purché nei relativi procedimenti non sia stata pubblicata, mediante lettura del dispositivo, la sentenza di primo grado, mentre le disposizioni *ante legem* 67/2014 continuano ad applicarsi ai procedimenti in corso alla suddetta data in cui l'imputato sia stato dichiarato contumace. Tuttavia è prevista un'eccezione: le nuove norme si applicano anche ai procedimenti nei quali alla data del 17 maggio 2014 sia stata emesso il dispositivo, se la dichiarazione di contumacia non sia stata preceduta dall'emissione del decreto di irreperibilità. In caso di mancata dichiarazione di irreperibilità, allora si applicano le nuove disposizioni.

Nonostante la riforma in commento abbia riscritto il processo *in absentia* cercando di attenersi alle direttive europee, e posto fine allo svolgimento del processo in contumacia che ha causato molteplici condanne all'Italia è stata ritenuta ugualmente non del tutto soddisfacente¹¹ in relazione ad alcuni punti "dolenti" che saranno esposti e trattati successivamente.

¹¹ De Caro, Processo in absentia e sospensione. Una primissima lettura della legge n. 67 del 2014, In Archivio penale, 2014, 1 ss.

Capitolo I

La contumacia: l'evoluzione storica dell'istituto dagli antecedenti della riforma ai primi sviluppi

Sommario: 1.1 Il giudizio in contumacia dalla codificazione postunitaria alla riforma del 1955. – 1.2 La sentenza CEDU del 1985: sentenza Colozza c. Italia. – 1.3 Il nuovo processo contumaciale introdotto dalla L. 22/1989. – 1.4 Riforma L. 479/ 1999: legge delega per l'emanazione del nuovo codice di procedura penale.

1.1 Il giudizio in contumacia dalla codificazione postunitaria alla riforma del 1955.

Il procedimento in absentia disciplinato dalla legge 28 aprile 2014, n. 67 rappresenta l'ultimo di una serie di interventi normativi succedutisi nel tempo sul tema della mancata partecipazione dell'imputato alla celebrazione del processo instaurato nei suoi confronti. Prima di iniziare a trattare dell'exkursus storico delle varie riforme, bisogna prima chiarire il suo significato.

Conformemente all'etimologia della parola, dal latino *contemnere*, disprezzare, contumace è chi disprezza, disdegna qualcosa. In ambito processuale, l'espressione nasce con l'intento di designare l'imputato che decide, sprezzantemente, di non partecipare al processo; tale comportamento viene considerato come un atto di superbia di fronte all'amministrazione della giustizia. Sia il codice del 1865 che quello del 1913, entrambi influenzati dal modello francese, erano contraddistinti da un atteggiamento di sfavore nei confronti del contumace. Il primo codice

successivo all'Unità d'Italia prevedeva forti compressioni al diritto di difendersi per il soggetto rimasto contumace nel processo penale, giungendo a stabilire l'esecutività delle condanne e l'efficacia degli atti compiuti nel corso del procedimento contumaciale in sede di "purgazione" o di "opposizione".

Queste ultime rappresentavano i primi, rudimentali, strumenti di rimedio nei confronti delle sentenze rese in contumacia, utilizzabili a seconda della sanzione irrogata: una pena criminale o una pena correzionale e di polizia.

Nel primo caso, lo strumento era costituito dalla purgazione con cui si cercava di porre rimedio a tutte le "deformazioni" subite dalle prerogative difensive per via dell'inosservanza del principio *audiatur et altera pars*¹², consentendo la celebrazione di un nuovo dibattimento nei confronti dell'imputato contumace che si fosse presentato volontariamente o si fosse costituito in carcere o si fosse, comunque, messo a disposizione dell'autorità in epoca anteriore al maturare della prescrizione della pena o dell'azione¹³. Tuttavia si trattava di un'arma "spuntata" poiché nonostante l'annullamento della sentenza contumaciale, determinato dalla presentazione del condannato¹⁴, il provvedimento di rinvio e l'atto di accusa conservavano efficacia secondo il disposto di cui all'art. 543 co. 2 c.p.p. del 1865. Una disciplina piuttosto controversa ove si consideri che lo strumento adibito al "recupero" del contraddittorio finiva per subire gli effetti determinanti degli atti compiuti in assenza di

¹² MOSCARINI, La contumacia dell'imputato, cit., 58. Affinché si potesse istaurare correttamente il giudizio di purgazione occorre la presenza del difensore ed il mancato decorso del termine di prescrizione della pena.

¹³BRICCHETTI – CASSANO, Il procedimento in absentia, Milano, 2015.

¹⁴ Una volta presentatosi, al condannato veniva notificata un'ordinanza di cattura (art. 437, comma 2, c.p.p. 1865), in caso di procedimento avente ad oggetto un reato punito con pena criminale.

contraddittorio¹⁵.

Nel caso in cui, invece, oggetto del processo penale fosse stato un reato punito con una pena correzionale o di polizia, il rimedio processuale esperibile era quello dell'opposizione che prendeva le mosse dall'errore commesso dal giudice istruttore in sede di ricostruzione o qualificazione giuridica del fatto. Ciò provocava l'inappellabilità della sentenza che avrebbe potuto essere impugnata con gli strumenti ordinari se il procedimento fosse stato incardinato dinanzi al giudice competente. Il legislatore, pertanto, concedeva la possibilità di avvalersi di uno strumento straordinario, cioè l'opposizione, nei confronti delle sentenze contumaciali rese dalla Corte di assise¹⁶.

Nel codice del 1913 era ancora forte l'idea della contumacia come scelta riprovevole dell'accusato al quale, anche solo per questo, s'impediva di presentare prove a proprio discarico¹⁷. Anche in questo codice i rimedi idonei a provocare una rinnovazione completa del giudizio erano la "purgazione" e "l'opposizione" ma, delle due, solo la prima operava d'ufficio ed in ogni tempo, mentre la seconda dipendeva da una tempestiva domanda dell'interessato. In sintesi, la purgazione era un'opposizione necessaria e l'opposizione una purgazione facoltativa. Diversamente dallo strumento processuale previsto già nel codice del 1865, sotto lo stesso nome, la "purgazione" non dipendeva da un comportamento volontario del soggetto condannato ma operava indipendentemente da ogni manifestazione di volontà dell'interessato. Sancita per i processi di competenza della Corte d'assise la purgazione

¹⁵BERSANI – CASSANO, Codice di procedura penale commentato, cit., 21; MOSCARINI, La contumacia dell'imputato, cit., 61.

¹⁶BERSANI – CASORATI, Codice di procedura penale commentato, cit., 19.

¹⁷In realtà gli effetti pregiudizievoli della declaratoria di contumacia erano anche altri: infatti, ove il processo fosse di competenza della corte di assise, lo si celebrava senza l'intervento dei giurati. La presenza di questi ultimi era ritenuta "garanzia somma dell'imputato il quale si difende spiegando i mezzi di prova utili alla sua discolpa". Così, già MESSINA, la dichiarazione di contumacia in Corte di assise, in Giust. Pen., 1914, 4.

prevedeva la celebrazione di un altro processo, questa volta alla presenza dei giurati, dove gli atti compiuti nel giudizio contumaciale, sebbene posti in essere nell'ambito di un processo poi dichiarato nullo, conservavano efficacia, posto che la legge non ne stabilisse espressamente la nullità.

L'opposizione riguardava le sentenze di condanna inappellabili rese in processi contumaciali dinanzi al pretore o al tribunale, nonché dinanzi alla Corte d'assise, non sottoponibili a purgazione.

Il codice del 1930 disciplinava il processo in contumacia nell'ambito dei "giudizi speciali" insieme al giudizio direttissimo e al giudizio per decreto. Tuttavia l'istituto assumeva una fisionomia differente poiché si affrancava dall'idea negativa di contumacia, intesa come comportamento deplorabile di superbia nei confronti dell'amministrazione della giustizia, per assurgere a mera scelta processuale dell'accusato. Tale codice si configurava nettamente nel senso dell'inquisitorialità e tra i suoi obiettivi generali vi era quello di ottenere la massima speditezza nei procedimenti. Il primo aspetto importante di questa nuova disciplina va posto in relazione all'eliminazione dell'obbligo, già gravante sull'imputato, di comparire per il dibattimento in quanto l'imputato contumace era, a tutti gli effetti, rappresentato dal difensore; peraltro la facoltà di non presentarsi in udienza stava a dimostrare non tanto l'emergere di una tendenza politico-legislativa più liberale rispetto al passato quanto, piuttosto, una svalutazione del principio dell'autodifesa. In tal senso si escludeva, anzitutto, la necessità di rimandare il giudizio quando l'imputato, ancorché legittimamente impedito, avesse chiesto lo svolgimento del dibattimento in sua assenza e il giudice ne avesse ritenuto superflua la comparizione personale.

Tale disposizione è diretta ad impedire dilazioni dannose alla speditezza processuale, anche perché il difensore avrebbe avuto modo di apportare tutti gli elementi per attuare << l'interesse pubblico inerente alla funzione difensiva>>¹⁸. Ma l'innovazione più caratterizzante riguardava l'opposta ipotesi, quella in cui l'imputato avesse manifestato, anche implicitamente, la volontà di comparire ma, nello stesso tempo, allegato l'esistenza d'un impedimento a far ciò: la valutazione del giudice in proposito doveva essere libera, anche se la prova relativa fosse risultata da atti pubblici certificati fino ad impugnazione di falso, ed insuscettibile di essere discussa nei gradi successivi del procedimento. Una disposizione in tal senso tendeva a favorire la speditezza dei procedimenti, evitando dibattiti in ordine a questioni d'estrema delicatezza ed ardua definizione; ma essa costituiva anche la totale negazione del diritto dell'imputato a presentarsi in giudizio per difendersi personalmente. L'esigenza di semplificazione si affermava a danno della tutela individuale. Con questa disciplina si riteneva, insomma, di aver risolto il problema della contumacia senza considerare che l'intervento del legale non avrebbe mai potuto interamente sostituire il contributo dialettico dell'accusato.

Le conseguenze di questo errore politico-legislativo furono aggravate dall'abolizione della purgazione e dell'opposizione; il primo istituto costituiva, secondo il relatore, riconoscimento del diritto dell'imputato << di mantenersi latitante e di presentarsi quando gli pare e piace, fino alla prescrizione, col diritto di far rinnovare completamente il dibattimento>>; siffatta tutela, favorendo la latitanza, avrebbe intralciato la giustizia penale producendo infinite lungaggini nel procedimento¹⁹. L'opposizione, poi, non appariva più giustificata una volta abolito il divieto di presentare prove a discolta nel giudizio contumaciale.

¹⁸ Relazione, cit., in Lavori preparatori, cit., VIII, 97.

¹⁹ MOSCARINI P., La contumacia dell'imputato, Milano, 1997.

Scomparse purgazione ed opposizione i rimedi a disposizione dell'imputato giudicato in contumacia non differivano da quelli ordinari. Tuttavia erano previste delle soluzioni alternative nel caso in cui si presentassero determinate situazioni. Era prevista la cosiddetta impugnazione apparentemente tardiva <<acronica>>²⁰, nel caso in cui fosse mancata la notifica o risultasse invalida i termini per impugnare la sentenza contumaciale non sarebbero iniziati a decorrere, sicché la medesima sentenza non avrebbe acquistato né irrevocabilità né forza esecutiva.

Per quanto riguarda l'istituto della restituzione del termine va ricordato che, introdotto dal codice del 1913 era stato abrogato da quello del 1930 e poi ripristinato con l'inserimento dell'art. 183-*bis* (art. 4 L.18 giugno 1955 n. 517) ma limitatamente alle ipotesi di decadenza determinata da caso fortuito o forza maggiore restando esclusa la fattispecie di mancata conoscenza, da parte dell'imputato, per fatto avvenuto senza sua colpa o negligenza della notificazione determinante la decorrenza del termine.

Con l'affermarsi della Costituzione, entrata in vigore nel 1948, si rese necessaria una nuova riforma dell'istituto della contumacia in quanto in contrasto con i principi generali da essa affermati; si arrivò così alla riforma del 1955 che costituì l'approdo finale di una complessa elaborazione legislativa. Venne reintrodotta l'istituto della restituzione nel termine (art. 4 l. 517/1955) e venne abolita anche la sanzione indiretta rappresentata dall'obbligo di costituirsi in carcere per il contumace-latitante come condizione di ammissibilità dell'impugnazione della sentenza a suo carico. Un importante stimolo alla rivisitazione delle regole in tema di giudizio contumaciale veniva dato dalla Corte costituzionale che, con alcune importanti pronunce, affermava principi

²⁰L'espressione usata per la prima volta dal Sabatini Gius., ne il codice di procedura penale illustrato articolo per articolo sotto la direzione di U. Conti, III, Milano, 1937, 281. Venne ripresa dal Pansini ne La contumacia nel diritto processuale penale, Napoli 1963, 214.

di ampia portata destinati ad influenzare le successive scelte normative. La Consulta, in merito alle restrizioni del diritto di difesa, ha rilevato che: << Il diritto di difesa può essere regolato dalla legge, sia nel modo sia nel tempo, per evitare sviamenti dallo scopo della protezione datagli, e soprattutto per evitare che sia attuato in maniera ingiustificatamente dilatoria o del tutto sterile, così da pregiudicare l'ordinaria amministrazione della giustizia, che è un'esigenza di interesse generale, e lo stesso svolgimento della funzione giurisdizionale, che non è nella disponibilità privata >>²¹.

Rilevava, altresì, che la presenza dell'imputato al dibattimento e la libertà ed autonomia di ogni sua scelta in proposito sono insostituibili e che l'esclusione aprioristica dell'imputato dal prosieguo del dibattimento contro la sua volontà, in ragione dell'impossibilità assoluta in cui egli si trova per legittimo impedimento, di presenziare ad una udienza determinata, comporta una compressione del diritto di difesa che non può ritenersi giustificata dall'esigenza che il processo possa progredire verso la decisione finale e se ne impedisca l'indefinito protrarsi.

Sottolineava inoltre che l'autodifesa, nell'ambito del principio del contraddittorio, ha riguardo ad un complesso di attività mediante le quali l'imputato, come protagonista del processo penale, ha facoltà di esercitarne lo sviluppo dialettico, contribuendo all'acquisizione delle prove ed al controllo della legalità del suo svolgimento; sicché, ai fini dell'accertamento critico della verità nel processo, in nessun caso, per effetto di interposizione rappresentativa può impedirsi all'imputato di partecipare indicando quegli elementi e quelle circostanze di fatto che egli ritiene utili ²².

²¹Corte cost., sent.n. 111 del 1970.

²²C. cost. 10 marzo 1982, n. 98, in G.U. 26 maggio 1982, n. 143.

Il complesso di questi principi veniva, per la prima volta, parzialmente recepito nel progetto preliminare del nuovo codice di rito del 1978, pur nella consapevolezza della non perfetta coerenza di tale tipo di giudizio con un sistema processuale tendenzialmente accusatorio²³. È importante infine precisare che con l'elaborazione delle nuove regole si proponeva qualificare come "ordinario" e non più come "speciale" il giudizio contumaciale, attesa la sostanziale assimilabilità del processo contumaciale a quello a carico dell'imputato presente.

²³LATTANZI, Costretti dalla Corte di Strasburgo, in Cass. pen., 2005, 1125 ss.; FRIGO, Un limitato aggiustamento normativo che svela le discrasie del rito "in assenza", in Guida dir., 2005, n.18, 21 ss.; MARZADURI, Sulla necessità di una riforma del giudizio in contumacia, in Leg. pen., 2004, 615 ss.

1.2 La sentenza CEDU del 1985: sentenza Colozza c. Italia.

Il procedimento contumaciale si è mosso più volte sul filo della compatibilità con i principi consacrati nella CEDU sotto due distinti aspetti: il primo attinente alla effettiva conoscenza del processo da parte dell'accusato e il secondo relativo alla possibilità di una riapertura del procedimento dopo la pronuncia di una sentenza dotata dell'autorità del giudicato. Con riguardo a questo secondo profilo, si può richiamare la pronuncia emessa in relazione al caso "Colozza c. Italia" del 12 febbraio 1985.

Nella specie il signor Giacinto Colozza veniva segnalato alla procura di Roma dai carabinieri nel giugno del 1972 per vari reati commessi, specialmente di truffa. Le forze dell'ordine precisarono di non aver trovato il suo ultimo domicilio conosciuto; il giudice istruttore competente emise una comunicazione giudiziaria tendente ad informare quest'ultimo dell'apertura di un procedimento contro di lui che un ufficiale giudiziario cercò di notificare al destinatario alla residenza ma senza esito. Dopo infruttuose ricerche il giudice istruttore dichiarò l'imputato irreperibile, gli nominò un difensore d'ufficio e continuò l'istruzione, ai sensi dell'art. 170 c.p.p. del codice di rito del 1930: tutti gli atti da notificare furono da allora depositati presso la cancelleria del giudice istruttore, essendone avvisato ogni volta il difensore. Il giudice istruttore emise tre mandati di cattura che non furono eseguiti perché il domicilio del ricorrente restava ignoto alle autorità. Il signor Colozza venne da allora considerato latitante, cioè alla stregua di una persona che volontariamente si sottrae all'esecuzione di un mandato di cattura. Una prima udienza si svolse davanti al Tribunale di Roma. Il processo si concluse con la condanna a sei anni di reclusione ed a 600.000£ di

multa. La sentenza fu notificata a quest'ultimo e divenne definitiva non essendo stato interposto appello dal difensore d'ufficio.

Successivamente, il pubblico ministero emise un ordine di carcerazione ed il ricorrente fu arrestato presso la propria abitazione a Roma. Il signor Colozza presentò ricorso alla Corte d'Appello in quanto sosteneva di essere stato erroneamente dichiarato latitante, poiché sosteneva che la polizia conosceva il suo nuovo indirizzo dato che era stato dalla stessa convocato presso il commissariato di quartiere per essere interrogato; in analoga situazione si trovava la procura di Roma che, circa due mesi prima dell'emanazione della sentenza contumaciale, gli aveva inviato una comunicazione giudiziaria relativa ad altre imputazioni. La Corte d'Appello respinse la domanda del signor Colozza in quanto inammissibile per decorso dei termini (venti giorni, ai sensi dell'allora art. 201 c.p.p.). Il ricorrente presentò ricorso, ma la Corte di Cassazione lo rigettò, in quanto l'interessato era stato giustamente dichiarato prima irreperibile e poi latitante²⁴.

Nel 1980 allora il signor Colozza investì della questione la Commissione europea dei diritti dell'uomo che, a sua volta, deferì la trattazione e la decisione della causa alla Corte Europea dei diritti dell'uomo. Il signor Colozza, in questo ricorso, allegò varie violazioni dell'art. 6 della Convenzione: in particolare si lamentava di non aver avuto in nessun modo conoscenza del procedimento aperto contro di lui e di non essersi, quindi, potuto difendere. La Commissione giunse alla conclusione unanime che vi era stata violazione dell'art. 6 par. 1 CEDU.

Nonostante ciò, il signor Colozza non ebbe mai un nuovo processo, morì in carcere il 2 dicembre 1983 durante il procedimento davanti alla Corte europea, proseguito di conseguenza dalla moglie²⁵.

²⁴Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 12 febbraio 1985, Colozza c. Italia, in ECHR Publ., Series A, n 89.

²⁵Lattanzi, Costretti dalla Corte di Strasburgo, Cass. Pen., 2005, 1125.

In tale decisione i giudici sovranazionali richiamarono lo Stato italiano al dovere di assicurare l'effettività dei diritti previsti dall'art. 6 della CEDU²⁶, nel cui ambito è riconducibile, pur se non espressamente menzionato, il diritto dell'imputato a partecipare al proprio processo²⁷.

La Corte affermava, inoltre, che come per ogni diritto garantito all'imputato dalla CEDU la rinuncia a comparire e, quindi, a difendersi nel processo può essere manifestata anche tacitamente purché in modo "non equivoco" e nella consapevolezza delle conseguenze da essa derivanti; l'ordinamento nazionale deve garantire che, nel caso in cui non risulti accertato che l'imputato ha rinunciato al suo diritto a comparire e difendersi o che non si è sottratto al processo, ha diritto ad ottenere una nuova pronuncia sulla fondatezza, in fatto ed in diritto, dell'imputazione; tale rimedio, per essere compatibile con l'art. 6 CEDU, non deve essere condizionato alla prova posta a carico dell'imputato della non ricorrenza di tali circostanze²⁸.

L'Italia fu quindi condannata in quanto la Corte europea evidenziava la mancanza, nella disciplina processuale italiana, di strumenti adeguati a garantire al contumace la possibilità di un nuovo giudizio in presenza, una volta che avesse avuto conoscenza del procedimento iniziato a suo

²⁶Corte EDU 12 febbraio 1985, Colozza, cit. par. 28: «...the diligence which the contracting States must exercise in order to ensure that the rights guaranteed by Article 6 are enjoyed in an effective manner ».

²⁷BRICCHETTI R. CASSANO M., *Il procedimento in absentia*, Milano, Giuffrè, 2015.

²⁸Corte EDU 12 febbraio 1985, Colozza, cit., par. 30: « a person "charged with a criminal offence" who is in a situation like that of Mr. Colozza must not be left with the burden of proving that he was not seeking to evade justice or that his absence was due to force majeure ».

carico²⁹, condannando il Governo italiano alla corresponsione di un indennizzo sulla scorta dell'allora vigente disposto di cui all'art. 50 della Convenzione³⁰.

La " sentenza Colozza" rivela ancora oggi, a distanza di anni, più aspetti meritevoli di considerazione.

Anzitutto, la presenza processuale viene considerata, unicamente, quale oggetto d'un diritto soggettivo dell'accusato, già riconosciuto espressamente a quell'epoca, peraltro, da un ulteriore, solenne, accordo internazionale, quale il Patto internazionale sui diritti civili e politici, adottato a New York il 16 dicembre 1966, che, all'art. 14, lett. D, parlava del diritto di "Ogni individuo accusato di un reato [...]ad essere presente al processo"; peraltro, tale diritto veniva considerato rinunciabile da parte dell'imputato; cosicché, nella sentenza suddetta, risultava trascurato il valore oggettivo della presenza processuale di tale persona. Il punto, comunque, più importante della "sentenza Colozza" stava però nel fatto che se un processo in absentia si svolge e si conclude nei confronti d'un imputato il quale ne è rimasto ignaro, occorre che questi, una volta a conoscenza di tale procedura ormai formalmente definita,

²⁹Anche nel caso Brozicek v. Italia, 19 dicembre 1989, la Corte europea aveva evidenziato come l'appello tardivo non costituisse un mezzo idoneo a riparare alla violazione del diritto dell'imputato di accedere a un nuovo giudizio ; nelle more della pronuncia, però, era intervenuta la legge sulla contumacia e, successivamente, era stato approvato il nuovo codice di rito, il quale prevedeva, come sottolineato nella sentenza, tra gli altri, la possibilità di beneficiare della "restituzione in termini". Per una ricostruzione della vicenda processuale, D. VIGONI, Giudizio senza imputato e cooperazione internazionale, cit., p. 72 ss.

³⁰ A tenore del quale: « se la decisione della Corte dichiara che una decisione presa o una misura ordinata da una autorità giudiziaria o da ogni altra autorità di una Parte contraente si trova interamente o parzialmente in contrasto con obblighi che derivano dalla presente convenzione, e se il diritto interno di detta Parte non permette che in modo incompleto di eliminare le conseguenze di tale decisione o di tale misura , la decisione della Corte accorda, quando è il caso, un'equa soddisfazione alla parte lesa».

possa ottenere che una giurisdizione statuisca di nuovo, dopo averlo sentito, sulla fondatezza dell'accusa.

Il legislatore italiano non fu affatto insensibile a tale indicazione, infatti nel 1987 fu approvata la delega legislativa al Governo della Repubblica per l'emanazione del nuovo codice di procedura penale che, nel preambolo dell'art.2, n. 1, sanciva l'obbligo per lo Stato italiano di attuare i principi della Costituzione e di adeguarsi alle norme delle convenzioni internazionali ratificate dall'Italia e relative ai diritti della persona e al processo penale. L'art. 2, n. 77 della medesima legge delega stabiliva l'obbligo di sospendere o rinviare il dibattimento quando risultava che l'imputato o il difensore si trovassero nell'assoluta impossibilità di comparire per legittimo impedimento.

1.3 Il nuovo processo contumaciale introdotto dalla L. 22/1989.

In attuazione della legge delega 16 febbraio 1987, n. 81 (delega legislativa al Governo della Repubblica per l'emanazione del nuovo codice di procedura penale), la disciplina della contumacia è stata originariamente dettata dagli artt. 486 e 487 c.p.p., relativi alla fase dibattimentale, e, a seguito delle modifiche introdotte dagli artt. 19 e 39 della legge 16 dicembre 1999, n. 479³¹, è stata ricollocata negli artt. 420-ter e 420-quater, relativi all'udienza preliminare, applicabili anche alla fase dibattimentale in quanto compatibili, per il rinvio contenuto nell'art. 484, comma 2-*bis*³².

La legge 23 gennaio 1989, n. 22 recante una << nuova disciplina della contumacia >>, anticipatrice dell'allora imminente riforma relativa all'intera procedura penale ha preceduto, sia pure in modo parziale, alcune soluzioni date dal nuovo sistema processuale al processo contumaciale e al rito degli irreperibili; ma la necessità di trasporre le disposizioni di questo provvedimento in un testo legislativo destinato ad interpolare il codice del 1930 comportò inevitabilmente, data l'assoluta eterogeneità dei principi ispiratori dei due sistemi, una limitazione della portata di tale operazione. Per di più, contrariamente all'intenzione dichiarata dagli autori, la novella 1989 si dimostrò in più punti difforme da quelle norme pattizie che con essa si era detto di voler attuare, tanto da far parlare d'un << legislatore schizofrenico >>³³. In particolare questo nuovo sistema cercava di adeguarsi alla richiesta, proveniente dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, di prevedere che laddove un processo in

³¹ A. MELCHIONDA, sub l. 23 gennaio 1989 n.22 (Nuova disciplina della contumacia), in *Legisl. Pen.*, 1989, p. 323 ss.

³² P. MOSCARINI, *La contumacia dell'imputato*, Milano, 1997, p. 257 ss.

³³ UBERTIS, *Il regime della contumacia*, in *Studi parmensi*, XXXVIII, Padova, 1989, 263.

contumacia si fosse concluso senza che l'imputato ne avesse mai avuto conoscenza quest'ultimo avrebbe dovuto poter ottenere che una giurisdizione statuisse nuovamente, dopo averlo sentito, sull'accusa a suo carico.

Il nuovo codice di procedura penale, entrato in vigore il 24 ottobre 1989 (varato un anno prima il 22 settembre 1988), disciplinava in modo innovativo la contumacia, il potere di impugnazione da parte del difensore, l'istituto della restituzione nel termine per impugnare una sentenza contumaciale e ampliava i casi di rinnovazione in appello dell'istruzione dibattimentale allo scopo di garantire al contumace incolpevole quel "nuovo processo" richiesto negli atti e nelle sedi internazionali per riconoscere la validità di una condanna in contumacia. Più specificamente, l'art. 3 comma 1 (che sostituiva la prima parte dell'art. 497 del codice del 1930) ai fini della sospensione o del rinvio del dibattimento attribuiva efficacia determinante oltre che alla prova anche alla probabilità dell'assoluta impossibilità, per l'imputato, di comparire a causa d'un legittimo impedimento, affidando il giudizio della sussistenza o no di tale probabilità alla libera valutazione del giudice, con esclusione della possibilità di far di quest'ultima un oggetto di discussione successiva o un motivo d'impugnazione³⁴.

Questa prima disposizione eliminava il principio, precedentemente affermato, per cui gravava sull'imputato l'onere di provare il proprio impedimento; si attribuiva al giudice << il potere discrezionale di tener conto di quei fatti notori che potessero far ritenere "probabile" un impedimento dell'imputato>>, come ad esempio, le calamità naturali nel suo luogo di residenza³⁵, dall'altro, si permetteva che fosse in grado d'acquisire rilevanza anche un semplice << principio di prova>>. Inoltre

³⁴ MOSCARINI, La contumacia dell'imputato, op. cit., 242-243.

³⁵ Sen. VASSALLI, in Relazione al disegno di legge n. 1706, cit., 3.

la novella del 1989, in caso di provata o probabile non conoscenza effettiva della citazione, non consentiva la rinnovazione della citazione, in seguito prevista dall'art. 485, comma 1 dal codice Vassalli; per cui l'aspirazione cui vantava la legge 22 di anticipare la disciplina codicistica era incompleta. L'art. 4, sostituendo l'art. 498 del codice del 1930, disciplinava l'ipotesi d'impedimento provato, distinguendo a seconda che tale situazione sussistesse al momento della dichiarazione di contumacia o sopravvenisse dopo di essa. Nel primo caso si aveva la nullità del provvedimento de quo; nel secondo caso invece, se successivo alla dichiarazione di contumacia ma prodotto prima dell'inizio della discussione finale, non comportava l'invalidità dell'ordinanza in questione, ma solo la sua revoca e, se l'imputato non fosse comparso, la sospensione od il rinvio anche d'ufficio del dibattimento.

Nelle due disposizioni citate, la novella del 1989, anziché instaurare un regime più garantistico, costituiva un arretramento in contrasto con la Risoluzione europea (laddove prevedeva la rinnovazione del giudizio a favore dell'assente involontario), rispetto alla versione originaria dell'art. 498 comma 3 del codice del 1930.

L'art. 5, sostituendo il primo capoverso dell'art. 501 del codice del 1930, modificava la disciplina della comparizione tardiva: in questo caso il dibattimento doveva proseguire dall'ultimo atto compiuto prima di tale intervento e non poteva essere sospeso o rinviato per cause dipendenti dalla precedente contumacia; ma se l'imputato provava di essersi presentato con ritardo perché non aveva avuto conoscenza del decreto di citazione si sarebbero applicate le disposizioni del nuovo art. 498 comma 5, cioè quelle concernenti la restituzione del contumace in termini per l'esercizio dei diritti riguardanti da decadenza e la rinnovazione degli atti dal giudice considerati rilevanti ai fini della decisione. La conoscenza

effettiva della citazione acquistava rilievo nel senso che la sua insussistenza, se avesse ritardato la comparizione, sarebbe stata presupposto dei provvedimenti prima affrontati; questa rilevanza attribuita alla citazione, pur regolarmente notificata, costituiva senza dubbio un'innovazione importantissima.

In attuazione di tali criteri l'art. 485 comma 1 prevedeva la rinnovazione della citazione a giudizio << quando è provato o appare probabile che l'imputato non ne abbia effettiva conoscenza, sempre che il fatto non sia dovuto a sua colpa e fuori dei casi di notificazione mediante consegna al difensore a norma degli art. 159, 161 comma 4 e 169>>.

Questa disposizione, dunque, considerava tre ipotesi distinte, cioè quelle in cui: a) sia provato che l'imputato non abbia avuto effettiva conoscenza della citazione e il fatto risulti incolpevole; b) tale ignoranza, sempre derivante da causa non imputabile al suddetto, appaia solo probabile; c) la notificazione sia avvenuta mediante consegna al difensore, essendosi nel caso d'irreperibilità (art. 159), o di sopravvenuta impossibilità di notifica al domicilio dichiarato o eletto (art. 161 comma 4) ovvero di residenza o dimora all'estero con impossibilità, per mancata dichiarazione o elezione, di procedere a notificazione presso un domicilio nel territorio dello Stato (art. 169).³⁶ Con questa disposizione del codice del 1988 si cercava di rispecchiare sul punto la direttiva di cui all'art. 2 della legge 82/1987, la quale prevedeva il potere-dovere del giudice del dibattimento di disporre della rinnovazione della notificazione del decreto di citazione, quando risultava o si riteneva che l'imputato non ne avesse avuto conoscenza per cause diverse dalla mancata dichiarazione o elezione di domicilio o della omessa tempestiva comunicazione all'autorità che procede delle relative variazioni.

³⁶Moscarini, La contumacia dell'imputato, op. cit., 264.

Un precedente di tale orientamento legislativo era l'art. 126 comma 2 del codice del 1913 il quale, ai fini della restituzione del termine, equiparava al caso di forza maggiore quello in cui l'imputato era ignaro della notificazione a causa del fatto avvenuto senza sua colpa o negligenza. Il codice del 1930, nella sua versione originaria, era ispirato invece ad un rigido formalismo in quanto improntato, come abbiamo visto anticipatamente³⁷, su un'esigenza di celerità dei processi e certezza dei rapporti giuridici basato sull'attuazione e l'efficacia della notificazione assicurata attraverso l'osservanza di forme tassative dalle quali conseguiva in automatico il risultato giuridico dell'atto ricettizio, senza rilevanza alcuna dell'esito ottenuto in relazione all'effettiva conoscenza del destinatario. Il fenomeno viene spiegato da alcuni³⁸ come una presunzione assoluta di conoscenza, da altri³⁹ come una conoscenza legale che si doveva avere per raggiunta una volta compiute tutte le attività richieste dalla legge, a pena di nullità, per le medesime.

La Corte costituzionale avallò questa dottrina, ritenendo legittima anche la notifica fondata su una presunzione legale, purché rispondente a criteri tali da realizzare il maggior numero di probabilità che si verifichi la conoscenza da parte del destinatario. Il codice del 1988, però con l'art. 485 ha avuto una portata innovativa rispetto alla versione originaria del codice del 1930 in quanto, nonostante sia riuscita a conformarsi all'anzidetto principio formalistico, è riuscita ad aprire diversi varchi a quello della conoscenza reale: in particolare, l'art. 485 comma 1

³⁷ Vedi pag. 7-8.

³⁸ MANZINI, Trattato di diritto processuale penale italiano, sesta edizione, III, Torino, 1970, 158.

³⁹ FOSCHINI, Gli equipollenti delle notificazioni, in Tornare alla giurisdizione. Saggi critici, Milano, 1971, 173.

sembrerebbe assicurare all'imputato una tutela ancor maggiore di quella voluta dalla regola n.1 di cui alla suindicata Risoluzione.

L'art. 485 di cui sopra, inoltre, prevedeva che la mancata conoscenza non fosse derivata dal comportamento colpevole dell'imputato, bisognava quindi che essa non fosse imputabile a sua imprudenza o negligenza intendendo come tale, ad esempio, un allontanamento spontaneo proprio a causa del giudizio pendente a carico senza che il soggetto avesse comunicato altri indirizzi di recapito.

Al riguardo è importante rilevare l'illegittimità parziale dell'art. 485 per eccesso rispetto alla stessa delega (art. 76 Cost.), e l'ulteriore incostituzionalità per contrasto con l'art. 24 della Costituzione. Per quanto riguarda la prova della mancata conoscenza non può farsene onere l'imputato in persona perché una sua iniziativa potrebbe dimostrare, al contrario, la conoscenza dell'udienza fissata e la consapevolezza del procedimento a suo carico. L'ignoranza della citazione, dunque, sembra rilevabile d'ufficio senza che occorra nemmeno un'istanza del difensore: basta che detta circostanza sia ricavabile da atti o da notizie, né è da escludersi che il giudice possa spontaneamente attivarsi per verificare la circostanza in questione; tale conclusione è avvalorata anche dall'art. 485 comma 1, laddove si equipara al caso di mancata conoscenza <<provata>> quello d'ignoranza <<probabile>>. Infatti l'espressione << appare probabile >> consente al giudice di utilizzare i più vari elementi di convincimento, in particolare, dei cosiddetti <<fatti notori>>, cioè <<quei singoli accadimenti che si denunciano in forma particolare e circoscritta>>...<<, la cui conoscenza fa parte della cultura propria di una determinata cerchia sociale nel

tempo in cui avviene la decisione>>⁴⁰.

Può essere perciò attribuita rilevanza a tutti questi avvenimenti, naturali o sociali, di carattere catastrofico o comunque impeditivo, che rientrano nella generale conoscenza senza l'ausilio di nessuna particolare prova per essere conosciuti dal giudice.

L'art. 2 della L. n. 22/1989 e l'originaria previsione del codice del 1989, sostituendo il terzo comma dell'art. 192 del codice del 1930, stabiliva che, in una sentenza contumaciale, il difensore dell'imputato poteva impugnare solo se munito di specifico mandato; si trattava di una disposizione che penalizzava la difesa tecnica, con riferimento all'ipotesi in cui chi l'avesse esercitata non si fosse munito del suddetto mandato e ciò al fine di evitare che l'imputato vedesse spirare il suo diritto ad impugnare⁴¹.

L'art. 1 sostituendo l'art. 183 bis del codice del 1930, introdusse un'ulteriore ipotesi di restituzione nel termine, relativa non solo alla dichiarazione d'impugnazione della sentenza contumaciale ma anche alla presentazione dei corrispondenti motivi di gravame: legittimato a richiederla sarebbe stato l'imputato che provasse di non aver avuto effettiva conoscenza del provvedimento in questione, sempre che l'impugnazione non fosse stata già proposta dal suo difensore. Si introdusse così un'altra significativa deroga al principio della << conoscenza legale >>, a favore di quello della << conoscenza effettiva >>.

Per quanto riguarda l'esclusione della restituibilità nel caso

⁴⁰ Così, sulla base delle distinte enunciazioni dello Stein e del Calamandrei, SABATINI Gius., Prova (Diritto processuale penale e Diritto processuale penale militare), in Novissimo dig. it., XIV, Torino, 1976, 317.

⁴¹ L'articolo 46 della legge 479/1999 abrogherà tale disposizione perché limitava l'attività del difensore.

d'impugnazione da parte del difensore⁴², si osservava che tale norma veniva a disconoscere il diritto dell'imputato di presenziare al dibattimento in conseguenza dell'esplicazione della difesa tecnica e ciò, in casi limite, avrebbe potuto comportare un impedimento ai diritti del contumace incolpevole.

Tale assetto, espresso nel progetto preliminare del codice di procedura penale dalla combinazione degli artt. 175 e 564 e, nella legge 22/1989, da quella degli artt. 1 e 2 modificativi, rispettivamente, degli artt. 183 bis e 192 c.p.p. del 1930, era stato fortemente criticato dagli organismi istituzionali; prima tra tutte la Corte di Cassazione che nel commento formulato in relazione alla disciplina dell'impugnazione dell'imputato aveva ritenuto auspicabile la soppressione della previsione che imponeva il rilascio dello specifico mandato, con la contestuale modifica dell'art. 175 c.p.p., nella parte in cui sanciva la preclusione della richiesta di restituzione da parte dell'imputato ad opera dell'impugnazione del difensore. Le critiche si poggiavano tutte sull'idea che ci si trovasse di fronte ad una "controriforma" nella riforma, in quanto da un lato si prospettava una nuova ed indispensabile, come aveva affermato la Corte europea dei diritti dell'uomo⁴³, garanzia di tutela dell'imputato grazie alla disciplina della restituzione in termini; dall'altro una contraddizione interna sulle regole di impugnazione dell'imputato, relativa all'intervento del difensore, che in caso di sentenza contumaciale veniva qualificato

⁴² Originariamente, il citato disegno di legge n. 1706 (art. 1 comma 2) escludeva la restituzione nel termine, con riferimento all'ipotesi de qua, solamente nel caso d'impugnazione già proposta da parte del difensore di fiducia, in rapporto al divieto, da esso stesso stabilito (art.2), di gravame da parte del legale d'ufficio (cfr. in Atti Parlamentari. Camera dei Deputati. X legislatura. Disegni di legge e relazioni. Documenti. Disegno di legge n. 1706 presentato dal Ministro di Grazia e Giustizia (Vassalli. Nuova disciplina della contumacia. Presentato il 19 ottobre 1987, 7-8).

⁴³ Corte eur., 12 febbraio 1985, Colozza v. Italia.

alternativo e preclusivo della richiesta della restituzione stessa.

Insomma la disciplina della contumacia introdotta con la novella 1989 offriva il fianco a numerose censure: a parte la parzialità dell'anticipazione con essa operata, la medesima risultava in più punti contrastante non solo con le norme pattizie ma con la stessa Costituzione italiana.

1.4 Riforma L. 479/1999: legge delega per l'emanazione del nuovo codice di procedura penale.

A distanza di circa dieci anni dalla sua entrata in vigore, il codice di rito (codice 1989) fu sottoposto ad un complesso intervento riformatore con la legge del 16 dicembre n. 479/1999 c.d. Legge Carotti (dal nome del relatore del testo unico dei progetti di legge esaminati durante i lavori parlamentari).

Dopo la sentenza della CEDU del 12 febbraio 1985 (Colozza c. Italia), la disciplina venne modificata con la l. 23 gennaio 1989 n.22, elaborata contemporaneamente al nuovo codice di rito; in attuazione della delega la nuova disciplina della contumacia era stata originariamente dettata dagli artt. 486 e 487 c.p.p., relativi alla fase dibattimentale e, a seguito delle modifiche introdotte dagli artt. 19 e 39 della l. 16 dicembre 1999 n. 479, è stata ricollocata negli artt. 420ter e 420quater c.p.p., relativi all'udienza preliminare, applicabili anche alla fase dibattimentale in quanto compatibili per il rinvio contenuto nell'art. 484 co. 2bis c.p.p. Esiste una piena corrispondenza tra la disciplina della contumacia contenuta nell'abrogato codice di rito del 1930, dopo le modificazioni apportate dalla l. 22/1989, e quella del codice vigente.

Entrambe prevedono che il dibattimento possa essere rinviato sia nel caso di mancata notificazione dell'atto di convocazione ed in presenza di una prova di legittimo impedimento, sia quando appare probabile che l'imputato non abbia avuto conoscenza di tale atto o che la sua assenza sia dovuta ad un'assoluta impossibilità di comparire; inoltre sono stati ampliati i casi di rinnovazione in appello dell'istruzione dibattimentale quando l'imputato riesca a provare di non essere comparso per caso

fortuito o forza maggiore o per non aver avuto conoscenza del decreto di citazione in giudizio, sempre che il fatto non sia dovuto a sua colpa⁴⁴. Inoltre, se dimostra di non aver avuto conoscenza del processo, il contumace può chiedere di rendere dichiarazioni anche quando è in corso il giudizio di Cassazione o quello di revisione, oppure nella fase dell'esecuzione.

Quindi possiamo constatare che l'innovazione era soltanto apparente, dal momento che la disciplina normativa era rimasta per lo più immutata rispetto al passato, soprattutto con riguardo ai profili legati alla effettiva conoscenza della citazione a giudizio e ai relativi meccanismi di controllo giurisdizionale. L'art. 18 comma 1 e 2 della legge sopra detta, in linea con i dettami europei, disponeva che la citazione doveva contenere i fatti che costituivano l'imputazione in forma chiara e precisa, gli elementi temporali e l'enunciazione dei luoghi.

La restituzione nel termine per proporre impugnazione⁴⁵ e la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in appello sono entrambe volte a garantire al contumace incolpevole un nuovo processo.

La l. 22/1989 e l'originaria previsione codicistica stabilivano che, contro una sentenza contumaciale, il difensore dell'imputato poteva proporre impugnazione solo se munito di specifico mandato ciò al fine di evitare che l'impugnazione del difensore del contumace, all'insaputa di quest'ultimo, precludesse poi la possibilità d'impugnazione per l'imputato; l'art 46 della legge 16 dicembre 1999, n. 479 abrogò questa

⁴⁴ M. CASSANO – E. CALVANESE, *Giudizio in contumacia e restituzione nel termine*, Milano, Giuffrè, 2008.

⁴⁵ Come enunciato dal testo allora vigente dell'art. 175 co. 2 c.p.p., è prevista la restituzione nel termine per proporre impugnazione contro la sentenza contumaciale quando l'imputato prova << di non aver avuto effettiva conoscenza del provvedimento, sempre che l'impugnazione non sia stata proposta dal difensore ed il fatto non sia dovuto a sua colpa, ovvero, quando la sentenza contumaciale è stata notificata mediante consegna al difensore nei casi previsti dagli artt. 159, 161 co. 4 e 169, l'imputato non si sia sottratto volontariamente alla conoscenza degli atti del procedimento>>.

disposizione sul presupposto che essa potesse costituire una indebita limitazione per il difensore⁴⁶.

Sono così aumentati i casi in cui la persona condannata, senza averne avuto conoscenza, si è trovata nella situazione di una impossibilità di ottenere, mediante l'impugnazione, un nuovo processo e contemporaneamente l'avvocatura è stata gravata dall'onere di proporre impugnazione contro tutte le condanne contumaciali, anche al solo fine di cercare di evitare possibili forme di responsabilità disciplinare; con esiti, peraltro, paradossali in ordine alla possibilità del contumace tardivamente comparso di ottenere la restituzione nel termine e indubbi effetti inflattivi del complessivo carico penale.

Infine con questa legge il legislatore ha operato una significativa modifica degli istituti della contumacia e dell'assenza; la principale novità è stata rappresentata dal trasferimento della relativa disciplina nell'ambito dello svolgimento dell'udienza preliminare, quindi disponendosi, per quanto riguarda il dibattimento, il rinvio integrale alle predette disposizioni in quanto compatibili.

La disciplina già dettata per la fase dibattimentale è stata pertanto sostanzialmente riprodotta nell'ambito di quella dettata in riferimento all'udienza preliminare prevedendosi unicamente alcune modifiche di dettaglio non rilevanti ai fini della complessiva lettura del sistema.

La *ratio* alla base di tale modifica è stata quella di potenziare i meccanismi diretti ad assicurare l'integrità del contraddittorio sin dalla fase dell'udienza preliminare, il tutto in stretta conseguenza con le disposizioni che hanno accresciuto l'ambito delle attività esercitabili in

⁴⁶ S. QUATTROCOLO, sub art. 46 l. 479/1999, in *Legisl. Pen.*, 2000, p. 558, con forti accenti critici nei confronti del legislatore che aveva voluto eliminare la subordinazione alla volontà dell'imputato del potere del difensore di proporre impugnazione senza, però, occuparsi dell'armonizzazione dell'art. 571 c.p.p. con l'art. 175 c.p.p. nella parte in cui escludeva la restituzione nel termine in caso di impugnazione del difensore.

tale sede, con particolare riferimento a quelle di integrazione probatoria azionabili d'ufficio, ovvero su istanza di parte, oltre che con l'ampliamento delle regole di giudizio dettate dall'art. 425 c.p.p.

Si può quindi affermare che, con questa nuova disciplina, il fulcro del processo penale non è più il giudizio dibattimentale bensì l'udienza preliminare in quanto la constatazione che la presenza dell'imputato al processo è predisposta essenzialmente in funzione della sua autodifesa; importa che il primo momento a partire dal quale occorre verificare quale sia la sua posizione rispetto al processo di merito se, cioè, presente, "quasi presente", assente o contumace è proprio quello della fase preliminare; fase che, nell'assetto codicistico ridisegnato ad opera della legge 479/1999, si caratterizza per un <<potenziamento complessivo delle garanzie di giurisdizionalità>>⁴⁷. Infatti il giudice dell'udienza preliminare, << dovrà, nel caso di investigazioni non complete, indicarne d'ulteriori e potrà disporre, anche d'ufficio, l'assunzione delle prove di cui gli sarà apparsa evidente la decisività ai fini del non luogo a procedere, è ovvio che maggiore importanza assumerà l'intervento dell'accusato in questa fase, con conseguente necessità di aumentare i controlli e le procedure volti a garantire tale circostanza>>⁴⁸. È importante precisare che l'articolo 19 co. 1 della legge in commento modificò il termine per la fissazione dell'udienza preliminare a cinque giorni, mentre prima era non più di due giorni.

La Corte costituzionale⁴⁹ ritenne che, a seguito delle trasformazioni subite, l'udienza preliminare non fosse più un mero momento

⁴⁷In questi termini G. GARUTI, La nuova fisionomia dell'udienza preliminare, in F. PERONI (a cura di), Il processo penale dopo la riforma del giudice unico (l. 16 dicembre 1999, n. 479), Cedam, 2000, p. 357.

⁴⁸ P. MOSCARINI, Verso una riforma degli istituti di garanzia dibattimentale e predibattimentale, in Dir. Pen. Proc., 1999, p. 1441.

⁴⁹ Corte cost., sent. 4-6 luglio 2001, n. 224, in Giur.cost., 2001, p. 1955 ss.

processuale, ma si presentasse come un istituto volto ad anticipare un segmento della fase successiva per accelerare e semplificare l'eventuale svolgimento del giudizio e, dall'altra, a offrire al giudice un novero di strumenti da utilizzare nell'ottica di deflazione del dibattimento⁵⁰.

Tuttavia la presente riforma, pur nella "nobiltà" di intenti perseguiti, non è stata immune da critiche; la principale muoveva dalla constatazione che l'intervento legislativo è stato realizzato percorrendo strade già note; di fatto si è anticipata a questa fase, pur con alcuni adattamenti imposti dal peculiare momento processuale attraverso l'inserimento degli artt. 420-*quater* e 420-*quinquies* c.p.p., la disciplina sulla contumacia e l'assenza dettata per il dibattimento agli artt. 485, 486, 487, 488 c.p.p.

Le uniche novità di rilievo attengono come abbiamo visto, con riguardo all'imputato, alla possibilità di disporre il differimento dell'udienza, ex art. 420-*ter* comma 3 c.p.p., nell'ambito dell'udienza preliminare, anche qualora la sua mancata presenza per assoluta impossibilità di comparire si verifichi nelle udienze successive alla prima, diversamente da quanto era affermato dal combinato disposto dei previgenti artt. 420 comma 4 e 486 commi 1 e 2 c.p.p.; con riguardo, invece, al difensore al riconoscimento di uno spazio operativo, ex art.420-*ter* comma 5 c.p.p., alla situazione di legittimo impedimento a comparire, sia esso riconducibile a motivi personali o professionali, nella quale versi, appunto, il difensore di fiducia dell'imputato o dell'ente⁵¹.

⁵⁰Mangiaracina, *Garanzie partecipative e giudizio in absentia*, op. cit.,56.

⁵¹ La circostanza che l'art. 40 d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 prevede la nomina di un difensore di ufficio per l'ente che non ne abbia nominato uno di fiducia o ne sia rimasto privo, induce << verso un regime di effettività della difesa>>; così A. SCALFATI, *Le norme in materia di prova e di giudizio*, in G. GARUTI (a cura di), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Cedam, 2002, p. 358, nota 21.

Capitolo II

La presenza dell'imputato al processo nelle carte sui diritti fondamentali

Sommario: 2.1 Il diritto alla presenza secondo il modello costituzionale. – 2.2 La presenza dell'imputato al processo secondo la Convenzione europea dei diritti dell'uomo. – 2.3 La presenza dell'imputato al processo secondo il Patto internazionale sui diritti civili e politici. – 2.4 Sentenze della Corte EDU del 18 maggio 2004: caso Somogyi c. Italia e caso Sejdivic c. Italia. – 2.5 L'intervento del legislatore italiano con il d.l. 17/2005 convertito in L. 60/2005 con relativa riforma degli artt. 157 e 175 c.p.p. – 2.6 Linee essenziali del vecchio processo in contumacia.

2.1 Il diritto alla presenza secondo il modello costituzionale italiano.

Il diritto dell'imputato ad essere presente al proprio processo è essenziale per la piena funzionalità del contraddittorio; anche se riconosciuto in forma esplicita nell'art. 14 n. 3 lett. d del Patto internazionale sui diritti civili e politici e in forma implicita nell'art. 6 della CEDU, a livello costituzionale non ha una specifica previsione.

Il punto di partenza non può che essere costituito dall'art. 24 comma 2 Cost., dal quale oltre a ricavarsi la natura di << diritto >> della difesa si deduce, per il rapporto strumentale con il primo comma del medesimo articolo, che la difesa è un diritto attribuito a colui che agisce in giudizio

per la tutela dei propri diritti. Si tratta in sostanza di una norma <<generica e aperta>> che assicura all'imputato <<qualsiasi diritto, potere o facoltà, non garantitagli da altra disposizione costituzionale (...) che l'esperienza dimostra essere necessario o utile affinché (...) ottenga che il processo si svolga e concluda nel modo a lui più favorevole>>⁵².

La Corte costituzionale, nella sentenza 14 gennaio-1° febbraio 1982, n.9, ha affermato che il diritto di difesa di cui all'art. 24 comma 2 Cost. è garantito << nella sua interezza, e cioè sotto il duplice profilo dell'assistenza e rappresentanza (c.d. difesa tecnica) e della partecipazione personale al dibattimento (c.d. autodifesa o difesa materiale)>>; la prima intesa come << potestà effettiva dell'assistenza tecnica e professionale nello svolgimento di qualsiasi processo, in modo che venga assicurato il contraddittorio e venga meno ogni ostacolo a far valere le ragioni delle altre parti >>⁵³, la seconda come quel <<complesso di attività mediante le quali l'imputato è posto in grado di influire sullo sviluppo dialettico del processo e di contribuire così, attivamente, ad una più sicura ricerca della verità materiale>>⁵⁴.

L'autodifesa si realizza, anzitutto, attraverso la personale partecipazione dell'imputato al processo e la facoltà di poter contribuire alla ricostruzione del fatto per cui si procede; la stessa previsione di cui all'art. 111 comma 3 Cost., là dove contempla un vero e proprio catalogo di regole processuali che connotano la difesa penale, mostra implicitamente di essere funzionale a garantire il diritto d'intervento personale dell'imputato al proprio processo. In ogni caso presupposto essenziale perché le parti siano poste nelle condizioni di poter agire è la conoscenza che per l'imputato significa conoscenza dell'esistenza del processo,

⁵²M. SCARPONE, *Evoluzione ed involuzione del diritto di difesa*, Giuffrè, 1980, p.21.

⁵³Cfr. Corte cost., sent. 8-18 marzo 1957, n. 46, in *Giur. cost.*, 1957, p. 587.

⁵⁴Cfr. Corte cost., sent. 18-27 dicembre 1973, n. 186, in *Giur. cost.*, 1973, p. 2432.

conoscenza dell'accusa che lo sostiene, delle attività che in esso si susseguono e dei diritti processuali che gli competono. Tuttavia, poiché caratterizzata dalla piena libertà di esercizio⁵⁵, può manifestarsi anche mediante comportamenti di segno negativo, nel senso che il silenzio dell'imputato rappresenta un atteggiamento di non collaborazione con l'autorità procedente.

Occorre perciò ritenere che il sistema non possa fare nulla per costringere l'imputato a un *facere*, né tanto meno a partecipare personalmente al processo penale. Il diritto di difesa rappresenta <<la proiezione nel processo di quegli attributi di libera determinazione, autonomia e autoresponsabilità che assistono l'individuo in ogni settore della vita sociale>>⁵⁶; bisogna però precisare che affinché l'imputato possa scegliere liberamente, è necessario che sia preventivamente informato, che sia cioè messo a conoscenza del processo penale a suo carico; diversamente sarebbe un mero comportamento processuale inconsapevole che l'imputato, presumibilmente, non avrebbe tenuto se fosse stato adeguatamente informato del procedimento attivato a suo carico. Un soggetto informato, infatti, è libero di poter assumere il comportamento che ritiene più confacente ai propri interessi all'interno del processo. Il tema della partecipazione dell'imputato al processo è visto non soltanto nel suo aspetto di estrinsecazione del diritto di difesa, in quanto oggetto di libero esercizio da parte dell'imputato nella sua forma positiva o negativa, ma anche nel suo aspetto di garanzia del corretto accertamento giudiziale perché funzionale alla realizzazione di quel giudizio collettivo che è il contraddittorio. L'essenza del contraddittorio sta nell'esigenza che sia garantita alle parti la possibilità d'intervenire all'<<incrocio delle attività mediante le quali ciascuna>>...<<offre all'altra (od alle altre) ed al

⁵⁵G. PANSINI, La contumacia nel diritto processuale penale, Giuffrè, 1963, p. 49.

⁵⁶O. DOMINIONI, Le parti nel processo penale, cit., p. 153.

giudice i dati, le idee, le ragioni che ritiene meglio rappresentino i propri interessi ed interloquisce sui dati, le idee, le ragioni provenienti dall'altra (o dalle altre) parti>>⁵⁷. Le parti hanno il diritto di interloquire in condizioni di parità sui temi destinati a formare oggetto della decisione; devono essere portatrici d'idee e d'interessi antitetici e detta pariteticità sarebbe irrimediabilmente compromessa qualora spettasse ad uno dei contraddittori il responso finale; per questo motivo si è ritenuto che per il corretto funzionamento di tale meccanismo si deve postulare la presenza di un terzo imparziale per la decisione finale.

Il contraddittorio ha un'indiscutibile portata garantistica, collegandosi con disposizioni costituzionali le quali riconoscono diritti inviolabili dell'uomo: anzitutto, con il principio di partecipazione (art. 2), il quale richiede che il cittadino, << comunque implicato nella funzione di giustizia>>, possa apportare << dati ed elementi destinati all'altrui elaborazione>>⁵⁸; in secondo luogo con quello di eguaglianza (art. 3 comma 1), trattandosi di assicurare una parità processuale che è premessa non rinunciabile per una parità sostanziale. Inoltre il principio del contraddittorio, pur non identificandosi con quello d'invulnerabilità della difesa (art. 24 comma 2) è indissolubilmente connesso con il medesimo; ed ancora la stessa naturalità del giudice (art. 25 comma 1) implica che questi debba reperire i propri criteri decisionali in un valido contraddittorio; infine la medesima presunzione d'innocenza (art. 27 comma 2), ad avviso di altri⁵⁹ "esige che sia accentuata, se possibile, la dialettica fra le parti, perché la funzione dell'accusa di provare la colpevolezza abbia il massimo risalto, e non si stemperi nel generico compito del giudice di provare la verità".

⁵⁷CHIAVARIO, *Processo e garanzie della persona*, II, *Le garanzie fondamentali*, Milano, 1984, 172.

⁵⁸SABATINI Gius., *Principi costituzionali del processo penale*, Napoli, 1976, 75.

⁵⁹ILLUMINATI, *La presunzione di innocenza dell'imputato*, Bologna, 1979, 168.

Inoltre il contraddittorio è essenziale non solo sotto il profilo garantistico ma anche dal punto di vista logico e metodologico, essendo il miglior sistema per la ricerca della verità giudiziale: è solo attraverso il dialogo fra le parti contrapposte e l'ordinato confronto fra le divergenti opinioni che il convincimento del giudice può correttamente trasformarsi in giudizio.

In sostanza l'autodifesa trova nel contraddittorio la sua massima affermazione; i due aspetti, tutela del contraddittorio e tutela del diritto di difesa, appaiono, pertanto, intrinsecamente connessi, in quanto il principio del contraddittorio è stato considerato come il mezzo essenziale per l'esercizio di difesa.

La breve ricostruzione sin qui compiuta dei rapporti tra autodifesa, intesa come libertà di scelta del mezzo migliore per difendersi, e contraddittorio, non può essere posta in discussione neppure dall'accentuazione, nel contesto del nuovo art. 111 Cost., inserito ad opera della legge cost. 23 novembre 1999, n. 2 in materia di giusto processo. E' doveroso, iniziando l'esame del decreto legge, un cenno alla portata ed alle conseguenze processuali della riforma dell'art.111 Costituzione cui il decreto legge si riferisce; si tratta di una riforma che, tra l'altro, va ad incidere in maniera diretta sull'attuale assetto del processo penale sul quale è destinata a produrre gli effetti più significativi. Premessa del parere che viene reso da questo Consiglio è che le nuove norme costituzionali costituiscono punto fermo per ogni ragionamento sul processo e per una ricostruzione sistematica della sua disciplina. Alla normativa costituzionale occorre soltanto dare attuazione effettiva e nel contempo assicurare che i principi in essa contenuti trovino applicazione nel modo più efficace possibile partendo dalla necessità di ispirare gli interventi legislativi ai due criteri fondamentali stabiliti dall'art.111 Costituzione del rispetto delle garanzie e, insieme,

della realizzazione dell'efficienza, come più volte ribadito dalla Corte costituzionale. Nella consapevole previsione di ricadute sull'efficace esercizio della giurisdizione (peraltro, in termini di illegittimità di numerose disposizioni processuali attualmente vigenti), lo stesso legislatore costituzionale ha stabilito che l'applicazione dell'art. 2 della legge di riforma fosse attuata dal legislatore ordinario ai procedimenti penali in corso alla data della sua entrata in vigore. Ciò significa che la disciplina transitoria, nel rispettare le linee essenziali della riforma (tra cui ovviamente il metodo dialettico nella formazione della prova), non deve neppure confliggere con altri principi pure contenuti nell'art. 111 Cost. riformato, quali la parità tra le parti e la ragionevole durata del processo, né ignorare le stesse ipotesi derogatorie previste dal quinto comma della norma.

Superando quella che si può definire una deriva del diritto delle prove⁶⁰, il "giusto processo" viene costruito con formule sostanzialmente ricavate dalle fonti pattizie sui diritti umani, ma peraltro già utilizzate in sede di elaborazione del progetto di riforma costituzionale della Commissione bicamerale.

Consacrati principi e garanzie quali parità delle parti, terzietà e imparzialità del giudice e contraddittorio, l'art. 111 Cost. viene a rappresentare il giusto processo nel ruolo di condizione di legittimità della funzione giurisdizionale. Il legislatore ha realizzato una sorta di *incorporation* rafforzativa di garanzie già codificate nel 1989 e poi ripudiate dalla svolta involutiva dei primi anni '90, per accrescerne il grado di resistenza. Contraddittorio e giusto processo, nel loro imprescindibile rapporto, si misurano in ogni caso su più piani che, pur correlati tra loro, vengono delineati nei diversi commi dell'art. 111 Cost.

⁶⁰Per la nota formula. M.R. Damaska, *Il diritto delle prove alla deriva*, Bologna, 2003.

In primo luogo si evidenzia la statuizione secondo cui la legge deve assicurare che <<la persona accusata di un reato...abbia la facoltà, davanti al giudice, di interrogare o far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico>> (art. 111 comma 3 Cost.). Il diritto al confronto introduce qualcosa di più e di diverso del diritto alla controprova, che viene affermato con la separata formula della facoltà di convocazione di persone a difesa nelle stesse condizioni dell'accusa e di acquisizione di ogni altro mezzo di prova a favore (art. 111 comma 2 Cost.). Il diritto alla controprova compete infatti anche al pubblico ministero in base alle previsioni codicistiche che attuano il principio di parità tra le parti.

Inoltre nello stabilire che << la colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre sottratto volontariamente all'interrogatorio dell'imputato o del suo difensore>>, il comma 4 realizza il diritto al confronto nella forma del contraddittorio specifico del quale <<devono essere partecipi gli stessi soggetti destinatari dell'utilizzazione probatoria dei suoi esiti>>. Infine, con l'individuazione delle legittime deroghe al contraddittorio per cui << la legge regola i casi in cui la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio per consenso dell'imputato o per accertata impossibilità di natura oggettiva o per effetto di provata condotta illecita>> (comma 5), si costituzionalizza la inutilizzabilità fisiologica a tutela della separazione funzionale tra le fasi, sancendo tassativamente le ipotesi in cui la prova può essere acquisita in forza di un contraddittorio implicito, ovvero in assenza di contraddittorio, qualora questo sia oggettivamente impossibile o inquinato. Viene così ad affermarsi, in particolare nei due primi profili, l'assetto del contraddittorio come espressione di un diritto di difesa⁶¹ attivo nella fase di assunzione del procedimento probatorio e

⁶¹Sul rapporto tra diritto di difesa e contraddittorio, G. Uberti, *Sistema*, cit., p.145.

non piegato ad una forma di intervento, circoscritto nei tempi e passivo nei modi, ad atti unilaterali dell'autorità come era invece inteso nel sistema previgente⁶².

Possiamo perciò affermare che il rito adottato dal nuovo art. 111 Cost. (giusto processo) altro non sia che un allineamento anche lessicale ad un modello processuale tendenzialmente unitario, che a partire dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo delle nazioni Unite del 1948 si è venuto sempre più diffondendo e radicando a tutela dei diritti fino all'attuale primo riconoscimento della Carta europea dei diritti. La dottrina nazionale e sopranazionale si divide sulla accettabilità di più o meno numerose eccezioni in proposito ma non si divide sulla regola, che è appunto quella evocata dall'aggettivo "giusto".

L'art. 111 Cost. nel suo preambolo è composto da tre enunciati molto importanti: <<La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge./ Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale.

La legge ne assicura la ragionevole durata>>.

Il processo "giusto" (ed innanzi tutto quello <<regolato>> dal nuovo art. 111 Cost. a <<tutela...dei diritti>> dell'art. 24 Cost.) non è infatti solo quello, per Salvatore Satta, svolto e concluso dal giudice <<autonomo ed indipendente>>, <<terzo e imparziale>>: vale a dire da quel già rammentato giudice problematicamente libero da ogni dipendenza dai poteri forti, estrapolato ed isolato dall'illustre autore appena richiamato dal restante <<mistero del processo>>. Il "giusto processo", rigarantito dall'art. 111 Cost., non è <<misterioso>> perché è quello con il quale quel giudice, autonomo, indipendente, terzo, imparziale, <<amministra>> la <<giustizia>> essendo anche il <<giudice naturale

⁶²GALANTINI N., Giusto processo e garanzia costituzionale del contraddittorio nella formazione della prova, in *Diritto penale contemporaneo*, 2010.

precostituito per legge>>, il <<giudice ordinario istituito e regolato dalle norme sull'ordinamento giudiziario>>, il <<giudice soggetto... alla legge>>.

“Giusto processo” è una formula di antica e illustre ascendenza, alle cui origini si trovano i concetti di *fair trial* e *due processo of law* della tradizione angloamericana. Ma il riferimento più immediato è senza dubbio la nozione di <<processo equo>>a cui sono informati l'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e l'art. 14 del Patto internazionale sui diritti civili e politici. Ma al di là del significato di volta in volta riconosciuto dagli interpreti, non è improprio vedere nell'espressione << giusto processo>> il punto d'arrivo di un'evoluzione. *Due processo of law* esprime soprattutto l'esigenza di legalità, di rispetto delle regole nella procedura; l'attributo equo (o *fair*) vi aggiunge l'idea di una parità in cui dovrebbero trovarsi davanti al giudice i soggetti che esercitano le opposte funzioni (accusa e difesa nel processo penale, attore e convenuto in quello civile).

Che il processo debba essere “giusto” e, al tempo stesso ovvio e fondamentale; ovvio perché ogni istituzione sociale deve essere giusta⁶³; e sarebbe davvero paradossale che non lo fosse proprio quella specificamente destinata a dispensare la giustizia. Fondamentale perché la decisione in tanto è socialmente accettata , in quanto il processo da cui scaturisce sia percepito come “giusto”.⁶⁴

<<Ogni>> processo <<si svolge>>, invero, nel rigido rispetto di questa duplice <<soggezione alla>> ed <<attuazione della>> <<legge>> preesistente, che deve essere interpretata ma non può essere creata dal giudice. Infatti il “giusto” processo garantito dalla nostra Costituzione,

⁶³<< La giustizia è il primo requisito delle istituzioni sociali, così come la verità lo è dei sistemi di pensiero>> (J. RAWLS, *Una teoria della giustizia* [1971], Milano, 1997, 21).

⁶⁴FERRUA P., *Il 'giusto processo'*, Bologna, 2007, p. 28.

non solo non può creare o abolire quei diritti sostanziali, che neppure lo Stato può abolire o creare perché propriamente sottratti alla stessa <<sovranità popolare>>, ma è <<regolato dalla legge>> processuale ordinaria, individuata dal Parlamento solo nei precisi limiti e scopi rigidamente fissati dalla legge costituzionale e mai dalla legge processuale creata dal giudice.

A differenza di quanto abbiamo sin qui verificato per le disposizioni introdotte con la riforma costituzionale, i contenuti degli ultimi due commi aggiunti all'art. 111 Cost. non consentono l'individuazione di analoghe previsioni nei testi della Convenzione europea e del progetto elaborato dalla Commissione bicamerale nel 1997⁶⁵. Non può allora che essere accolta con favore la scelta operata nell'art. 111 co. 4 Cost., dove il contraddittorio <<torna alleato e non nemico della verità⁶⁶>>, torna ad essere strumento infungibile per la ricostruzione dei fatti e non limite ingiustificato per le possibilità di accertamento del processo penale, in quanto esso, come venne nitidamente segnalato all'atto della presentazione del progetto di riforma costituzionale all'aula del Senato, <<è più che un diritto della difesa(...): il diritto alla difesa serve l'accusato; il contraddittorio serve in primo luogo il processo, perché serve la verità, e dunque serve la giustizia>>⁶⁷.

⁶⁵Se andiamo ad esaminare i passi iniziali della riforma, vedremo che solo nel d.d.l. 3630, del resto, compariva un espresso cenno al tema del contraddittorio per la formazione della prova: nell'ultimo comma dell'art. 101 Cost. si prevedeva che << salva la possibilità di procedimenti speciali, il processo penale>> si sarebbe dovuto svolgere <<secondo il principio dell'oralità e dell'immediatezza>>, per poi essere <<deciso con sentenza fondata su prove documentali o su prove formate unicamente nel dibattimento in contraddittorio tra le parti e sotto il controllo del giudice>>.

⁶⁶FERRUA P., *Processo penale*, in *Questione giustizia*, 2000, p. 55.

⁶⁷Così il sen. Pera, nella relazione della I Commissione permanente, comunicata alla Presidenza del Senato il 25/1/99, in *Atti Senato, d.d.l. e relazioni*, stamp. nn. 3619, 3623, 3630, 3638 e 3665-A, 6.

Infine alla luce del novellato art. 111 Cost., ed in particolare in relazione al punto in cui prevede che la persona accusata di un reato abbia facoltà davanti al giudice di interrogare o far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico, di ottenere la convocazione e l'interrogatorio di persone a sua difesa, e che il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova; sorge legittimo l'interrogativo circa la compatibilità del giudizio in contumacia con i nuovi principi costituzionali, in quanto il semplice obbligo di comparazione al dibattimento non apporterebbe alcuna limitazione al diritto di difesa ed, anzi, assicurerebbe un più efficace contributo alla difesa tecnica e un effettivo apporto al metodo del contraddittorio mediante forme di collaborazione personale alla difesa tecnica.⁶⁸

⁶⁸P.SPAGNOLO, In tema di restituzione nel termine per il contumace, in Cass. pen., 2006, pp. 1130ss., la quale richiama, tra l'altro, la giurisprudenza della Corte europea che ha evidenziato che la partecipazione dell'imputato al suo processo riveste "un'importanza capitale" sia in rapporto al suo diritto di essere ascoltato sia in vista dell'esigenza di verificare con accuratezza e di mettere a confronto le affermazioni rese dall'imputato con quelle fornite dalle vittime e dai testimoni.

2.2 La presenza dell'imputato al processo secondo la Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Prima di iniziare a trattare delle varie norme atte a riconoscere, a livello internazionale, il diritto dell'imputato ad essere presente al proprio processo si deve affrontare il tema del rango e dell'efficacia che tali norme dispiegano nel nostro ordinamento giuridico. La circostanza che le norme convenzionali siano state recepite nell'ordinamento giuridico interno, attraverso l'ordine di esecuzione contenuto nella legge di autorizzazione alla ratifica (legge 4 agosto 1955, n. 848), comporta che queste assumano la medesima posizione gerarchica della fonte di adeguamento che, nel caso di specie, è una legge ordinaria. Da ciò ne è conseguito per lungo tempo che le norme convenzionali si trovano in posizione subordinata rispetto alla Costituzione, ma sovraordinata rispetto alle fonti secondarie e il loro rapporto con le leggi ordinarie successive deve essere risolto mediante l'applicazione del generale criterio cronologico. Va rilevato come la giurisprudenza della Corte di Strasburgo abbia dimostrato, in più occasioni (basta pensare alle numerose pronunce di condanna emesse a carico dell'Italia), che in tema di tutela dei diritti fondamentali manca una perfetta sovrapposibilità tra sistema nazionale e sistema "internazionale" di protezione. Nel tentativo di superare gli inconvenienti legati al meccanismo della successione di leggi nel tempo, la dottrina negli anni si è profusa nello sforzo di trovare una copertura costituzionale alle norme contenute nella principale Carta sui diritti umani. Infatti, proprio con riguardo alle convenzioni universali e regionali sui diritti umani sottoscritte dall'Italia, si è affermato che i diritti ivi garantiti trovano espressione, e non meno intensa garanzia, nella Costituzione: non solo per il valore da attribuire al generale

riconoscimento dei diritti inviolabili dell'uomo fatto dall'art. 2 Cost., ma anche perché le diverse formule che li esprimono si integrano, completandosi reciprocamente nell'interpretazione. Una svolta nella materia è stata segnata da un recente intervento della Corte costituzionale che, mediante il richiamo al testo dell'art. 117 comma 1 Cost., afferma che << la potestà legislativa è esercitata (...) nel rispetto degli obblighi internazionali>>, ha conferito ai trattati internazionali una specifica copertura costituzionale. La Corte, in linea con la propria consolidata giurisprudenza, ha escluso la possibilità di trovare, con riguardo alle norme contenute nella CEDU, una copertura costituzionale negli artt. 11 e 10 comma 1 Cost., in quanto norme internazionali pattizie, vincolano lo Stato <<ma non producono effetti diretti nell'ordinamento interno, tali da affermare la competenza dei giudici nazionali e darvi applicazione nelle controversie ad essi sottoposte, non applicando nello stesso tempo le norme interne in eventuale contrasto>>⁶⁹.

La CEDU, al contrario di quanto avviene a livello comunitario, non produce norme direttamente applicabili negli Stati contraenti; il giudice nazionale se si trova in presenza di un contrasto tra norma interna e quella sovranazionale, non ha alcun potere di disapplicazione della prima. Questi deve interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale, entro i limiti nei quali ciò sia permesso dai testi delle norme⁷⁰, c.d. interpretazione conforme.

Infatti il sistema italiano a seguito delle note sentenze gemelle n. 348-349 del 2007 della Corte costituzionale, ha potuto dichiarare che, nel silenzio del legislatore costituzionale, <<il contrasto di una norma nazionale con una norma convenzionale, in particolare della C.E.D.U., si traduce in violazione dell'art. 117, primo comma, Cost.>>. Sul piano della

⁶⁹Corte cost., sent. 22-24 ottobre 2007, n. 348, cit., p. 3505.

⁷⁰Corte cost., sent. 22-24 ottobre 2007, n. 349, cit., p. 3555

giurisdizione ciò sta a significare che il giudice nazionale è generalmente investito anche del ruolo di “giudice della convenzione”, chiamato all’applicazione delle norme convenzionali secondo l’interpretazione data alle stesse dalla Corte EDU; qualora permanga l’eventuale conflitto tra norma interna e norma CEDU, il giudice è chiamato a sollevare questione di legittimità costituzionale per contrasto tra la norma interna ritenuta non conforme a convenzione e l’art. 117 della Costituzione. Pertanto, l’applicazione delle norme convenzionali deve avvenire secondo l’interpretazione data a quelle stesse norme dai giudici di Strasburgo; come più volte richiamato dalla Corte Costituzionale⁷¹ come dalla stessa CEDU⁷², occorre che l’interpretazione della norma convenzionale alla quale si conforma il giudice interno sia determinata da un orientamento giurisprudenziale consolidato. Solo in questo caso il giudice italiano sarà vincolato a recepire la norma individuata a Strasburgo, adeguando ad essa il suo criterio di giudizio per superare eventuali contrasti rispetto ad

⁷¹Corte Costituzionale, sentenza n. 48 del 2015: “ Questa Corte ha già precisato, e qui ribadisce, che il giudice comune è tenuto ad uniformarsi alla « giurisprudenza europea consolidata sulla norma conferente» (sentenze n. 236 del 2011 e n. 311 del 2009), « in modo da rispettare la sostanza di quella giurisprudenza» (sentenza n. 311 del 2009; nello stesso senso, sentenza n. 303 del 2011), fermo il margine di apprezzamento che compete allo Stato membro (sentenze n. 15 del 2012 e n. 317 del 2009). È , pertanto, solo un “diritto consolidato”, generato dalla giurisprudenza europea, che il giudice interno è tenuto a porre a fondamento del proprio processo interpretativo, mentre nessun obbligo esiste in tal senso, a fronte di pronunce che non siano espressive di un orientamento oramai divenuto definitivo... E’ perciò la stessa CEDU a postulare il carattere progressivo della formazione del diritto giurisprudenziale, incentivando il dialogo fino a quando la forza degli argomenti non abbia condotto definitivamente ad imboccare una strada, anziché un’altra... Questo tratto conferma un’opzione di favore per l’iniziale confronto fondato sull’argomentare, in un’ottica di cooperazione e di dialogo tra le Corti, piuttosto che per l’imposizione verticistica di una linea interpretativa su questioni di principio che non hanno ancora trovato un assetto giurisprudenziale consolidato e sono perciò di dubbia risoluzione da parte dei giudici nazionali”.

⁷²L’art. 28 CEDU fa esplicito riferimento alla “giurisprudenza consolidata” quale causa per consentire, in relazione ad un ricorso individuale ex art. 34, di dichiarare congiuntamente la ricevibilità del ricorso e la sentenza sul merito.

una legge interna, anzitutto per mezzo di << ogni strumento ermeneutico a sua disposizione>>, ovvero, se ciò non fosse possibile, ricorrendo all'incidente di legittimità costituzionale⁷³.

La norma centrale per l'individuazione di uno standard <<minimo>> di garanzie della persona in rapporto all'esercizio della giurisdizione è l'art. 6 CEDU, anche se non è esplicitamente enunciato in esso ma è stato desunto dalla stessa grazie ad una lettura estensiva.

L'articolo in questione, infatti, al paragrafo 3 lettere c), d), e) dice che ogni imputato ha diritto di “difendersi personalmente”, “esaminare o far esaminare i testimoni a carico e ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico”; “ farsi assistere gratuitamente da un interprete se non comprende o non parla la lingua usata in udienza “ attività che richiedono implicitamente la presenza del soggetto titolare per essere concretamente realizzate. La Corte europea ha quindi affermato che <<è di capitale importanza che l'imputato partecipi al processo, sia in ragione del suo diritto di essere ascoltato, sia al fine di verificare l'accuratezza delle dichiarazioni rese a suo carico e compararle con quelle della vittima – i cui interessi devono essere protetti – e dei testimoni>>⁷⁴. Tuttavia la Corte di Strasburgo non descrive il diritto ad essere presente nel processo a proprio carico come un diritto assoluto in quanto l'imputato può decidere volontariamente di non partecipare al processo, purché tale scelta sia volontaria, risulti in modo esplicito o tacito ma comunque non equivoco e purché il soggetto sia stato informato sul procedimento contro di lui. Cosa debba intendersi per “rinuncia non equivoca” è questione interpretativa di non poco conto: la Corte europea ritiene, *in primis*, che <<l'art. 6 CEDU impone ad ogni corte nazionale l'obbligo di verificare se, oltre ad un dubbio

⁷³Corte Costituzionale, sentenza n.48 del 2015.

⁷⁴Cfr. Corte eur., 23 novembre 1993, Poitrimol v. Francia.

ragionevole, l'imputato abbia rinunciato inequivocabilmente al suo diritto a comparire al processo»⁷⁵.

Ciò implica necessariamente un ricorso molto limitato alle “presunzioni” come strumento dal quale dedurre la conoscenza legale dell'atto processuale. Sulla base di tali principi, in mancanza di una notificazione certa, la Corte ha ritenuto insufficiente a dimostrare che l'imputato abbia consapevolmente rinunciato al suo diritto a comparire il mero *status* di fuggitivo, desunto dalla sola presunzione della sua irreperibilità.

Ma queste considerazioni portano ad effettuare una riflessione circa la compatibilità con il dettato convenzionale del sistema delle notificazioni previsto nell'ordinamento italiano, improntato in massima parte su presunzioni legali di conoscenza: la giurisprudenza europea ha costantemente affermato che una conoscenza ipotetica e non ufficiale delle accuse non soddisfa le esigenze della Convenzione che, al contrario, impone esplicitamente di informare l'imputato “in modo dettagliato, della natura e dei motivi dell'accusa formulata a suo carico” *ex art. 6 CEDU*. Non vi è quindi, “rinuncia non equivoca” al diritto a comparire ove manchi la prova dell'esistenza di almeno una comunicazione ufficiale all'imputato contumace. Sembra quindi che la presunzione di conoscenza sia “capovolta” rispetto all'ordinamento interno: laddove il sistema processuale italiano presume che il soggetto sia a conoscenza dell'atto processuale, l'ordinamento europeo ritiene che il soggetto ne sia all'oscuro, con l'unica eccezione rappresentata dalla consegna a mani proprie in cui la certezza della conoscenza non può essere posta in dubbio.

Tenuto conto poi del rilievo che assume la garanzia della partecipazione dell'imputato al processo, è compito delle autorità nazionali verificare,

⁷⁵ Vedi C. eur. Dir. Uomo, 18 maggio 2004, *Somojyi v. Italia*

<< al di là di ogni ragionevole dubbio>>, che l'interessato abbia avuto conoscenza sia dell'imputazione, sia della data fissata per la celebrazione dell'udienza. Pur essendo rimessa ai singoli Stati contraenti la libertà nella scelta degli strumenti da utilizzare per rispondere alle esigenze dell'art. 6, tuttavia se manca la prova che l'imputato ha rinunciato alla sua facoltà di comparire e di difendersi, occorre che l'ordinamento appresti dei rimedi successivi per reintegrare lo *status quo ante*; altrimenti vi è un diniego di giustizia, se l'individuo non possa ottenere che la giurisdizione statuisca di nuovo, dopo averlo sentito, sul merito dell'accusa in fatto e in diritto.

Quindi sono due le soluzioni adottabili dagli Stati per adeguare i propri sistemi ai *dicta* europei : la sospensione durante l'assenza dell'imputato, ovvero la predisposizione di strumenti tali da consentire al soggetto condannato a sua insaputa di ottenere un nuovo processo. Così che, mentre alcuni paesi di tradizione anglosassone considerano inutile la tenuta di un processo nell'assenza dell'imputato, in quanto in caso di condanna mancherebbe, comunque, il soggetto cui infliggere la pena, gli ordinamenti continentali partono dalla premessa che la sottrazione dell'accusato alla giurisdizione dello Stato non può impedire il corso normale della giustizia; appartiene a quest'ultimo il sistema italiano. Tenuto conto dell'importanza cruciale che riveste la presenza dell'imputato, unica persona a conoscere direttamente lo svolgimento dei fatti e a poter fornire una versione dei fatti da opporre a quella che verrà data dalle vittime e dai testimoni, la mera presenza di un difensore di fiducia o d'ufficio non è normalmente sufficiente ad un sistema italiano ad assicurare l'equo processo, laddove vi siano ipotesi nelle quali sia mancata ogni forma di contatto tra l'imputato, ignaro della pendenza a suo carico, ed il difensore che gli è stato assegnato, e ciò

indipendentemente dalla competenza professionale di quest'ultimo. I diritti della difesa non sono, quindi, completamente ed automaticamente disconosciuti per la sola circostanza che l'imputato sia assente. Da questo quadro scaturiscono due conseguenze: il legislatore è autorizzato ad introdurre regole tali da scoraggiare assenze ingiustificate e che, in caso d'inesistenza o d'insuccesso delle stesse assicuri, attraverso opportuni accorgimenti, che la disciplina del processo contumaciale sia comunque compatibile con l'art. 6 CEDU, evitando di porre eccessivi oneri probatori a carico dell'imputato contumace che tenti di ottenere la riapertura della procedura⁷⁶. Seguendo questa linea interpretativa, la giurisprudenza della Corte europea ha costantemente affermato che la Convenzione impone di concedere al condannato in contumacia un nuovo processo di merito, sempre che non risulti l'intenzione di questi di rinunciare al proprio diritto di comparire.

Ne consegue che quando una persona è stata giudicata *in absentia*, i giudici di Strasburgo dovranno, in primo luogo, accertare se vi sia stata rinuncia al diritto di presenziare al dibattimento. In caso affermativo la responsabilità internazionale dello Stato non deriva automaticamente per il solo fatto della contumacia; diversamente occorrerà stabilire se il condannato abbia la possibilità di ottenere la riapertura del caso ed un nuovo processo, conformemente alla disposizione dell'art. 6 CEDU.

In questo contesto si inserisce la Risoluzione n.11 del 21 maggio 1975, adottata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, nella quale sono stati indicati i criteri da seguire qualora uno Stato decida di ammettere nel proprio ordinamento la celebrazione di un giudizio in assenza dell'imputato, dovendo adempiere ad obblighi di informazione

⁷⁶C. eur. Dir. Uomo, 22 gennaio 1985, Colozza c. Italia. In dottrina vedi Tamietti A., Processo contumaciale e rimedi a garanzia del diritto di difesa dell'imputato assente: la Corte Europea "boccia" la restituzione nel termine ex art. 175 c.p.p., in Cass. pen., 2004 pag. 1393 e ss.

ben specifici, in modo tale che non vi sia dubbio alcuno circa la circostanza dell'imputato dell'esistenza del processo pendente a suo carico.

2.3 La presenza dell'imputato al processo secondo il Patto internazionale sui diritti civili e politici.

La "sentenza Colozza" ha messo in particolare rilievo la questione della presenza processuale, che viene considerata come oggetto di un diritto soggettivo dell'accusato, già riconosciuto a quell'epoca da un ulteriore solenne accordo internazionale: il Patto Internazionale sui diritti civili e politici.

Il Patto, unitamente al Protocollo integrativo e al Patto sui diritti economici e sociali, è stato ratificato ed eseguito dall'Italia con la legge 25 ottobre 1977, n. 881, pubblicata in G.U. 7 dicembre 1977, n. 333, suppl. ord. Al momento del deposito dello strumento di ratifica, il Ministero degli affari esteri italiano, con riguardo all'art. 14 comma 3 lett. d) Patto internaz. dir. civ. pol., aveva formulato una riserva, a tenore della quale: <<le disposizioni della lett. d) del paragrafo 3 dell'art. 14 sono considerate compatibili con le vigenti disposizioni italiane che disciplinano la presenza dell'imputato al processo e determinano i casi nei quali è ammessa l'autodifesa o è richiesta l'assistenza di un difensore>>. Si riteneva che questa riserva non avesse ad oggetto la regolamentazione della mancata partecipazione dell'imputato all'udienza, anche in ragione del riferimento alla sola disciplina della presenza dell'imputato <<e non più in generale, al suo diritto di presenza>> ma fosse dettata dalla necessità di cautelarsi in ordine alla problematica legata all'autodifesa esclusiva dell'imputato dall'udienza, introdotta con la legge 18 maggio 1978, n. 191.

L'Italia nel 1996 fu condannata dal Comitato dei diritti umani nel caso

Maleki⁷⁷. Il signor Ali Maleki era stato condannato a dieci anni di reclusione, a seguito di un processo svoltosi in Italia in *absentia*. Il Comitato ritenne che l'Italia non avesse adempiuto agli obblighi di notificazione volti a rendere edotto l'imputato del processo pendente a suo carico e delle conseguenze nel caso di una sua partecipazione al processo, in quanto aveva dato solo per presunta la conoscenza di tale procedimento da parte del signor Maleki; per il comitato non erano stati rispettati i parametri minimi per l'instaurazione di un processo in *absentia* valido in quanto era stato violato l'art. 14 par. 1 del Patto Internazionale di diritti civili e politici, poiché il seguente articolo prevedeva che ai fini della validità dello svolgimento di un giudizio in contumacia, l'accusato venisse avvisato con sufficiente anticipo del procedimento a proprio carico e delle accuse che gli venivano mosse. Il Comitato concluse affermando che « ai sensi dell'art. 2 paragrafo 3 (a) della Convenzione, la Parte si deve ritenere obbligata a porre fattivamente rimedio nei confronti del Sig. Maleki, ovvero provvedere al suo immediato rilascio o sottoporre lo stesso ad un nuovo processo, lui stesso presente. La Parte ha inoltre l'obbligo di garantire che simili violazioni non si verificano in futuro»⁷⁸.

Com'è stato accennato, mentre l'art. 14 par. 3 lett. d del Patto internaz. Dir. civ. pol. garantisce espressamente ad «ogni individuo accusato di un reato» il diritto «in posizione di piena uguaglianza» ad «essere presente al processo e a difendersi personalmente o mediante un difensore di sua scelta», nessun riferimento esplicito al processo in contumacia è contenuto nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, sebbene nell'art. 6 CEDU vi siano una serie di diritti e facoltà che

⁷⁷Comitato dei diritti umani, parere Maleki c/ Italia, 27/07/1999, Comm. n. 699/96, rapp. C.D.H. 2000 (A/54/40), vol II, Ann. XI, Sect. V, 186.

⁷⁸Comitato dei diritti umani, Maleki c/Italia, Comm. n. 699/96, , rapp. C.D.H. 2000 (A/54/40), vol II, Ann. XI, Sect. V, p. 186.

implicano la presenza dell'accusato. Questo non significa che il processo non possa celebrarsi in assenza dell'imputato; tuttavia l'effettivo esercizio dei diritti riconosciuti nell'art.14, come affermato dal Comitato dei diritti umani, presuppone che l'accusato sia stato adeguatamente informato della data e del luogo nel quale verrà celebrato il procedimento pendente a suo carico. E' proprio per questo, come abbiamo visto, che la Corte europea ha dichiarato che, in funzione di tali diritti, diventa d'importanza fondamentale la presenza dell'imputato al processo.

Dalla lettura delle norme appare evidente come, mentre nel Patto il diritto d'intervento dell'imputato sia oggetto di una specifica disposizione e riconosciuto nella sua <<forma statica>>, nella Convenzione europea è possibile individuarlo nel suo aspetto <<dinamico>>, attraverso la previsione di attività che presuppongono la presenza dell'imputato e costituiscono una manifestazione attiva della stessa⁷⁹.

⁷⁹D. VIGONI, Giudizio senza imputato e cooperazione internazionale, cit., p. 5.

2.4 Sentenze della Corte EDU del 18 maggio 2004: caso Somogyi c. Italia e caso Sejdovic c. Italia.

Alla pronuncia Colozza hanno fatto seguito a distanza di anni e nonostante i mutati assetti codicistici le sentenze della CEDU, 18 maggio 2004, Somogyi c. Italia e 10 novembre 2004, Sejdovic c. Italia, che hanno riproposto i rilievi contenuti nella prima pronuncia concernente il caso Colozza.

La vicenda Somogyi può essere così sintetizzata.

Nell'ambito di un processo per violazione alla normativa sulle armi il gip del Tribunale di Rimini dispose la notifica a Tamas Somogyi, cittadino ungherese, dell'avviso di fissazione dell'udienza preliminare a mezzo di lettera raccomandata. La ricevuta di ritorno della raccomandata, recante l'apparente firma del destinatario, venne restituita al Tribunale di Rimini.

Somogyi, assistito da un difensore d'ufficio, non si presentò né all'udienza preliminare né al dibattimento e venne dichiarato contumace. Il processo di primo grado si concluse con la sua condanna a otto anni di reclusione; la sentenza del Tribunale di Rimini divenne irrevocabile il 22 giugno 1999 per mancata interposizione di appello da parte del difensore d'ufficio che lo aveva assistito nel corso del procedimento. Successivamente Somogyi, a seguito di ricerche svolte nell'ambito internazionale, venne arrestato in Austria nell'agosto del 2000 ed estradato in Italia nel settembre del 2000 per eseguire la sentenza di condanna definitiva emessa nei suoi confronti.

Somogyi eccepì reiteratamente, anche tramite un difensore di fiducia nel frattempo nominato, sia in sede di incidente di esecuzione volto a far

dichiarare l'invalidità del titolo esecutivo che in sede di domanda di restituzione nel termine per impugnare la sentenza contumaciale *ex art.* 175 c.p.p., la nullità della notifica dell'avviso di fissazione dell'udienza preliminare, tradotto in lingua ungherese; disconobbe la firma apposta sulla cartolina di ritorno e l'esattezza dell'indirizzo indicato sulla stessa e, infine, dedusse la nullità di tutti gli atti successivi del processo, compresa la notifica dell'estratto contumaciale della sentenza di primo grado.

Tutte le istanze vennero respinte dall'autorità giudiziaria italiana. Il sig.re Somogyi ritenendo che la sua condanna in contumacia non fosse conforme ai principi del giusto processo, adì la Corte di Strasburgo lamentando di essere stato condannato in contumacia senza aver avuto la possibilità di esperire difesa e prove a sua discolpa. Con sentenza del 18 maggio 2004 la Corte di Strasburgo ravvisò la violazione dell'art. 6 CEDU ai danni del signor Somogyi da parte della Repubblica Italiana.

In particolare la Corte osservò che la firma apposta sulla ricevuta di ritorno della raccomandata, mezzo con il quale era stata disposta la notifica dell'avviso di fissazione dell'udienza preliminare, costituiva il solo elemento suscettibile di provare che l'imputato fosse stato informato della instaurazione del processo nei suoi confronti. La non manifesta infondatezza delle argomentazioni con le quali Somogyi contestò l'autenticità di tale firma insieme con le inesattezze concernenti l'indirizzo e il nome del destinatario, con le divergenze tra il nome di quest'ultimo e la sottoscrizione presente sulla cartolina di ritorno non approfondite tramite la richiesta perizia grafologica, rappresentarono altrettanti concreti elementi idonei a ingenerare dubbi obiettivi sull'effettività della conoscenza da parte dell'imputato delle accuse mosse nei suoi confronti e sulla volontarietà della rinuncia a comparire.

La Corte ha condannato lo Stato italiano, rilevando che << si verifica una

negazione di giustizia nel caso in cui un individuo, condannato *in absentia*, non possa ottenere che una giurisdizione deliberi di nuovo, dopo che egli sia venuto a conoscenza del fondamento dell'accusa, in fatto ed in diritto>>.

In questo provvedimento si ribadisce che la rinuncia ad un diritto garantito dalla Convenzione può essere tacita o esplicita, ma deve comunque essere "non equivoca". Nel caso di processo contumacia essa presuppone, quindi, che sia accertato, al di là del ragionevole dubbio, che il condannato sia stato effettivamente e ritualmente informato della natura e dei motivi dell'accusa nonché del luogo e del giorno in cui avrà la possibilità di presentare, personalmente o tramite un difensore, le proprie argomentazioni⁸⁰. Detto questo, in caso di dubbio circa l'effettiva conoscenza della pendenza penale a suo carico e della data in cui è fissata l'udienza, spetta all'autorità giudiziaria svolgere con diligenza le verifiche necessarie per assicurarsi che i principi dell'equo processo siano rispettati⁸¹. Dopo la decisione della Corte di Strasburgo la difesa del signor Somogyi., con atto depositato in cancelleria il 10 febbraio 2005, indirizzò alla Corte d'appello di Ancona istanza di revisione chiedendo la revoca della sentenza di condanna emessa dal Tribunale di Rimini il 22 giugno 1999.

L'istanza prese le mosse dall'art. 46, comma 1 CEDU, il quale stabiliva la forza vincolante delle sentenze e delle decisioni emesse dalla Corte europea di Strasburgo. Su tale base la difesa chiedeva "il riesame del

⁸⁰La Corte ha ritenuto, tuttavia, di non poter constatare che la privazione della libertà personale lamentata dal ricorrente, a seguito dell'esecuzione del giudicato, abbia costituito violazione della Convenzione, non accordando pertanto alcun risarcimento in via equitativa a tale titolo. In dottrina, v. RIVELLO, La vicenda Somogyi di fronte alla Corte di cassazione: un'importante occasione di riflessione, cit., 3797.

⁸¹C. eur. dir. uomo, 18 maggio 2004, Somogyi c. Italia, cit., 3797.

processo", ravvisando nell'istituto della revisione lo strumento idoneo per consentire al sig.re Somogyi di ottenere quella *restitutio in integrum* che costituirebbe, secondo i giudici europei, il rimedio più appropriato all'accertata violazione. Con ordinanza 10 marzo 2005 la Corte d'Appello di Ancona dichiarava inammissibile l'istanza di revisione argomentando che in realtà il rimedio idoneo, ai fini prospettati dal ricorrente, fosse non già l'istituto della revisione, bensì quello della remissione in termini di cui all'art. 175 c.p.p., comma 2 nella nuova formulazione introdotta una ventina di giorni prima dal D.L. 21 febbraio 2005, n. 17.

L'ordinanza della Corte di Ancona verrà poi confermata dalla Corte di cassazione che dichiarerà inammissibile il ricorso proposto dalla difesa del sig.re Somogyi, ribadendo che lo strumento normativo idoneo ai fini prospettati dal ricorrente fosse effettivamente l'art. 175 c.p.p., nuovo comma 2 modificato dal citato D.L. 21 febbraio 2005, n. 17 (convertito poi nella L. 22 aprile 2005, n. 60). Sulla base della nuova formulazione dell'art. 175 c.p.p. la difesa del sig.re Somogyi, già nell'aprile del 2005, provvedeva a rivolgere alla Corte d'appello di Bologna istanza di restituzione nel termine al fine di impugnare la sentenza di condanna del Tribunale di Rimini, prospettando nuovamente tutte le argomentazioni già proposte negli atti precedenti e facendo leva sulla sentenza 18 maggio 2004 della Corte di Strasburgo.

La richiesta di restituzione nel termine venne dichiarata inammissibile dalla Corte d'appello di Bologna con l'ordinanza emessa in data 14 luglio 2005, per avvenuta formazione di giudicato sulla sentenza contumaciale.

Proposto allora ricorso per cassazione, Somogyi deduce violazione di legge in quanto, l'istanza di revisione proposta alla Corte di Ancona doveva essere trasmessa dalla stessa all'organo competente, qualificandola

come istanza di remissione in termini, in quanto la nuova formula dell'art. 175, 2 comma c.p.p. era entrata in vigore 11 giorni dopo la proposta istanza di revisione del Somogyi. Il ricorso venne ritenuto fondato dalla Corte di cassazione, venne quindi annullata l'ordinanza di rigetto e concesso un termine per proporre appello avverso la sentenza di condanna contumaciale emessa dal Tribunale di Rimini nel 1999 nei suoi confronti⁸². Questa decisione della Cassazione italiana, accompagnata da una ricca motivazione, riafferma in primo luogo, il carattere vincolante per l'ordinamento interno non solo della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, ma anche delle singole pronunce della Corte di Strasburgo; in secondo luogo la Cassazione compie l'operazione di superare un giudicato interno, andando oltre le norme positive sulla rimessione in termini, sulla base di una valutazione degli stessi fatti, compiuta in modo diverso dalla corte europea rispetto a tutti i giudici italiani⁸³. La sentenza Somogyi c. Italia oltre a sollecitare forme effettive di *restituito in integrum* nello specifico caso sottoposto al suo esame, evidenzia l'esistenza di un difetto strutturale del sistema processualpenalistico italiano, individuato dalla Corte europea nell'assenza di un meccanismo effettivo, volto a concretizzare il diritto delle persone condannate in contumacia, che non siano state effettivamente informate del procedimento a loro carico e non abbiano rinunciato in maniera certa e consapevole a comparire, di ottenere che una giurisdizione esamini nuovamente il caso, dopo averle ascoltate sul merito delle accuse, nel rispetto dei principi di cui all'art. 6 CEDU.

Quindi è importante sottolineare che la Corte chiarisce che il processo *in absentia* non è, di per sé, incompatibile con l'art. 6 CEDU, ma resta un

⁸²Cass.pen., Sez. I, Sent. 12 luglio-3 ottobre 2006, n. 32678.

⁸³Biavati, L'efficacia diretta delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo.
<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2562/30.pdf>, 699ss.

incontestabile diniego di giustizia laddove questi non possa ottenere, successivamente, che una giurisdizione statuisca di nuovo, dopo averlo sentito, sul merito dell'accusa sul fatto e in diritto, ove non sia stabilito in maniera non equivoca che ha rinunciato alla facoltà di comparire e difendersi presenziando.

Principi analoghi vennero ribaditi con la sentenza 10 novembre 2004, relativa al caso *Sejdovic*⁸⁴.

Ismet Sejdovic fu dichiarato latitante e, processato in contumacia, condannato per omicidio e porto abusivo di arma. Le ricerche internazionali portarono al suo arresto a fini estradizionali in Germania che rifiutò la sua consegna all'Italia, non ritenendo sufficienti le garanzie offerte dall'ordinamento italiano al condannato per ottenere la riapertura del processo, nel frattempo definito con sentenza irrevocabile. Sejdovic, rimesso in libertà nel 1999, presentò ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo il 22 marzo 2000, deducendo di essere stato giudicato senza avere mai avuto conoscenza del procedimento penale aperto nei suoi confronti. Il Governo italiano sostenne, invece, la tesi secondo cui il ricorrente aveva rinunciato a partecipare al processo, come era stato desunto dalla circostanza che egli "immediatamente dopo un omicidio di cui i testimoni oculari gli attribuivano la responsabilità aveva precipitosamente abbandonato il suo luogo di residenza abituale, senza lasciare né indirizzo né traccia".

Nella sentenza la Corte, al contrario, affermò che l'assenza dell'imputato dagli usuali luoghi di residenza o domicilio può soltanto "dare l'impressione" che egli fosse al corrente che la polizia lo stava cercando, ma non la "prova" che fosse a conoscenza del procedimento penale aperto contro di lui.

"Informare qualcuno di un processo intentato contro di lui" precisa la

⁸⁴C. eur. dir. uomo, 10 novembre 2004, *Sejdovic c. Italia*, cit., 983.

Corte “è un atto giudiziario di importanza tale che deve essere effettuato in conformità con i requisiti procedurali e sostanziali capaci di garantire l’esercizio effettivo dei diritti da parte dell’imputato. La conoscenza vaga ed informale non può bastare”.

Ancora una volta la presunzione di non conoscenza si fa strada nei *dicta* della Corte di Strasburgo: un condannato, non considerato rinunciante (in maniera non equivoca) a comparire, deve in ogni circostanza poter ottenere che una giurisdizione statuisca nuovamente sul merito della causa. Il semplice sospetto che il soggetto sia a conoscenza della pendenza penale a suo carico non può essere sufficiente per negare l’accesso allo strumento riparatorio, anche laddove si debba “fare i conti” con un sistema di presunzioni legali come quello a cui è improntata la nostra disciplina delle notificazioni⁸⁵.

Si rilevava così nel processo *in absentia*, una vera e propria carenza strutturale dell’ordinamento italiano, inidoneo a garantire alle persone condannate in contumacia, che non avessero avuto effettiva conoscenza del processo e non avessero rinunciato in maniera non equivoca a comparire, la celebrazione di un nuovo processo nell’ambito del quale fosse loro assicurato il diritto di essere sentite sul merito delle accuse formulate nei loro confronti. Sulla scorta di queste considerazioni, la Corte europea dei diritti dell’uomo, ai sensi dell’art.46 C.E.D.U., sollecita lo Stato italiano ad adottare forme appropriate di *restitutio in integrum* nei confronti del ricorrente, ma anche a promuovere iniziative legislative di più ampio respiro in grado di dare effettività ai principi sanciti dall’art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo. In questa sentenza la Corte europea ritiene che, per rimediare alle violazioni riscontrate nel caso individuale del ricorrente, <<il risarcimento più appropriato sarebbe in principio di far nuovamente giudicare l’interessato

⁸⁵LAZZARONE, Processo in absentia: dall’Europa una spinta per una riforma?, in Leg. pen., 2004, 603.

o di riaprire la procedura in tempo utile e nel rispetto delle esigenze dell'art. 6 della Convenzione>>.

Quindi nella sentenza *Sejdovic c. Italia* si afferma soltanto che il nuovo giudizio deve rispettare “le esigenze dell'art. 6 della Convenzione”; in sostanza vi è una sorta di discrezionalità da parte degli Stati contraenti nel regolare il nuovo giudizio con il limite rappresentato dalla prescrizione di cui all'art. 6 CEDU⁸⁶.

Bisogna però osservare che la Corte individua la violazione da parte dello Stato firmatario nell'aver omesso di garantire il diritto dell'irreperibile non rinunciante “ad ottenere che una giurisdizione statuisca di nuovo, dopo averlo sentito nel rispetto delle esigenze dell'art. 6 della Convenzione, sul merito dell'accusa rivolta”.

Insomma, l'essenziale è che all'imputato assente sia data l'opportunità di “essere sentito”, ovvero di presentare a chi lo giudicherà la propria versione dei fatti e le eventuali spiegazioni necessarie in relazione alle prove assunte nei suoi confronti.

⁸⁶TAMIETTI, *Processo contumaciale e Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo: la Corte di Strasburgo sollecita l'Italia ad adottare riforme legislative*, cit., 989.

2.5 L'intervento del legislatore italiano con il d.l. 17/2005 convertito in L. 60/2005 con relativa riforma degli artt.157 e 175 c.p.p.

Il decreto legge 21 febbraio 2005, n. 17, convertito in legge 22 aprile 2005 n. 60, ha costituito la risposta del legislatore italiano al vero e proprio “comando di legislazione” contenuto nelle sentenze della Corte EDU concernente i casi Somogyi e Sejdovic che invitavano lo Stato italiano ad adottare rimedi non limitati ai casi specifici sottoposti al suo esame, ma di più ampio respiro, idonei a garantire il diritto del condannato in contumacia ad un “equo processo”.

Anche se a livello europeo si è data piena legittimazione al processo in contumacia, ciò non significa rinunciare alla partecipazione dell'imputato e accontentarsi della presenza del difensore; occorre prevedere delle regole che siano idonee a rendere la disciplina della contumacia compatibile con le previsioni di cui all'art. 6 C.E.D.U.⁸⁷. In tal senso, la Corte EDU chiede espressamente che si ponga rimedio al “difetto strutturale” del sistema processualpenalistico italiano, individuato dalla Corte europea nell'assenza di un meccanismo effettivo che imponga all'imputato, che non voglia partecipare al processo penale, l'obbligo di rinunciare ad esso in modo in equivoco, sul presupposto che egli abbia avuto conoscenza ufficiale della procedura a proprio carico e della data dell'udienza attraverso una comunicazione che garantisca la conoscenza effettiva.

Occorre ricordare che, all'interno dell'unitaria categoria della “contumacia”, ciò che rilevava era solo l'ignoranza (incolpevole) del

⁸⁷L'art. 6 C.E.D.U. non prevede esplicitamente il diritto dell'accusato di partecipare all'udienza, ma i diritti e le facoltà che gli sono riconosciuti presuppongono la necessaria presenza fisica dell'imputato in dibattimento. In questo senso, C. eur. dir. uomo, 12 febbraio 1985, Colozza c. Italia, in Cass. pen., 1985, 1241.

provvedimento finale. Di conseguenza era operata una netta distinzione tra chi si disinteressava “volontariamente” del proprio processo e colui che, invece, era rimasto all’oscuro della celebrazione del processo a suo carico per ragioni a lui non imputabili. In questo modo, si cercava di risolvere la denunciata anomalia del sistema processuale italiano che riservava una disciplina comune a tutti i casi di non comparizione a giudizio, senza distinguere tra chi non fosse realmente a conoscenza del giudizio e chi tentasse artificiose fughe dallo stesso: solo a colui che, sostanzialmente si trovava nella condizione dell’assente poteva essere inibita la restituzione nel termine per impugnare, anche qualora non avesse mai avuto conoscenza del provvedimento finale⁸⁸. La presenza dell’imputato in giudizio costituisce, inoltre, il presupposto indispensabile per la piena attuazione del principio del contraddittorio, considerato come sviluppo dialettico del processo e come metodo fondamentale da seguire nell’accertamento dell’illecito penale non solo a garanzia dell’imputato, ma anche in vista di un risultato giudiziale attendibile.

Nel merito, la riforma di cui sopra s’incentra sulla modifica dei due istituti della restituzione in termini e delle notificazioni⁸⁹, che perseguono due obiettivi fondamentali: quello di garantire in modo più effettivo la fruibilità di un’impugnazione della sentenza contumaciale da parte del condannato che non risulti in equivocamente essere stato, già in un momento anteriore, a conoscenza del procedimento a suo carico e che non abbia esplicitamente rinunciato a prendervi parte attiva; l’altro, di

⁸⁸BRICCHETTI R. CASSANO M., *Il procedimento in absentia*, Milano, Giuffrè, 2015, p. 31.

⁸⁹L’apertura del preambolo al provvedimento governativo d’urgenza recitava, infatti, che bisognava: << garantire il diritto incondizionato alla impugnazione delle sentenze contumaciali e dei decreti di condanna da parte delle persone condannate nei casi in cui esse non sono state informate in modo effettivo dell’esistenza di un procedimento a loro carico>>.

rendere meno improbabile l'effettività di tale conoscenza.

Nel contesto di questa vasta problematica devono essere affrontati i problemi interpretativi posti dal novellato art. 175 c.p.p.

Con la nuova disciplina il previgente comma 2 dell'art. 175 c.p.p. veniva sostituito dal seguente: << Se è stata pronunciata sentenza contumaciale o decreto penale di condanna, l'imputato è restituito, a sua richiesta, nel termine per proporre impugnazione od opposizione, salvo che lo stesso abbia avuto effettiva conoscenza del procedimento o del provvedimento e abbia volontariamente rinunciato a comparire ovvero a proporre impugnazione od opposizione. A tal fine l'autorità giudiziaria compie ogni necessaria verifica>>, e stabilisce che la richiesta deve avvenire entro trenta giorni da quello dell'effettiva conoscenza del provvedimento o, nel caso di estradizione dall'estero, dalla consegna del condannato (art. 175, comma 2-bis c.p.p.).

Ad una prima lettura del novellato articolo potrebbe apparire un arretramento rispetto a quanto previsto dall'originario art. 175 c.p.p., dove ciò che rilevava era solo l'ignoranza (incolpevole) del provvedimento finale, ma in realtà quest'articolo mostra come il legislatore abbia voluto escludere che il soggetto, il quale si disinteressa "volontariamente" del proprio processo, possa poi avanzare richiesta di restituzione nel termine per impugnare. In questo modo il legislatore ha tentato di risolvere la denunciata anomalia del sistema processuale italiano che prevede una disciplina comune a tutti i casi di non comparizione al dibattimento, senza distinguere tra chi sia veramente all'oscuro del processo e chi tenti artificiose fughe dallo stesso.

Uno dei primi problemi che sorsero riguardò il fatto se le due condizioni previste dall'art. 175 c.p.p. "effettiva conoscenza e rinuncia" dovessero

entrambe sussistere o meno. Infatti, ai fini della decisione sull'istanza di restituzione nel termine per proporre impugnazione avversa una sentenza di condanna contumaciale, il giudice, ove abbia motivo di dubitare delle allegazioni dell'interessato, deve compiere gli opportuni accertamenti per verificare se il soggetto istante abbia avuto effettiva conoscenza del procedimento e se abbia o meno volontariamente rinunciato a comparire ovvero a proporre impugnazione. Secondo un primo indirizzo⁹⁰, ben presto superato, l'interpretazione della modifica normativa dell'art. 175 c.p.p. induceva a ritenere che, ai fini della restituzione in termini, la rinuncia fosse necessaria soltanto qualora non vi fosse stata informazione effettiva del procedimento. Secondo un diverso orientamento⁹¹, invece, ai fini della restituzione nel termine per impugnare la sentenza contumaciale era necessario che sussistessero simultaneamente le condizioni della mancata conoscenza del procedimento (accompagnata dalla mancata volontaria rinuncia a comparire) e della omessa conoscenza del provvedimento finale cui si aggiungeva la mancanza di volontaria rinuncia ad impugnare, quindi la effettiva conoscenza del procedimento e la volontaria rinuncia. Esse furono interpretate come condizioni necessarie e concorrenti⁹², poiché in caso d'incertezza anche su una soltanto di tali condizioni, il giudice avrebbe dovuto concedere comunque la restituzione *in dubio pro reo*.

⁹⁰Cass., Sez. II, 10 novembre 2005, n. 42580, Lenza, rv. 232607; Sez. II, 21 febbraio 2006, n. 9104, Colonna, rv. 233611.

⁹¹Cass., Sez. I, 11 aprile 2006, n. 15543, Zaki Aziz alias Joudar Khalil, rv. 233879: fattispecie in cui la Corte ha disposto l'annullamento con rinvio della decisione del giudice dell'esecuzione, che aveva dato la dimostrazione della conoscenza, da parte dell'imputato, del procedimento, ma non anche della volontaria rinuncia a comparire o a proporre impugnazione. In motivazione la Corte ha osservato che la rinuncia non può essere desunta implicitamente soltanto dalla circostanza che l'imputato aveva eletto domicilio presso il difensore d'ufficio, occorrendo, invece, la prova, anche indiretta, dell'esistenza di essa.

⁹²Cass., Sez. I, 11 aprile 2006, n. 15543, Zaki Aziz alias Joudar Khalil, rv. 233879.

La rinuncia a comparire può consistere in un comportamento concludente, purché in equivoco e rigorosamente accertato dal giudice con ogni necessaria diligenza. La rinuncia tacita deve consistere in un comportamento incompatibile con l'esercizio del diritto di partecipare al proprio processo e deve essere preceduta da una comunicazione all'imputato delle imputazioni contestate, dalla data del processo e dell'indicazione delle conseguenze cui il soggetto va incontro in caso di mancata presentazione all'udienza fissata, così da metterlo in condizione di scegliere "consapevolmente" come esercitare il proprio diritto di difesa. Inoltre è importante puntualizzare come il nuovo testo dell'art. 175, comma 2, c.p.p. abbia cercato di armonizzarsi con la norma pattizia prevedendo che l'imputato contumace possa essere rimesso in termini per proporre impugnazione, a meno che vi sia o si acquisisca prova positiva dell'effettiva conoscenza del procedimento o del provvedimento e, al contempo, della volontaria rinuncia a comparire o ad impugnare e attribuisce, dall'altra, all'autorità giudiziaria ogni necessaria verifica. La conoscenza "effettiva", secondo il disposto art. 6 C.E.D.U., è un atto solenne, redatto in una lingua comprensibile ed in modo dettagliato, idoneo a rendere edotto l'imputato delle accuse sollevate nei suoi confronti; ciò nel preciso intento di consentirgli di improntare una migliore difesa nel <<merito>>. Infatti, in giurisprudenza, il concetto di <<effettiva>> conoscenza è e deve essere recepito come l'esatta informazione circa gli estremi del provvedimento (autorità, data del provvedimento ed oggetto), collegato il tutto alla trasmissione di un atto formale, che permetta di stabilire con esattezza, senza errori ed elementi ambigui, l'esatto momento nel quale la citata conoscenza si sia

accertata.⁹³

In dottrina l'espressione "procedimento" doveva essere intesa come "processo" in senso stretto quale fase in cui l'imputato sia già a conoscenza di un'imputazione definitiva e quindi consapevole della possibilità di rinuncia alla partecipazione al processo.⁹⁴

È stata inoltre, ritenuta preclusiva alla restituzione in termini la condotta fraudolenta del soggetto che si sia posto volontariamente in condizione di non avere conoscenza del procedimento e del suo successivo esito.

Secondo la giurisprudenza della Corte europea, « avvisare qualcuno delle azioni penali rivoltegli costituisce un atto giuridico di tale importanza da dover corrispondere a condizioni di forma e di sostanza idonee a garantire l'esercizio effettivo dei diritti dell'accusato», non essendo sufficiente «una conoscenza vaga e non ufficiale».⁹⁵

La novità principale, tuttavia, consisteva nell'inversione dell'onere probatorio delle circostanze costitutive per poter proporre istanza di restituzione nel termine, come si nota dall'introduzione dell'inciso "a tale fine l'autorità giudiziaria compie ogni necessaria verifica". Con tale modifica è stata introdotta una vera e propria inversione dell'onere probatorio, nel senso che non spetta più all'imputato dimostrare di avere ignorato l'esistenza del procedimento o del provvedimento senza sua colpa, ma è il giudice dell'esecuzione che deve provare, sulla base degli atti di causa, che l'imputato abbia avuto effettiva conoscenza del procedimento o del provvedimento e che abbia volontariamente

⁹³DELL'AGLI , La restitutio in integrum e l'analisi dell'esame verificatosi sull'effettiva conoscenza della pronuncia in absentia: tutela del diritto dell'imputato ad un equo processo, in *Giur. mer.*, 2009, 1471.

⁹⁴NEGRI, Commento all'art. 1 l. 60/2005, in *Legisl.pen.*, 2005, 277.

⁹⁵Sent. Corte eur. dir. uomo, 12 ottobre 1992, T. c. Italia; sent. Corte eur. dir. uomo, 18 maggio 2004, Somogyi c. Italia.

rinunciato a comparire. In questa ottica è stato introdotto un allargamento delle ipotesi in cui è ammessa l'impugnazione tardiva della sentenza contumaciale, sostituendo alla prova della non conoscenza del procedimento, che in precedenza come detto sopra doveva essere fornita dal condannato, una sorta di presunzione *iuris tantum* di non conoscenza.

Il novellato articolo non ha però inficiato la presunzione di conoscenza derivante dalla rituale notificazione dell'atto, limitandosi, infatti, ad escluderne la valenza assoluta e imponendo al giudice di verificare l'effettività della conoscenza dell'atto stesso e la consapevole rinuncia a servirsi delle normali prerogative processuali (comparire in giudizio, impugnare, ecc.). Conseguenza inevitabile è che, in conformità con le disposizioni vigenti, è necessario che il giudice valuti caso per caso le ragioni le quali una notificazione validamente eseguita alla stregua del vigente sistema delle notificazioni debba ritenersi soddisfattiva ai fini dell'effettiva conoscenza da parte dell'interessato. La Corte EDU ha aggiunto che l'art. 6, comma secondo, della C.E.D.U. «non si disinteressa delle presunzioni di fatto o di diritto presenti nelle leggi penali» dei singoli ordinamenti e prescrive agli Stati «di contenere la presunzione entro limiti ragionevoli», tenendo presente, da un lato, la gravità della «posta in gioco» e, dall'altra, l'esigenza di garantire il diritto

di difesa.⁹⁶

Sostituendo il 2 comma dell'art. 175 c.p.p. si capovolve la regola che ostacolava la riapertura del termine per impugnare la sentenza resa in contumacia od opporsi al decreto penale di condanna; l'accesso al rimedio processuale divenne così, da impervio traguardo⁹⁷, un autentico diritto dell'interessato, diritto che, configurata com'è la fattispecie normativa, assomigliò molto ad una potestà. Difatti spettava all'autorità giudiziaria dimostrare l'effettiva conoscenza del procedimento da parte del contumace, onde precludergli la via dell'ulteriore giudizio, anziché all'imputato l'onere di fornire la prova negativa al riguardo.

La giurisprudenza sopranazionale, infatti muoveva dall'idea prioritaria che fosse obbligo dell'autorità quello di compiere ogni sforzo per procurare all'accusato la conoscenza reale del procedimento, condizione essenziale di una

rinuncia consapevole e non equivoca a comparire. Spettava pertanto agli organi dello Stato l'onere di dimostrare << al di là di ogni ragionevole

⁹⁶Cass., Sez. I, 1 marzo 2006, Bidinost, cit.: fattispecie in cui la Corte ha confermato il rigetto della richiesta di restituzione in termini finalizzata a impugnare la sentenza d'appello avanzata dall'imputato rimasto contumace, tenuto conto del rapporto di coniugio e di convivenza con la moglie, del ritiro da parte di costei del plico raccomandato contenente l'estratto della sentenza contumaciale, il cui avviso di deposito era stato ritualmente notificato presso la residenza coniugale, della mancata allegazione da parte dell'interessato di elementi obiettivi atti a dimostrare l'insussistenza del suddetto stato di convivenza o qualsiasi difficoltà di rapporti, anche di tipo comunicativo, con la propria moglie, nonché dell'inidoneità della documentazione prodotta dall'interessato in merito all'attività svolta all'estero, con possibilità di periodici rientri in Italia per una settimana ogni tre mesi, a dimostrare che nel lasso di tempo in cui venne notificato l'avviso di deposito dell'estratto della sentenza contumaciale il ricorrente non presente sul territorio nazionale o, comunque, non fosse in grado di avere compiuta conoscenza del provvedimento emesso nei suoi riguardi, quanto meno tramite la propria moglie convivente.

⁹⁷stigmatizza la <<semplice possibilità[...], dipendente dalle prove che possono essere fornite>>, quale emergeva dal meccanismo normativo originario, C. eur., sent. 10.11.2004, Sejdovic, cit., nel chiarire che, invece, il condannato inconsapevole del processo <<deve poter ottenere, in ogni circostanza, che un ufficio giudiziario deliberi nuovamente sulla fondatezza dell'accusa>>.

dubbio>>⁹⁸l'abbandono del diritto di intervenire all'udienza da parte dell'imputato che avesse avuto la possibilità di apprendere ufficialmente il contenuto dell'accusa. Si capì come non servisse perfettamente allo scopo la soluzione escogitata nel provvedimento legislativo d'urgenza, dove si era stimata condizione sufficiente alla *restitutio in integrum* che il difetto di reale conoscenza del processo risultasse <<dagli atti>>. Nella versione definitiva della l.60/2005 il tema da dimostrare risultava quindi riformulato in termini di positiva <<conoscenza>>, sicchè la conclusione probatoria su di esso è divenuta, da requisito per concedere, condizione volta a negare la restituzione nel termine. Al tempo stesso, la soppressione della clausola che vincolava allo stato degli atti la base cognitiva del giudice, secondo il d.l. 17/2005, non è stata accompagnata da una regolamentazione della procedura di accertamento adatta alla questione *ex art. 175 co. 2 c.p.p.*.

Se quella appena delineata è la tutela riconducibile all'art. 175 co. 2 c.p.p., resta semmai da interrogarsi sulla coerenza di un sistema che, dopo avere capovolto la regola di accesso tardivo al gravame, la mantiene inalterata per il rinnovo dell'istruzione dibattimentale in appello. Infatti il legislatore nel modificare l'art. 175 c.p.p. ha ommesso qualsiasi coordinamento con l'art. 603, comma quarto, c.p.p. in tema di condizioni per ottenere la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in appello da parte dell'imputato che in primo grado sia rimasto contumace, in questo caso, rimaneva all'imputato contumace l'onere di dimostrare di aver ignorato senza colpa l'atto di citazione a giudizio, oppure di non essersi volutamente sottratto alla conseguenza degli atti processuali nei casi di notificazione al difensore previsti dagli artt. 159, 161 comma 4 e 169 c.p.p.. Tale disciplina non armonizzandosi con il novellato art. 175,

⁹⁸Così, C. eur., sent. 18.5.2005, Somogyi, cit.

comma secondo, portava al verificarsi dell'ipotesi in cui l'imputato, una volta restituito nel termine per impugnare la sentenza contumaciale, non avesse poi diritto alla rinnovazione dell'istruzione dibattimentale⁹⁹, portando quindi a gravare sull'imputato, nonostante avesse ottenuto la restituzione nel termine, l'onere di dimostrare la sua buona fede e la sua ignoranza incolpevole circa il procedimento e gli atti processuali a suo carico¹⁰⁰, disposizione, tra l'altro, riconfermata in fase di conversione del decreto. Il testo del decreto legge 21 febbraio 2005, n.17 prevedeva peraltro la preclusione della restituzione del termine qualora l'impugnazione fosse già stata proposta dal difensore, in quanto conteneva la riproduzione della formula << sempre che l'impugnazione non sia già stata proposta dal difensore >>, contenuta nell'originario secondo comma dell'art. 175 c.p.p. tesa ad escludere la possibilità per l'imputato contumace di chiedere ed ottenere la restituzione nel termine nei casi in cui l'avvocato avesse attivato lo strumento di gravame; reputata di <<dubbia legittimità costituzionale>>¹⁰¹ fu poi espunta in fase di conversione. Infatti la giurisprudenza di legittimità intervenuta dopo la riforma della l. n.60 del 2005 ha evidenziato che l'imputato contumace ha diritto, se risulti provato che non ha avuto conoscenza del processo e dei provvedimenti relativi, ivi compresa la sentenza definitiva, di ottenere la restituzione nel termine per presentare impugnazione, anche se il difensore d'ufficio abbia proposto appello e ricorso per cassazione, non potendosi sostenere che la legge abbia voluto introdurre una preclusione dipendente non dalla condotta del condannato, ma da quella del difensore d'ufficio che abbia agito a sua insaputa.

⁹⁹CASSANO-CALVANESE, Giudizio in contumacia e Restituzione nel termine, op. cit., 72.

¹⁰⁰MOSCARINI, Il giudizio in absentia nell'ottica delle giurisdizioni internazionali ed in una recente legge italiana, op. cit., 581.

¹⁰¹In questo senso l'intervento del relatore on. N. Ghedini, in www.dirittoegiustizia.it, 20 aprile 2005.

La normativa prevista ai sensi dell'articolo 175 comma 2 c.p.p., in quanto speciale, prevaleva sulla regola generale del principio di preclusione.

Normativa peraltro confermata dalla Corte Costituzionale¹⁰² che chiamata a decidere sulla legittimità costituzionale dell'art. 175 comma 2 c.p.p., osservò correttamente in motivazione che l'interesse << dell'imputato contumace ad esercitare in ogni tempo e luogo e con ricorso diretto all'impugnazione il proprio diritto alla prova incolpevolmente non esercitato a cagione della sua ignoranza del processo>> non può essere <<limitato e compresso>> da quello all'unicità delle impugnazioni e alla celere definizione del processo, in quanto privilegiare questi due principi significherebbe limitare il diritto al giusto processo; ed infatti dichiarò la parziale incostituzionalità dello stesso, auspicando però un'iniziativa di riforma da parte del legislatore volta a non << sacrificare il diritto di difesa personale del contumace incolpevole>>¹⁰³.

Altra modifica molto importante sta nel fatto che l'art. 2, comma primo, del d.l. n. 17 del 2005, conv. con modif. nella l. n. 60 del 2005, ha introdotto nell'art. 157 il comma 8-*bis*, in materia di prima notificazione all'imputato non detenuto, disponendo che, una volta avvenuta la prima notifica secondo le regole contemplate nell'art. 157 c.p.p., le successive notifiche siano effettuate presso il difensore di fiducia, se designato, salvi i casi in cui il destinatario abbia

¹⁰²Cfr. Corte cost., sent. 30 novembre-4 dicembre 2009, n. 317, in www.cortecostituzionale.it. Per un primo commento v. A. RUGGERI, Conferme e novità di fine anno in tema di rapporti tra diritto interno e CEDU (a prima lettura di Corte cost. nn. 311 e 317 del 2009), in www.forumcostituzionale.it, il quale ottiene che in questa pronuncia vi sia un riconoscimento della forza paracostituzionale della Cedu.

¹⁰³MANGIARACINA, Garanzie partecipative e giudizio in absentia, op. cit., 306 ss.

eletto o dichiarato domicilio altrove o il difensore stesso abbia rifiutato la notificazione.

Poiché già in precedenza era prevista la notificazione obbligatoria presso il difensore di fiducia nel caso in cui l'imputato avesse eletto domicilio presso lo stesso, l'allargamento delle ipotesi di notifica presso il difensore di fiducia, anche indipendentemente dall'elezione di domicilio¹⁰⁴, valorizza ulteriormente quelli che sono gli obblighi del difensore di fiducia; egli infatti ha l'obbligo di portare effettivamente a conoscenza dell'assistito tutti gli atti processuali che lo riguardano, pur se non domiciliatario, salva la possibilità di rivolgersi al giudice per comunicare che non intende più accettare le notificazioni. Ai fini della conoscenza effettiva dell'atto, la notificazione al difensore di fiducia è del tutto equiparabile alla notifica effettuata all'imputato personalmente. L'imputato ha l'onere di coltivare i rapporti con il proprio difensore di fiducia per mantenersi al corrente degli sviluppi del procedimento. Parallelamente si è progressivamente delineata l'intrinseca debolezza delle cosiddette "presunzioni di conoscenza" sottese alle notificazioni eseguite al difensore d'ufficio dell'imputato processato in contumacia in quanto irreperibile o latitante con la conseguenza che tali notificazioni non sono di per sé idonee a dimostrare l'effettiva conoscenza del procedimento o del provvedimento da parte dell'imputato, salvo che dagli atti non emerga in altro modo la conoscenza o che non si dimostri che il difensore d'ufficio è riuscito a stabilire un effettivo rapporto professionale con il

¹⁰⁴Cass., sez. I, 11 ottobre 2005, n. 41649, Mandrini, CED 232409, osserva che il disposto dell'art. 157, comma 8-bis, c.p.p. si applica a tutti i casi di notificazione disciplinati dall'art. 157 c.p.p. e, pertanto, anche se la prima notifica sia stata regolarmente eseguita nell'abitazione dell'imputato e che tale procedura, ispirata a garantire la ragionevole durata del processo in ottemperanza all'art. 111 Cost. non viola gli artt. 3 e 24 Cost., in quanto non elide il diritto dell'imputato di essere informato direttamente del processo, ma lo regola, potendo egli interrompere tale automatismo mediante l'elezione di domicilio.

suo assistito.

In definitiva, dunque il nuovo comma 8-*bis* dell'art. 157 c.p.p. produsse una ricaduta non sulle modalità di espletamento della prima notifica all'imputato "a piede libero", come ci si potrebbe aspettare, bensì sull'attività successiva a tale momento¹⁰⁵, permettendo un tendenziale risparmio di tempi attraverso l'automatica notificazione degli ulteriori atti al suo difensore di fiducia; solo due fattori potevano opporsi all'operare di tale automatismo: l'avvenuta elezione o dichiarazione di domicilio da parte dell'imputato e il rifiuto tempestivo del difensore di ricevere la notificazione; rifiuto che, nel testo approvato dalla Camera dei deputati in data 9.3.2005, pareva poter essere anche successivo al momento del perfezionamento della notifica.

Com'è noto, la ratio che ha mosso Governo e Parlamento ad intervenire sulla normativa "di contesto" della contumacia è stata la necessità di dare seguito alla pesante censura pronunciata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Sejdovic*, con riguardo anche agli strumenti informativi previsti dal nostro codice di rito, il nuovo comma 8-*bis* non offrì opzioni di particolare incisività sotto questo profilo. Anzi la scelta di indirizzare la seconda notifica presso il difensore di fiducia pareva privilegiare quell'ormai datata inclinazione legislativa per la conoscenza legale degli atti¹⁰⁶, che già aveva caratterizzato la disciplina del codice del

¹⁰⁵Interessante, a questo proposito, il rilievo del Comitato per la legislazione della Camera dei deputati in ordine alla chiarezza e alla proprietà della formulazione del testo sottoposto dal Governo per la conversione: << all'articolo 2, comma 1, dovrebbe valutarsi l'opportunità di modificare anche la rubrica dell'art. 157 (<< Prima notificazione all'imputato non detenuto >>) dal momento che si introduce nel testo dell'articolo il nuovo comma 8-bis, che concerne invece le notificazioni successive alla prima >>.

¹⁰⁶BONETTO G., La conoscenza legale come scopo delle notificazioni, in RIDPP 1962, spec. 321, il quale, proprio con riguardo all'art. 169 c.p.p. 1930 afferma: << la notificazione mira a determinare la c.d. conoscenza legale, quale risulta dall'aver ritualmente espletato, con l'osservanza di tutti i requisiti e le modalità di forma prescritti, il procedimento che la legge considera necessario e sufficiente in rapporto a quella particolare situazione tipica >>.

1930, a grave discapito della conoscenza effettiva. E proprio sotto questo profilo la recente novella legislativa, nel voler promuovere un riequilibrio della disciplina in absentia rispetto ai paradigmi fondamentali di un processo equo, mette in luce la propria eccessiva timidezza e, quindi, la propria insufficienza, nonostante comunque riduca la frequenza e la gravità delle censure indirizzate dalla Corte europea al nostro Paese¹⁰⁷.

¹⁰⁷ QUATTROCOLO S., Una riforma inevitabile: ma basterà?, in *Legislazione penale*, 2005, n.2, 296-303.

2.6 Linee essenziali del vecchio processo in contumacia.

Come vedremo più avanti¹⁰⁸, con la legge 28 aprile 2014, n. 67 l'istituto della contumacia verrà abolito, ma prima di trattare di questa importante innovazione, è importante chiarire quelle che sono le linee essenziali del "vecchio" processo in contumacia.

Non sono passati molti anni da quando le Sezioni Unite della Suprema Corte hanno fatto della contumacia queste considerazioni¹⁰⁹: <<La contumacia connota una situazione processuale caratterizzata dalla condotta dell'imputato che, sebbene regolarmente citato in giudizio, non vi compaia, senza giustificare un legittimo impedimento. Gli elementi costitutivi di tale situazione processuale vengono tradizionalmente individuati in:

- a) un fatto giuridico positivo, la sussistenza di una regolare *vocatio in iudicium*;
- b) un atto giuridico negativo, la mancata comparizione;
- c) un atto giuridico negativo (la mancata prova), che si ricollega ad un fatto negativo (mancanza dell'impedimento)>>.

Perciò il processo contumaciale si caratterizza come una situazione eccezionalmente derogatoria alla regola generale, che può legittimamente determinarsi quando il giudice accerta la sussistenza di quegli elementi costitutivi suindicati. Il "cuore" del problema è rappresentato dall'esigenza che l'imputato abbia conoscenza concreta dell'esistenza del procedimento, presidio fondamentale dell'effettività del diritto di difesa,

¹⁰⁸Vedi capitolo 3.

¹⁰⁹Cass., sez. un., 26 settembre 2006, n. 37483, Arena, CED 234599; Cass. pen., 2007, 3749, con nota di PONZETTA, Sopravvenuto stato di detenzione dell'imputato e legittimo impedimento: le sezioni unite non sciolgono tutti i dubbi.

la disciplina della contumacia ha sempre dovuto essere verificata alla luce di questa esigenza.

Attenendoci alle parole usate dal legislatore, veniva dichiarato contumace (nell'udienza preliminare, nel giudizio di primo grado, nel giudizio d'appello) l'imputato, libero o detenuto, non comparso, sempre che: a) non sussistano nullità della citazione o dell'avviso o della sua notificazione (si tratta delle "condizioni" indicate nell'art. 420, comma 2, che impone la rinnovazione di citazione o notificazione); b) sia provato o appaia probabile che l'imputato non ha avuto effettiva conoscenza della citazione e che il fatto non è dovuto a sua colpa: si tratta delle "condizioni" indicate nell'art. 420-*bis* (che impone, a sua volta, la rinnovazione della citazione); c) sia provato che la mancata comparizione non è dovuta, o appare probabile che non sia dovuta, ad assoluta impossibilità di comparire per caso fortuito, forza maggiore o altro legittimo impedimento, con conseguente rinvio dell'udienza e ordine di rinnovazione (si tratta delle condizioni indicate nell'art. 420-*ter*, commi 1 e 2). Il giudice è, quindi, tenuto a verificare la regolarità della citazione (o dell'avviso) e della sua notificazione ed a risolvere le questioni che, in proposito, vengano ad esso sottoposte dalle parti, attraverso la rinnovazione degli avvisi e delle notifiche di cui debba essere dichiarata la nullità. La citazione (o l'avviso) riguardante la *vocatio in iudicium*, da notificare all'imputato contiene l'indicazione del giorno, dell'ora e del luogo dell'udienza, nonché l'avvertimento, diretto all'imputato, che, non comparendo, egli sarà giudicato in contumacia; l'inosservanza di dette disposizioni è causa di nullità.

In sintesi sono assolute le nullità delle notificazioni che si traducano nell'omessa notificazione all'imputato della citazione o dell'avviso; mentre sono a regime intermedio le altre nullità delle notificazioni (art.

171) derivanti dall'inosservanza delle disposizioni concernenti l'intervento dell'imputato (ad es. le disposizioni circa la persona cui deve essere consegnata la copia della citazione), salvo che la violazione non appaia, in astratto, o risulti, in concreto, inidonea a determinare la conoscenza effettiva dell'atto da parte del destinatario: in tal caso integra una nullità assoluta.

Come si è detto la rinnovazione deve essere disposta anche quando viene provato o appare probabile, a prescindere dalla regolarità della notificazione, che l'imputato non abbia avuto effettiva conoscenza dell'avviso, l'inosservanza comporta che l'eventuale dichiarazione di contumacia sia invalida, fanno eccezione i casi in cui alla notificazione si sia proceduto mediante la consegna della copia al difensore.

È importante però puntualizzare che il difetto di conoscenza dell'avviso non rileva qualora questo sia da attribuire a colpa dell'imputato. L'onere della prova dell'ignoranza non sembra e non deve incombere sull'imputato; in questo caso, in assenza di specifici parametri normativi di valutazione del requisito, è necessario che il giudice, che abbia già raggiunto la prova di tale ignoranza o della probabilità della stessa, accetti l'assenza di comportamenti anche solo negligenti che possano essere considerati determinanti nella dinamica dell'effettiva conoscenza della fissazione dell'udienza¹¹⁰.

La rinnovazione non va disposta quando alla notifica si sia ritualmente proceduti, ai sensi degli artt. 159, 161, comma 4, e 169, mediante consegna della copia al difensore. Con l'emissione del decreto d'irreperibilità (art. 159), invero, le notificazioni eseguite mediante consegna al difensore sono valide ad ogni effetto, anche se non vi sia

¹¹⁰MOSCARINI, Udiienza preliminare e presenza dell'imputato: un'anticipazione (quasi)completa degli istituti di garanzia predibattimentale e dibattimentale, in AA.VV., Il processo penale dopo la riforma del giudice unico, a cura di PERONI, Padova, 2000, 302.

prova della conoscenza reale della *vocatio* da parte dell'imputato; l'unico elemento indispensabile è rappresentato dalla necessità che le ricerche dell'imputato siano complete, serie, documentate e ripetute a scadenze determinate.

In ogni caso, lo stato d'irreperibilità dell'imputato va valutato con riguardo alla situazione esistente ed accertata al momento in cui deve essere eseguita la notifica, senza che possano rilevare eventuali successivi avvenimenti che modifichino la situazione medesima; in altri termini, se dopo l'esecuzione della notificazione nelle forme previste dall'art. 159 c.p.p., l'imputato diviene reperibile, non per questo viene meno la validità della notifica medesima.

Se l'imputato non è detenuto o internato, ricorrono le situazioni di cui ai commi 1 e 2 dell'art. 161 c.p.p., vale a dire: a) l'imputato è già stato invitato dalla polizia giudiziaria, dal pubblico ministero o dal giudice a dichiarare, per le notificazioni, un domicilio ovvero ad eleggere domicilio presso altra persona (in tal caso, ai sensi dell'art. 62 disp. att., l'imputato è tenuto altresì a indicare le generalità, cioè i dati anagrafici, del domiciliatario) e contestualmente avvertito che 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 eseguite mediante consegna al difensore; b) l'imputato ha già ricevuto, fuori dei casi anzidetti, l'invito a dichiarare o eleggere domicilio con l'informazione di garanzia o con il primo atto notificatogli per disposizione dell'autorità giudiziaria ed è stato contestualmente avvertito che deve comunicare ogni mutamento del domicilio dichiarato o eletto e che in caso di mancanza, d'insufficienza o d'inidoneità della dichiarazione o dell'elezione, le successive notificazioni verranno eseguite nel luogo in cui l'atto è stato

notificato¹¹¹. Un obbligo particolare di eleggere o dichiarare il domicilio per le notificazioni è previsto dall'art. 161, comma 3, c.p.p. all'atto della scarcerazione, per l'imputato detenuto. Se la notificazione nel domicilio determinato a norma dell'art. 161, comma 2, c.p.p. diviene impossibile, le notificazioni sono eseguite mediante consegna al difensore. Tuttavia quando risulta che, per caso fortuito o forza maggiore, l'imputato non è stato nella condizione di comunicare il mutamento del luogo dichiarato o eletto, si applicano le disposizioni degli artt. 157 e 159 c.p.p.; si procede alla notificazione mediante consegna al difensore per il caso d'irreperibilità.

L'art. 420-*ter* c.p.p. al comma 1 prevede, che il giudice deve con ordinanza anche d'ufficio, rinviare ad una nuova udienza e disporre che sia rinnovato l'avviso, qualora l'imputato anche se detenuto, una volta escluse le evenienze di cui agli artt. 420 e 420-*bis* c.p.p., non si presenti all'udienza e risulti che l'assenza sia dovuta ad assoluta impossibilità di comparire per caso fortuito, forza maggiore o altro legittimo impedimento. Il rinvio e la rinnovazione dipendono dall'accertata sussistenza di un legittimo impedimento che abbia determinato l'assoluta impossibilità di comparire.

La conoscenza di un legittimo impedimento preclude, dunque, la dichiarazione di contumacia prevista dall'art. 420-*quater*, comma 1.

L'impedimento deve essere, inoltre, effettivo ed attuale, e quindi, deve sussistere nel momento in cui l'udienza si celebra, non rilevando eventi

¹¹¹BRICCHETTI R. – CASSANO M., Il procedimento in absentia, Milano, Giuffrè, 2015, p. 53-54.

futuri ed incerti, quindi meri impedimenti “potenziali”¹¹². È sufficiente che al giudice risulti l’assoluta impossibilità a comparire dell’imputato, quindi la discrezionalità rimessa al giudice in tema di valutazione della sussistenza dell’impedimento deve essere sorretta da una motivazione adeguata, logica e corretta. L’onere della prova della sussistenza del legittimo impedimento grava, in ogni caso, sull’imputato che intenda allegare la propria assoluta impossibilità di comparire, non potendosi configurare, in capo all’organo giudiziario, alcun obbligo di procedere d’ufficio all’acquisizione della prova.

Gli impedimenti più frequentemente dedotti sono la malattia, la contemporanea citazione davanti a più autorità giudiziarie e la detenzione.

È importante infine distinguere la contumacia dall’assenza, disciplinata dall’art. 420-*quinquies*, che presuppone l’esplicita o implicita rinuncia a comparire manifestata dallo stesso imputato, chiedendo o consentendo che l’udienza si svolga in assenza o, se detenuto, rifiutando di assistere; anche in questo caso, come avviene per la dichiarazione di contumacia, l’imputato è rappresentato dal difensore. Come detto ciò che rileva, ai fini della dichiarazione di contumacia, è la verifica dell’esistenza dei presupposti per la regolarità della costituzione del rapporto processuale, e quindi la regolarità della citazione e l’inesistenza di cause di legittimo impedimento. L’ordinanza dichiarativa è nulla, se pronunciata nonostante l’inesistenza dei presupposti. La medesima ordinanza deve

¹¹²V. Cass., sez. IV, 15 marzo 1995, n. 5901, Maciocchi, CED 201687. Nello stesso senso Cass., sez. V, 14 dicembre 2004, n. 3392/05, C., ivi 231406, fattispecie in cui il certificato medico attestava una colica renale- affezione che, pur avendo carattere impeditivo, è superabile con l’ausilio di appositi farmaci – diagnosticata due giorni prima dell’udienza per la quale l’imputato aveva ricevuto la citazione, e lo stesso certificato non faceva cenno alcuno ad eventuali ulteriori complicazioni.

essere revocata qualora l'imputato compaia successivamente, sempre che, il giudice non abbia già dichiarato chiusa la discussione e si sia ritirato per deliberare, è questo il limite processuale alla possibilità di revoca della dichiarazione di contumacia per il caso di successiva comparizione dell'imputato. Nel caso in cui, invece, la prova menzionata dal citato comma 4 dell'art. 420-*quater* pervenga dopo la pronuncia dell'ordinanza dichiarativa della contumacia, ma prima della pronuncia della sentenza, il giudice può rilevare tale nullità anche dopo essersi ritirato in camera di consiglio per deliberare e, in seguito, revocare l'ordinanza e, se l'imputato non è comparso, sospendere o rinviare, anche d'ufficio, l'udienza.

Capitolo III

Il nuovo processo *in absentia* introdotto dalla l. 28 aprile 2014 n. 67

Sommario: 3.1 Il nuovo assetto. – 3.2 Lo sdoppiamento della “vecchia” figura del contumace in quelle nuove dell’irreperibile sospeso e dell’assente. – 3.3 L’art. 420-*quater* c.p.p.: sospensione del processo per assenza dell’imputato. – 3.4 L’art.420-*quinquies* c.p.p.: nuove ricerche dell’imputato e revoca della sospensione del processo. – 3.5 Rimedi ripristinatori: comparizione tardiva dell’imputato e revoca dell’ordinanza dichiarativa dell’assenza. – 3.6 Il regresso al giudizio di primo grado.

3.1 Il nuovo assetto.

Il nuovo assetto, voluto dalla legge 28 aprile 2014, n. 67¹¹³, ha abolito l’istituto della contumacia dal nostro sistema processuale, sostituendolo con l’istituto, ora del procedimento in assenza (art. 420-*bis* c.p.p.), ora della sospensione del procedimento per assenza dell’imputato (art. 420-*quater* c.p.p.).

È importante innanzitutto chiarire che nell’assetto originario del codice la disciplina della contumacia si distingue dall’assenza, in quanto: quest’ultima presuppone la manifestazione della rinuncia a comparire da parte dell’imputato, mentre la contumacia è integrata dal riscontro da parte del giudice di una situazione d’incertezza sull’intenzione

¹¹³Il 2 aprile 2014 la Camera ha approvato, in via definitiva, la proposta di legge n. 331-927-B, recante “Deleghe al Governo in materia di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio. Disposizioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili”, evolutasi successivamente nella legge n. 67/2014, in vigore dal 17 maggio 2014.

dell'imputato di non partecipare al giudizio, poiché non può escludersi né che egli non abbia avuto conoscenza della citazione né che sussista una sua impossibilità a comparire per caso fortuito, forza maggiore od altro legittimo impedimento. Il nuovo assetto infatti, prevede che il processo *in absentia* dell'imputato possa essere celebrato soltanto in determinati casi, accumulati dalla conoscenza del procedimento o dall'accertata volontaria sottrazione alla conoscenza del procedimento o ad atti del medesimo¹¹⁴. In altre parole, il trinomio "presenza-contumacia-assenza" ha lasciato il posto al binomio "presenza-assenza", ma il processo in assenza è consentito soltanto se sussistono determinate condizioni che facciano escludere che l'imputato non sia a conoscenza del procedimento. Fuori dei casi in cui è legittimo procedere, l'assenza dell'imputato conduce alla sospensione del procedimento (ed alla conseguente sospensione della prescrizione del reato).

Il capo III della legge 28 aprile 2014, n.67 introduce alcune rilevanti modifiche al codice di rito attraverso le quali sono stati completamente ridisegnati gli istituti processuali che regolamentano i presupposti per la celebrazione del procedimento *in absentia*. In estrema sintesi, i più qualificanti aspetti innovativi rispetto al preesistente quadro normativo sono:

- Eliminazione dal sistema processuale dell'istituto della contumacia e dei riferimenti allo stesso operati nell'ambito del codice di procedura penale.
- Riconducibilità delle situazioni processuali antecedentemente idonee a concretizzare la contumacia all'istituto dell'assenza.

¹¹⁴ Vd. BRICCHETTI-PISTORELLI, Così "scompare" il processo in contumacia, in Guida dir., 2014, 21, 94 ss; TONINI-CONTI, Il tramonto della contumacia, l'alba radiosa della sospensione e le nubi dell'assenza "consapevole", in Dir, pen. e proc., 2014, 509 ss.

-
- Previsione in base alla quale, in tutti i casi in cui l'assenza non sia riconducibile a una volontaria scelta processuale dell'imputato (a propria volta desumibile sulla base di situazioni di fatto analiticamente indicate), il procedimento debba necessariamente essere sospeso.
- Conseguenti modifiche al sistema delle impugnazioni e all'istituto della restituzione nel termine, cui si raccorda la previsione dell'inedito istituto processuale della "rescissione" del giudicato.

Le maggiori novità hanno riguardato sicuramente la sospensione del procedimento nei confronti del soggetto irreperibile, nonostante tale misura fosse stata in passato diverse volte auspicata come soluzione maggiormente garantista¹¹⁵; l'abolizione del rito contumaciale, la regolamentazione del processo *in absentia*, la previsione di ulteriori strumenti riparatori volti ad assicurare all'imputato una nuova pronuncia nel merito in primo grado. L'obiettivo del legislatore è stato quello di consentire la celebrazione del procedimento *in absentia* in tutti i casi in cui, innanzi tutto, sia da ritenere assolutamente certa la conoscenza della pendenza del procedimento in capo all'imputato; a tale ipotesi, devono ritenersi assimilabili quelle in cui tale conoscenza sia inequivocabilmente desumibile sulla base di adeguati elementi presuntivi. Infatti la prova che egli abbia in precedenza conseguito conoscenza dell'esistenza del procedimento penale a suo carico può fondarsi su una serie di indicatori ritenuti dalla legge sintomatici dell'acquisita conoscenza dell'esistenza del procedimento (pregressa applicazione di misure precautelari o cautelari, elezione o dichiarazione di domicilio, nomina di un difensore di fiducia)

¹¹⁵Vd. CAPRIOLI, Giusto processo e rito degli irreperibili; UBERTIS, Come rendere giusto il processo senza imputato.

ovvero può essere ricavata dal giudice da qualsiasi altra circostanza, purché idonea a rilevare con certezza che l'imputato fosse consapevole che si procedeva nei suoi confronti. In tutti gli altri casi, in cui non può quindi ravvisarsi certezza effettiva o presunta in ordine alla pendenza del procedimento, la fattispecie prevista dal legislatore è quella della necessaria sospensione del giudizio, prevedendosi in capo al giudice il successivo onere di procedere a periodiche ricerche dell'imputato.

Eliminato il rito contumaciale viene rimossa anche la precedente formulazione codicistica «non comparendo sarà giudicato in contumacia», infatti, non presentandosi il soggetto destinatario dell'avviso di fissazione dell'udienza preliminare, si procede a norma degli artt.420*bis*, 420*ter*, 420*quater*, 420*quinquies* c.p.p..

Inoltre in conseguenza dell'eliminazione dal sistema dell'istituto della contumacia, i presupposti di fatto che nell'antecedente normativa erano posti alla base degli istituti della contumacia medesima e dell'assenza, vengono ora ricondotti unicamente a tale secondo istituto; in pratica, tutte le causali di mancata comparizione dell'imputato sono ora riconducibili alla fattispecie dell'assenza, fermo restando che solo alcune di esse sono idonee a consentire la prosecuzione del giudizio.

Con le nuove disposizioni, il legislatore mostra di volersi adeguare alla normativa convenzionale europea ed alle numerose decisioni della Corte EDU.

Infine è importante ricordare anche l'influenza che ha avuto la normativa europea in materia di cooperazione giudiziaria e reciproco riconoscimento di provvedimenti adottati in materia penale sulle innovazioni introdotte dalla sopra detta legge. In particolare deve farsi necessaria menzione della decisione quadro 2002/584/GAI del Parlamento europeo e del Consiglio in tema di mandato di arresto

europeo, attuata nel nostro ordinamento con la l. 22 aprile 2005, n. 69. Difatti l'art. 19 della legge (in attuazione dell'art.5 della decisione quadro) stabilisce che, nell'ipotesi di esecuzione di un mandato di arresto da parte dell'autorità giudiziaria nei confronti di un destinatario che non sia stato citato personalmente, né altrimenti informato della data e del luogo dell'udienza che ha portato alla decisione pronunciata *in absentia*, la consegna "può essere" subordinata alla previsione di sufficienti garanzie, da parte dell'autorità giudiziaria emittente, in ordine alla possibilità di richiedere un nuovo processo nello Stato di emissione e di essere presenti al giudizio.

Successivamente, la decisione quadro 2009/29/GAI, nel sopprimere il citato art. 5, ha introdotto, nell'ambito della decisione quadro 2002/584/GAI un art 4-*bis*, nel quale è stata prevista la facoltà, da parte dello Stato di esecuzione, di rifiutare di dare luogo ad un mandato di arresto qualora il procedimento sia stato celebrato *in absentia* e qualora non risultino rispettate una serie di garanzie processuali previste in via alternativa. Si tratta di una modifica molto significativa nel quadro del rafforzamento del sistema delle garanzie e in un'ottica finalizzata a ridisegnare gli elementi strutturali del procedimento *in absentia* nel senso di circoscrivere la legittimità solo in presenza di elementi adeguatamente idonei a desumere l'effettiva conoscenza della pendenza del giudizio.

3.2 Lo sdoppiamento della “vecchia” figura del contumace in quelle nuove dell’irreperibile sospeso e dell’assente.

Anche a seguito della l. 67/2014 è rimasta ferma l’impostazione originaria del codice di rito: partecipare al processo è un diritto dell’imputato, non è un obbligo. Dunque, la figura dell’assenza può ricomprendere anche forme di consapevole e volontaria decisione di non partecipazione.

Mentre nel sistema precedente era dichiarato contumace l’imputato che non era comparso in udienza nonostante fosse destinatario di notifiche regolari e non ci fosse la prova di un legittimo impedimento dell’imputato che comportasse un’assoluta impossibilità a comparire; la regolarità della notifica faceva scattare la presunzione che l’imputato conoscesse l’esistenza del processo, anche se non vi erano prove della conoscenza personale della convocazione per l’udienza, perciò dalla conoscenza presunta dell’esistenza del processo si desumeva la volontarietà della rinuncia a comparire ed il processo proseguiva contro il contumace rappresentato dal difensore, invece il nuovo sistema per meglio procurare l’obiettivo della conoscenza effettiva tende a privilegiare la notifica della citazione a mani proprie quale migliore forma di conoscenza dell’esistenza del processo.

La contumacia risulta scissa in due istituti distinti: da un lato, se siamo in presenza di un irreperibile, il processo deve essere sospeso; dall’altro, se vi è stata consegna dell’avviso o della citazione a mani proprie o vi è un altro fattore sintomatico della conoscenza del procedimento, il rito prosegue contro l’imputato assente, del quale viene presunta la rinuncia volontaria a comparire. 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 ad una prima lettura la riforma appare lineare, però poi vedremo che andando più a fondo emergeranno le incongruenze.

Esaminando la nuova normativa, l'art. 420-*bis* c.p.p. dedicato all'"assenza dell'imputato", tratta delle fattispecie di assenza in forza delle quali il giudice può disporre la prosecuzione del giudizio, quando non risulti che lo stesso sia impedito a comparire in riferimento alle condizioni previste dall'art. 420-*ter* c.p.p. (rimasto immutato).

Prima di iniziare a trattare della nuova riforma relativa all'art. 420-*bis* c.p.p., è importante chiarire che all'inizio dell'udienza preliminare ed anche di quella dibattimentale il giudice deve controllare se vi è stata regolare costituzione delle parti. Se le parti sono comparse non sorgono particolari problemi: il verbale d'udienza documenta se è presente l'imputato, quale è il suo difensore ed, eventualmente, quale avvocato rappresenta la parte civile, il responsabile civile ed il civilmente obbligato per la pena pecuniaria. Il giudice, se accerta la nullità di un avviso o di una notificazione, deve fissare la data della nuova udienza e deve ordinare la rinnovazione del relativo avviso o notificazione.

Dopo la verifica della regolarità della notifica, occorre valutare la causa della mancata comparizione dell'imputato. Ai sensi dell'art. 420-*ter*, comma 1, il giudice ha il potere di accertare se l'imputato ha un legittimo impedimento e se questo provoca un'assoluta impossibilità di comparire in udienza; se le due condizioni sussistono, il giudice deve disporre il rinvio ad una nuova udienza ed ordinare la rinnovazione dell'avviso.

Se non vi è assoluta impossibilità a comparire, il giudice dispone di procedere in assenza dell'imputato.

Al comma 1 della nuova formulazione dell'art. 420-*bis* c.p.p., il giudice stabilisce la prima ipotesi in cui si può procedere in assenza, che si ha quando l'imputato, libero o detenuto, non è presente all'udienza e, anche se impedito, ha espressamente rinunciato ad assistervi (ipotesi già peraltro disciplinata dall'art. 420-*quinquies* e, antecedentemente alla riforma operata con la l. 16 dicembre 1999, n. 479, dall'abrogato art. 488 c.p.p.); in questo caso *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 processo¹¹⁶.

I commentatori avevano sottolineato che la differenza fondamentale tra lo stato di contumacia e quello di assenza era costituita dalla presenza, nel secondo dei casi, di un comportamento concludente manifestante la volontà che il procedimento proseguiva.

L'abrogato art. 420-*quinquies* c.p.p. prevedeva altresì che l'assenza si concretizzasse in caso di una richiesta o del consenso da parte dell'imputato rispetto alla celebrazione del giudizio, ragione per la quale la Suprema Corte, in varie occasioni, aveva ritenuto tale da perfezionare i presupposti dell'assenza anche una manifestazione di volontà di carattere tacito, palesata attraverso comportamenti concludenti. Era inoltre più volte venuta all'attenzione della giurisprudenza la situazione determinata dalla rinuncia a comparire espressa da parte dell'imputato detenuto. Su tale aspetto, la giurisprudenza assolutamente maggioritaria aveva ritenuto che la rinuncia a comparire formulata in relazione a una determinata udienza producesse i suoi effetti anche in relazione a quelle successive e fino a quando l'imputato non avesse manifestato l'espressa volontà di presenziare.

¹¹⁶MOSCARINI, 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-MIRANDOLA-VARRASO, cit., 239 ss.

Rispetto alle disposizioni precedentemente vigenti, il comma 1 dell'art. 420-*bis* c.p.p. introduce peraltro una rilevante novità, in quanto il presupposto idoneo a concretizzare l'assenza dell'imputato non è rappresentato dalla richiesta o dal consenso allo svolgimento del procedimento in assenza bensì dalla sola espressa rinuncia ad assistere all'udienza.

Deve quindi evincersi che solo una parte delle situazioni ricadenti nella precedente fattispecie di assenza ricadano nell'ambito di regolazione dell'art. 420-*bis*, comma 1, c.p.p., rientrandovi solo quelle riconducibili all'espressa rinuncia ad assistere all'udienza e non potendo quindi ricomprendervi quelle desumibili da soli comportamenti concludenti. In ogni caso, sia tale tipologia di dichiarazione che le manifestazioni di volontà desumibili per effetto di comportamenti concludenti devono comunque ritenersi suscettibili di perfezionare l'ultima ipotesi prevista dal successivo art. 420-*bis*, comma 2, c.p.p., in quanto sicuramente idonee a rilevare la conoscenza, in capo all'imputato, della pendenza del procedimento.

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 si proceda in assenza, anche quando si ha la certezza della conoscenza della *vocatio in iudicium*, avendo l'imputato non comparso ricevuto personalmente notificazione dell'avviso dell'udienza preliminare.

Tale presupposto non impone alcun particolare problema di interpretazione, stabilendo la norma che il procedimento debba necessariamente proseguire in tutti i casi in cui l'avviso di fissazione sia stato notificato personalmente

all'imputato, in implicito riferimento alle modalità previste dall'art. 148, commi 3 e 4, c.p.p. e, specificamente, dall'art. 157, comma 1, c.p.p.

Anche in tal caso, pertanto, il giudice dovrà necessariamente disporre la prosecuzione del giudizio, ferma restando l'eventuale prova della incolpevole conoscenza della celebrazione del processo e che, in tal caso, atteso che la relazione di notificazione deve considerarsi come facente piena prova della relativa circostanza, non potrà che essere fornita attraverso la dimostrazione che il pubblico ufficiale notificante è incorso nel reato di falsità ideologica in atto pubblico.

Di conseguenza ricorrendo tale circostanza e non avendo l'imputato non comparso adottato alcun legittimo impedimento, il processo verrà celebrato nei confronti di un imputato dichiarato assente, nel senso di "consapevolmente assente", e non gli sarà concesso alcuno strumento restitutorio, in quanto la conoscenza del procedimento risulta evidente.

Il procedimento in *absentia*, inoltre secondo la nuova disciplina legislativa, potrà essere celebrato anche nel caso in cui la notifica non sia stata fatta a mani proprie dell'imputato, infatti al comma 2 l'art. 420-*bis* c.p.p. 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>>, anche in questo caso il giudice dichiara ugualmente l'imputato assente; si tratta anche qui di una "consapevole assenza", in quanto la conoscenza della celebrazione del processo e la rinuncia volontaria a comparire vengono

presuntivamente dedotte .

Il legislatore ha ravvisato dietro questi fatti, una sorta di rinuncia tacita dell'imputato ad esercitare il diritto di difesa. Sennonché, << la semplice lettura della norma alimenta forti dubbi rispetto alla effettiva "sintomaticità" nel caso concreto dei fatti espressamente previsti>>¹¹⁷.

Alle situazioni ricomprese nell'elenco stilato dal legislatore non sempre corrisponde realmente la consapevolezza dell'imputato circa l'esistenza del procedimento. 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 eccessivo¹¹⁸.

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. 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

¹¹⁷TONINI-CONTI, Il tramonto della contumacia, l'alba radiosa della sospensione e le nubi dell'assenza "consapevole", in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 513.

¹¹⁸Sul 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>>.

inquisitorio di un imputato ignaro di quanto accade nei suoi confronti>>¹¹⁹.

La presunzione concernente l'elezione di domicilio, ad esempio, desta alcune perplessità.

Le disposizioni generali in materia di domicilio dichiarato o eletto ai fini della notificazione sono contenute nell'art. 161 c.p.p., dove è previsto che, nel primo atto compiuto con l'intervento del soggetto indagato ovvero imputato e non sottoposto a detenzione, questi debba essere invitato a "dichiarare" uno dei luoghi coincidenti con quelli indicati nell'art. 157, comma 1, c.p.p. (casa di abitazione o luogo di esercizio abituale dell'attività lavorativa con esclusione del luogo di temporanea dimora previsto dal comma successivo) ovvero a "eleggere" un ulteriore domicilio, ai fini delle successive notificazioni e fermo restando che, in caso di rifiuto di dichiarare o eleggere domicilio, le notifiche saranno eseguite presso il difensore.

Di conseguenza deve ritenersi che, in tutti i casi in cui la notifica si sia perfezionata presso i suddetti luoghi, il giudice debba disporre la prosecuzione del giudizio, anche qualora le modalità della notifica possano essere idonee a desumere la mancata ed effettiva conoscenza dell'atto in capo all'imputato.

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

¹¹⁹Così TONINI-CONTI, Il tramonto della contumacia, cit., 513; nonché, DE CARO, Processo in absentia e sospensione, cit., 17.

il processo in sua assenza.

Molte critiche si rivolgono, soprattutto, alla disciplina delle notificazioni ad interposta persona che consente di ritenere raggiunta la conoscenza dell'atto mediante una mera *fictio iuris*; da tempo, 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. Non vi è dubbio che in questi casi la regolarità della notifica garantisce esclusivamente la conoscenza formale dell'atto non la sua conoscenza effettiva.

Ecco perché, visto il rilievo che tale atto ha assunto, esso dovrebbe, quanto meno, rientrare tra i provvedimenti che devono essere tradotti nella lingua dell'indagato o imputato¹²⁰. Infatti secondo l'art. 143 c.p.p. che è stato sostituito dall'art. 1, comma 1, lett. b), del d.lgs. 4 marzo 2014, n. 32, l'imputato che non conosce la lingua italiana ha diritto di farsi assistere gratuitamente da un interprete al fine di potere comprendere l'accusa contro di lui formulata e di seguire il compimento degli atti cui partecipa. La conoscenza della lingua italiana è presunta fino a prova contraria per chi sia cittadino italiano. Negli stessi casi l'autorità procedente dispone la traduzione scritta, entro un termine congruo tale da consentire l'esercizio dei diritti e della facoltà della difesa, dell'informazione di garanzia, dell'informazione sul diritto di difesa, dei provvedimenti che dispongono misure cautelari personali, dell'avviso di

¹²⁰VIGNALE, Domicilio dichiarato o eletto e processo in absentia, in *Questioni 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 rivolti o tradotti allo straniero nella lingua madre o in altra lingua veicolare.

conclusione delle indagini preliminari, dei decreti che dispongono l'udienza preliminare e la citazione a giudizio, delle sentenze e dei decreti penali di condanna.

Un altro profilo di criticità riguarda le c.d. elezioni di domicilio al buio¹²¹, che si hanno nel 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 Cassazione che si è pronunciata affermando che << 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>>¹²².

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 comunque sospeso, anche se

¹²¹Vd. CATALANO, La resistibile affermazione delle garanzie europee in tema di giusto processo in absentia, in Arch. Pen., 2011, 9.

¹²²Cass., sez. I, 20 aprile 2010, n. 17706, in C.e.d. Cass., n. 247066.

agli atti vi è la prova della conoscenza del procedimento da parte dell'imputato¹²³.

Altra ipotesi presuntiva della conoscenza del processo descritta ai sensi dell'articolo 420*bis* comma 2 c.p.p. è l'esecuzione di una misura cautelare o di un arresto o di un fermo.

La *ratio* di tale previsione è costituita dalla considerazione in base alla quale la pregressa sottoposizione a una misura cautelare o precautelare è presuntivamente idonea a far desumere la conoscenza, in capo all'imputato, della pendenza del procedimento. A tale proposito va ricordato che, in riferimento all'imputato che sia stato "sottoposto" a misura cautelare in forza di ordinanza emessa dal giudice procedente ai sensi dell'art. 292 c.p.p., tra gli adempimenti esecutivi previsti dall'art. 293 c.p.p. vi sono quelli della consegna personale del provvedimento all'imputato destinatario della misura della custodia in carcere ovvero della notifica dell'atto, in caso di applicazione di misura diversa, coercitiva ovvero interdittiva. In considerazione della disposizione in esame, deve pregiudizialmente rilevarsi che la stessa è applicabile nei soli confronti di imputato al quale l'ordinanza sia stata effettivamente eseguita. In senso analogo, viene altresì disposto per gli imputati che siano stati sottoposti ad arresto in flagranza ovvero a fermo e nei cui confronti sia stato redatto il verbale previsto dall'art. 386 c.p.p..

Nell'ipotesi in cui la notifica si sia validamente perfezionata sulla base dei principi generali, il giudice sarà quindi vincolato a disporre la prosecuzione del giudizio, fatta salva la possibilità di disporre il rinnovo della notifica ai sensi dell'art. 420-*ter*, comma 2, c.p.p. e fatta salva la

¹²³SILVESTRI, 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, cit., 50.

successiva prova di una causa non imputabile ai sensi dell'art. 420-*bis*, comma 4, c.p.p.

Bisogna però precisare che 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 diversi¹²⁴.

In particolare, ci potrebbero essere casi, 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 imputazioni¹²⁵. In queste vicende, se nel procedimento successivamente riunito non si è verificata una delle situazioni indicati 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.

Inoltre nonostante la disposizione non distingua i diversi tipi di misura cautelare, è poco convincente che riguardi anche le misure reali¹²⁶; in quanto 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 che essa riguardi provvedimenti limitativi della libertà personale

¹²⁴ SILVESTRI, Le nuove disposizioni in tema di processo "in assenza" dell'imputato, cit., 44.

¹²⁵ SILVESTRI, Le nuove disposizioni in tema di processo "in assenza" dell'imputato, cit., 45.

¹²⁶ In tal senso, v. QUATTROCOLO, Il contumace cede la scena processuale all'assente, mentre l'irreperibile l'abbandona, op. cit., 98; nonché BISCARDI, op. cit., 109.

e non anche di misure relative allo spossessamento di cose mobili o immobili che, peraltro, potrebbero non essere di proprietà dell'imputato. 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.

Analogamente, la scelta del difensore, sebbene generalmente indichi la consapevolezza della esistenza di un procedimento, non dovrebbe poter esser posta a fondamento di una ipotesi presuntiva.

Da tale ipotesi, deve essere escluso il caso del difensore d'ufficio, in quanto, la disposizione postula alla base della nomina del difensore una riferibilità all'indagato o meno del compimento di un atto processuale. Secondo il legislatore, la nomina evidenzia una conoscenza e un interesse dell'imputato ad avere notizie circa il processo¹²⁷, il che è sufficiente per postularne una sua consapevole rinuncia a presenziare. Tale ultima ipotesi può escludersi solo se il difensore abbia espressamente comunicato al giudice l'interruzione dei rapporti con l'assistito, o rinunciando al mandato.

Infatti la Giunta dell'Unione delle Camere penali a proposito del Disegno di legge Mastella¹²⁸, 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

¹²⁷BISCARDI, Eclissi della contumacia e sospensione per irreperibilità, tra conoscenza legale e conoscenza reale del processo, in Proc. pen. giust., 2014, n.6, 108.

¹²⁸Il 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.

sia sempre in grado di tenere informato il proprio cliente degli sviluppi del procedimento, specialmente se il mandato sia stato successivamente revocato o rinunciato. Le ultime due ipotesi previste dal nuovo testo dell'art. 420-*bis*, comma 2, c.p.p. appaiono quelle di più problematica lettura sul piano sistematico. A tale proposito, in base a un criterio di interpretazione letterale (e, in particolare, sulla base dell'uso della locuzione <<ovvero risulti 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>>.), deve ritenersi che tali ipotesi abbiano carattere residuale rispetto alle altre regolate nel medesimo comma; contengono infatti una sorta di "clausola aperta", permettendo di celebrare il processo in assenza ogni qual volta vi è la prova della conoscenza del procedimento da parte dell'imputato.

Questa ipotesi avverrà per esempio, in modo diretto, quando l'imputato riceva personalmente un atto o un avviso endoprocedimentale come potrebbe essere la comunicazione di nomina del difensore d'ufficio oppure, in modo indiretto, quando l'imputato rifiuti per esempio di dichiarare od eleggere domicilio. Tuttavia, anche qualora non si verifichi nessuna delle ipotesi specificamente previste dall'art. 420-*bis*, comma 2, c.p.p., residua in capo al giudicante uno spazio discrezionale di valutazione che corrisponde, peraltro, proprio a quello previsto dall'art. 420-*ter*, comma 2, c.p.p.. Tale disposizione applicabile al solo imputato e non anche al difensore, consente al giudice, pur in presenza di una notifica validamente perfezionata, di ritenere sussistente un impedimento a comparire dovuto a caso fortuito o forza maggiore, con conseguente ordine di rinnovazione della notifica.

Può quindi concludersi che con l'attuale assetto normativo, 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">>¹²⁹.

In tutti questi casi il nuovo comma 3 dell'art. 420-*bis* dispone che l'imputato sia rappresentato dal difensore, così come nell'ipotesi in cui egli, dopo essere comparso, si sia allontanato dall'aula d'udienza o non compaia alle eventuali udienze successive.

È fatto salvo quanto previsto dall'art. 420-*ter*, disposizione che la novella ha lasciato inalterata e secondo la quale, se l'assenza all'udienza (anche a quelle successive alla prima) è dovuta ad assoluta impossibilità di comparire per caso fortuito, forza maggiore o altro legittimo impedimento o "appare probabile" che sia dovuto a tali cause, il giudice, anche d'ufficio, è tenuto a rinviare il processo ad una nuova udienza e a disporre che sia rinnovato l'avviso all'imputato. L'acquisizione della notizia di un legittimo impedimento preclude, dunque, la possibilità di procedere in assenza (nel sistema previgente precludeva la possibilità di procedere in contumacia).

Non è invece assente ma è considerato presente (così era anche in precedenza) l'imputato che, dopo essere comparso, si sia allontanato dall'aula di udienza o che, presente ad una udienza, non sia comparso ad udienze successive.

Quindi ciò che rileva ai fini della dichiarazione di assenza, è la verifica dell'esistenza dei presupposti per la regolarità della costituzione del

¹²⁹TONINI-CONTI, Il tramonto della contumacia, cit., 514.

rapporto processuale e, quindi, la regolarità della citazione e l'inesistenza di cause di legittimo impedimento.

Infine ai sensi dell'articolo 420*bis* commi 4-5 c.p.p., l'ordinanza con la quale il giudice stabilisce di procedersi in assenza è revocata se l'imputato compare sempre che, naturalmente, il giudice non abbia già dichiarato chiusa la discussione e si sia ritirato per deliberare; oppure nel caso in cui l'imputato compare, ma risulta che le condizioni per procedere *in absentia* non sussistevano, in altre parole che il procedimento avrebbe dovuto essere sospeso ai sensi dell'art. 420-*quater* (comma 5) c.p.p..

3.3 L'art. 420-*quater* c.p.p.: sospensione del processo per assenza dell'imputato.

Il nuovo art. 420-*quater*, sostituito dall'art. 9, comma 3, della l. n. 67 del 2014 disciplina la "sospensione del processo per assenza dell'imputato", stabilendo che, se l'imputato non è presente e non sussistono le condizioni per procedersi in assenza, si apre il subprocedimento che può condurre alla sospensione del processo nei confronti dell'assente irreperibile.

La sospensione del processo per gli imputati irreperibili costituisce una delle innovazioni che più meritano apprezzamento. Sulla possibilità di processare chi 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>>¹³⁰.

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>>¹³¹. La celebrazione di un processo senza che l'imputato abbia avuto conoscenza dell'accusa si pone anche in sicuro contrasto con l'art. 6 della Convenzione europea¹³².

La scelta di questa riforma è stata di valorizzare il principio per cui l'imputato deve avere una conoscenza effettiva dell'accusa, perciò il

¹³⁰CAPRIOLI, "Giusto processo" e rito degli irreperibili, cit., 586.

¹³¹LATTANZI, Spunti critici sulla disciplina del processo contumaciale, in *Legisl. Pen.*, 2004, p. 598.

¹³²Corte e.d.u., 12 febbraio 1985, Colozza c. Italia, cit.

fenomeno che viene qui in rilievo riguarda le situazioni in cui v'è tendenziale certezza della mancata conoscenza del processo e, più specificamente, dell'atto di *vocatio in ius* da parte dell'imputato, in ragione dell'impossibilità concreta di notificargliela.

Nonostante sia stata rilevata una certa scarsità di fantasia del legislatore, che nella rubrica del nuovo art. 420-*quater* ha voluto ancora una volta usare il termine <<assenza>>, sebbene ne possa derivare una comprensibile confusione tra situazioni che, invece, si intendono nettamente distinguere, il testo introduce una forma di sospensione del processo. Nelle ipotesi ivi contemplate, diversamente da quelle in cui il processo si celebra <<in assenza>>, appunto, dell'imputato, il corso del procedimento si arresta, con quiescenza dell'attività giudiziaria.

Quindi, 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. Il più delle volte si tratterà di un tentativo di notificazione a mani proprie di cui spesso sarà già sostanzialmente prevedibile l'esito negativo; infatti se detta notifica <<non risulta possibile>>, il giudice dispone la sospensione del processo, salvo debba pronunciare una sentenza di proscioglimento *ex art. 129*, comma 1 e 2, c.p.p.

La sospensione del processo, tuttavia, non andrà ad inficiare il corso del giudizio nei confronti dei coimputati in quanto, nell'ipotesi di un processo cumulativo, ai sensi dell'art. 18, comma 1 lettera b c.p.p., si procederà alla separazione dei processi; né tantomeno l'ordinanza sospensiva potrà pregiudicare una eventuale causa civile precedentemente esperita nel processo di cui si ordina la sospensione: l'azione civile potrà

essere trasferita, infatti, in ambito privatistico, senza che operi l'effetto sospensivo di cui all'articolo 75 comma 3 c.p.p.¹³³

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.

Per quanto riguarda gli effetti processuali della sospensione del procedimento, l'art. 420-*quater* comma 3 c.p.p., afferma che durante la sospensione e su richiesta delle parti, il giudice può assumere, anche nella fase dell'udienza preliminare, prove non rinviabili << con le modalità stabilite per il dibattimento >> e non d'ufficio come avviene di regola invece nell'udienza preliminare. Tuttavia, circa la natura di tali prove da acquisire nonostante la sospensione del processo, in dottrina¹³⁴ si considerano assumibili non solo quelle previste limitatamente per l'incidente probatorio, ma, in generale, quelle prove connotate dal carattere dell'urgenza e della non rinviabilità, purché vi siano i requisiti di cui agli artt. 190 comma 1 e 190*bis* c.p.p..

Qualora il processo sospeso riprenda il suo corso, la prova urgente assunta con le modalità viste sopra potrà essere pienamente utilizzata, anche a carico dell'imputato, in quanto raccolta nel contraddittorio delle parti. Il nuovo meccanismo finisce per consentire l'uso, anche a carico, di dichiarazioni assunte in un contesto nel quale l'imputato, assente inconsapevole, non ha potuto fornire alcun personale contributo dialettico, soluzione che non sembra rispettosa della facoltà di interrogare direttamente la persona convocata riconosciuta all'imputato dagli artt. 111, comma 3 e 4, Cost., 6 C.E.D.U. e 14, P.i.d.c.p.; ed è proprio per

¹³³MOSCARINI, Una riforma da tempo necessaria, op. cit., 266.

¹³⁴MOSCARINI, Una riforma da tempo necessaria, op. cit., 267; analogamente BISCARDI, sul punto definisce le prove non rinviabili come un <<elenco aperto >> op. cit., 122.

questo motivo che vi sono pareri contrari¹³⁵ a tale ipotesi che prevedono il recupero del contraddittorio una volta presentatosi l'imputato.

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. La previsione, anche se non molto chiara, pare doversi leggere nel senso che, prima di procedere alla fissazione, con decreto, di una nuova udienza preliminare, il giudice disponga ricerche dell'imputato, provvedendo alla fissazione dell'udienza soltanto nelle ipotesi in cui le predette ricerche abbiano portato a individuare un indirizzo ove effettuare personalmente la notifica dell'eventuale decreto di fissazione dell'udienza.

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 quanto nel corso di questi ultimi anni, in tema di notificazioni, 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. Ma nonostante le Forze dell'ordine soffrano per il carico di lavoro loro attribuito, riescono 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 destinatario¹³⁶.

¹³⁵MOSCARINI, Una riforma da tempo necessaria, op. cit., 269.

¹³⁶Cfr. GIAMBRUNO, Le disposizioni in materia di notificazioni, in A.A.VV., Il processo penale tra politiche della sicurezza e nuovi garantismi, a cura di DI CHIARA, Torino, 2003, p. 89.

L'art. 143-*bis* disp. att. c.p.p., introdotto dall'art. 14, comma 1, della l. n. 67 del 2014, prevede, poi, che l'ordinanza di sospensione del processo sia trasmessa, unitamente all'avviso di udienza (vale a dire, al decreto di fissazione dell'udienza preliminare, al decreto che dispone il giudizio o al decreto di citazione a giudizio) alla sezione di polizia giudiziaria per l'inserimento nel Centro elaborazione dati di cui all'art. 8 della l. 1.4.1981 n. 121 (Nuovo ordinamento dell'amministrazione di pubblica sicurezza), istituito presso il Ministero dell'interno.

Si tratta della banca dati centralizzata per la raccolta delle informazioni e dei dati a cui possono accedere ai sensi dell'art. 9 l. 121/1981 << gli ufficiali di polizia giudiziaria delle forze di polizia debitamente autorizzati>> nonché << l'autorità giudiziaria ai fini degli accertamenti necessari per i procedimenti in corso e nei limiti stabiliti dal codice di procedura penale>>.

È evidente, quindi, che la *ratio* della comunicazione ora prevista dall'art. 143-*bis* NAttCpp sia rappresentata dall'esigenza di far circolare tra gli organi di polizia la conoscenza dell'evento sospensivo del processo dovuto alla sostanziale irreperibilità dell'imputato assente, così da rendere possibile che, laddove nel corso degli ordinari controlli di polizia ovvero nell'ambito dell'assunzione di informazioni in sede di indagini per altri procedimenti si raggiunga l'imputato¹³⁷, questi possa essere immediatamente reso edotto dell'esistenza di un processo a suo carico sospeso *ex art. 420-quater* c.p.p., ottenendo quel profilo di conoscenza utile alla revoca del provvedimento sospensivo con ripresa della sequenza processuale¹³⁸.

¹³⁷Cfr. FOCARDI, Le nuove ricerche e la revoca della sospensione, in *Le nuove norme sulla giustizia penale*, a cura di CONTI-MARANDOLA-VARRASO, Padova, 2014, p. 276 ss.

¹³⁸BONINI, Profili essenziali di coordinamento normativo, in *Legislazione Penale*, 2014, n.4, p. 667.

In questo senso può affermarsi che incombe su tutti gli organi di polizia e in costanza dell'intero periodo di sospensione un obbligo di comunicare all'autorità procedente ogni notizia utile al fine di ripristinare il contatto cognitivo tra imputato e processo.

L'ordinanza di sospensione va inoltre iscritta per estratto nel casellario giudiziale, come stabilisce il nuovo art. 3, comma 1, lett. i-ter), del d.P.R. 14 novembre 2002, n. 313, testo unico delle norme in materia di casellario giudiziale. Il legislatore assicura la conoscibilità del provvedimento sospensivo in capo alle autorità giudiziarie che, a qualsiasi titolo, acquisiscano il certificato *de quo*. Per tale motivo si prevede che il certificato debba essere oggetto di aggiornamento, allorché per qualsiasi motivo si sia proceduto a revocare l'ordinanza sospensiva, riprendendo o chiudendo *ex art.* 129 C.p.p. il giudizio ove essa era stata pronunciata.

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 incapace¹³⁹, 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, comma 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.

¹³⁹Tema affrontato dalla sentenza 45/2015 in cui la Corte costituzionale ha deciso di sopprimere la figura dell'"eterno giudicabile": vale a dire dell'imputato affetto da un'incapacità processuale irreversibile. La Corte ha dichiarato illegittimo l'art. 159 comma 1 c.p. nella parte in cui non esclude la sospensione della prescrizione qualora si accerti che l'incapacità dell'imputato di partecipare coscientemente al processo non è suscettibile di mutare; perciò stabilito che l'incapacità è irreversibile, la sospensione del processo proseguirà (salva la possibilità di emettere una sentenza di proscioglimento, nonché di assumere le prove urgenti e quelle a discarico), mentre l'incapace continuerà ad essere sottoposto al riesame semestrale delle sue condizioni. Nel frattempo però, i termini di prescrizione ricominceranno a decorrere e, una volta scaduti, l'incapace sarà prosciolto per estinzione del reato.

Nonostante le esigenze che stanno a fondamento della decisione 45/2015 siano pienamente comprensibili, si deve osservare che tale ragionamento potrebbe danneggiare l'attuazione della pretesa punitiva statale nelle situazioni in cui si accertasse che l'incapacità era il prodotto di una simulazione, oppure nel caso in cui l'imputato recuperasse le proprie facoltà psichiche acquisendo la piena capacità processuale; eventualità rare ma che non vanno escluse in assoluto.

Qualora in particolare, la capacità subentrasse dopo la scadenza dei termini di prescrizione, la pretesa punitiva ne risulterebbe vanificata, poiché non vi sarebbero più possibilità di riaprire il processo; quando invece, la capacità rivivesse prima, l'imputato potrebbe ancora essere processato. Tale soluzione adottata dalla Corte costituzionale, però, è destinata a restare inefficace quando il processo ha ad oggetto un reato imprescrittibile; in tal caso, salvo i casi eccezionali di recupero delle facoltà mentali, l'imputato pur affetto da incapacità irreversibile, non perde la sua condizione di eterno giudicabile e viene sottoposto a periodiche rivalutazioni delle sue condizioni fino alla morte. Né, in rapporto ai reati prescrivibili, l'efficienza ne risulterebbe tanto più assicurata nelle ipotesi in cui la prognosi di irreversibilità sopraggiungesse solo all'ultimo. V. DANIELE M., Il proscioglimento per prescrizione dei non più 'eterni giudicabili'. La sorte degli imputati affetti da incapacità processuale irreversibile dopo la sentenza 45/2015 della Corte costituzionale, in Dir. pen. cont., 20 aprile 2015.

Si tratta di una previsione che è stata definita¹⁴⁰ “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 prescrizione¹⁴¹. Poiché la sospensione del processo disposta ai sensi dell’art. 420-*quater* ha una durata potenzialmente indeterminata, potrà accadere che la prescrizione del reato imponga la chiusura del procedimento con sentenza *ex art.* 129, comma 2, previa revoca della sospensione ai sensi dell’art. 420-*quinquies*. Soltanto nel caso dei reati previsti dall’art. 51, commi 3-*bis* e 3-*quater*, la sospensione della prescrizione non avrà, invece, termini massimi, come non li avrà nel caso di reati imprescrittibili (essenzialmente, nel caso dei delitti punibili con l’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 prescrizionali, con ciò finendo con disattendere le istanze di tutela delle vittime e le finalità di difesa sociale che pur sono sottese al processo.

In conclusione non si può non osservare che la novella in commento rischia, tuttavia, di riaprire un contenzioso in materia di procedimento senza imputato proprio davanti alla Corte europea dei diritti dell’uomo. Sebbene il meccanismo sospensivo che ha ispirato il legislatore sia quello già adottato per l’imputato incapace, la schiera degli “eterni giudicabili”, la cui condizione è stata più volte oggetto, in questi anni, dell’attenzione

¹⁴⁰ SILVESTRI, Le nuove disposizioni in tema di processo “in assenza” dell’imputato, cit., 55.

¹⁴¹ BRICCHETTI-PASTORELLI, Processo sospeso se l’imputato è irrintracciabile, cit., 100.

della Corte costituzionale¹⁴², non dovrebbe risultarne ingrossata, dato il particolare meccanismo, collegato, di sospensione del termine prescrizione, che non può comunque superare i tetti massimi già indicati dal secondo comma dell'art. 161 c.p. Certo, questo dato concorre con il rilievo che lo *status* di irreperibilità, che oggi dà comunque luogo alla celebrazione del processo e, spesso, alla condanna dell'imputato, determinerà in futuro, invece, un probabile esito proscioglimento, poiché la sospensione del processo non sarà, se non per un limitato periodo, agganciata a quella della prescrizione, permettendo a coloro che si fossero resi volontariamente irreperibili e avessero la pazienza di rimanere in tale condizione per un certo lasso di tempo, di lucrare l'estinzione del reato.

C'è quindi da osservare che, 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 poter 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 propria¹⁴³.

¹⁴²C. cost. ord. 289/2011, in CP 2011, 949; C. cost. 23/2013, in Cass. Pen., 2013, con nota di SCOMPARINI, Prescrizione del reato e capacità di partecipare coscientemente al processo: nuovamente *sub iudice* la disciplina degli "eterni giudicabili"; DANIELE M., Il proscioglimento per prescrizione dei non più 'eterni giudicabili'. La sorte degli imputati affetti da incapacità processuale irreversibile dopo la sentenza 45/2015 della Corte costituzionale, in Dir. pen. cont., 20 aprile 2015.

¹⁴³QUATTROCOLO, Il contumace cede la scena processuale all'assente, mentre l'irreperibile l'abbandona, in Diritto penale contemporaneo, 2014, n. 2, p. 104.

3.4 L'art.420-*quinquies* c.p.p.: nuove ricerche dell'imputato e revoca della sospensione del processo.

L'art. 420-*quinquies* c.p.p., sostituito dall'art. 9, comma 4, della l. n. 67/2014, è dedicato alle nuove ricerche dell'imputato non comparso ed ai casi di eventuale revoca dell'ordinanza di sospensione.

Il giudice, decorso un anno dalla pronuncia dell'ordinanza di sospensione, o anche prima qualora ne ravvisi l'esigenza, dispone nuove ricerche dell'imputato per la notifica dell'avviso, affidandole alla polizia giudiziaria. Se l'imputato non viene rintracciato, il giudice deve disporre nuove ricerche ad ogni successiva scadenza annuale.

Il termine annuale va ritenuto ordinatorio sia perché, se ne ricorre l'esigenza, è consentito procedere alle ricerche in qualsiasi momento, sia perché non è prevista alcuna sanzione per il suo superamento. D'altro canto, sarebbe stato illogico ricollegare al ritardo una sanzione, visto che l'effettiva esecuzione delle ricerche sfugge al giudice in quanto è rimessa alla diligenza e alle concrete possibilità della Polizia giudiziaria¹⁴⁴. Inoltre bisogna precisare che non solo a seguito del buon esito delle ricerche *de quibus* può disporsi una ripresa del processo; il comma 2 dell'art. 420-*quinquies* c.p.p., infatti enuncia , come vedremo altre cause di revoca dell'ordinanza sospensiva che possono intervenire *ab externo* in qualsiasi

¹⁴⁴FOCARDI, Le nuove ricerche, cit., 275, il quale afferma che << l'imputato potrebbe avere un interesse a che le ricerche vengano effettuate alle scadenze di legge: infatti poiché la sospensione del procedimento comporta che un soggetto che non abbia voluto sottrarsi alle ricerche dell'Autorità ma che semplicemente non sia stato reperito in prima battuta (si pensi, ad esempio, perché recatosi all'estero per lavoro), rischierebbe di essere processato a notevole distanza di tempo dai fatti e senza poter lucrare l'effetto a lui più favorevole connesso al decorrere del tempo>>.

momento, determinando, ogni volta che siano portate a conoscenza del giudice, l'obbligo di riprendere l'attività processuale. In più il presente articolo presenta una lacuna in merito alla durata delle ricerche ordinate dal giudice, le quali potrebbero essere posticipate nel loro concreto avvio o dilatarsi nella loro durata secondo scadenze non predeterminabili e in ragione di profili pratici, quali il complessivo carico di lavoro che grava sugli uffici che di quella attività debbono farsi esecutori¹⁴⁵.

Il legislatore ha altresì ommesso di specificare a chi spetti concretamente la conduzione delle nuove ricerche; tuttavia, si è soliti attribuire tale attività alla polizia giudiziaria per due motivi: da un lato già l'articolo 420-*quater* c.p.p. affida compiti di notifica in capo alla polizia giudiziaria, (circostanza tra l'altro che implica, nel caso in cui non abbia esito positivo la notifica, l'emanazione dell'ordinanza di sospensione) dall'altro lato, la terminologia usata nell'articolo 420-*quinquies* comma 1 c.p.p. <<nuove ricerche>>, sembra presupporre l'attribuzione di tale attività a soggetti che abbiano già svolto attività preliminari all'interno del procedimento¹⁴⁶.

Anche per quanto riguarda i criteri da seguire nell'effettuare le nuove ricerche, la norma non fornisce alcuna indicazione. Ad avviso di alcuni, tale silenzio è dovuto alla volontà del legislatore di lasciare al giudice piena discrezionalità nell'orientare le ricerche in base alle peculiarità del caso concreto. Altri autori invece hanno ritenuto necessario fare richiamo all'art. 159 c.p.p. in tema di notificazioni all'imputato in caso di irreperibilità.

In verità, l'art. 420-*quinquies*, comma 1, c.p.p. non fa alcuna menzione dei <<luoghi indicati nell'art. 159>>, nei quali, invece, devono essere

¹⁴⁵BONINI , La revoca del procedimento di sospensione: presupposti e scadenze , in *Legislazione Penale* , 2014 n. 4, p. 594.

¹⁴⁶Eadem, 594.

compiute le omologhe attività investigative preliminari all'emissione di ogni nuovo decreto di irreperibilità (art. 160, comma 4, c.p.p.).

Il silenzio del legislatore sul contenuto minimo delle ricerche periodiche da effettuare si giustifica in ragione della finalità delle predette investigazioni, del tutto diversa rispetto a quelle prodromici che alla declaratoria di irreperibilità. Infatti, la dichiarazione che l'imputato non è reperibile consente di evitare la stasi del procedimento, anche se l'imputato non ne ha avuto alcuna formale conoscenza; nel nostro caso, invece, il processo riprende il suo corso quando è acquisita la prova certa che l'imputato è stato notiziato¹⁴⁷.

Perciò ai fini della ripresa del processo *in absentia* sospeso ciò che rileva non sono le modalità di svolgimento delle ricerche, bensì il loro risultato, perché se l'imputato non viene rintracciato, il processo rimane sospeso.

Quindi, essendo del tutto logico che l'ordinamento non dia alcuna indicazione sul contenuto delle ricerche dell'assente, va sottolineato che quelle descritte nell'art. 159, comma 1 c.p.p. (e ripetuta nel successivo art. 160, comma 4) che le riferisce al luogo di nascita, dell'ultima residenza anagrafica e dell'ultima dimora, al luogo in cui l'imputato abitualmente esercita la propria attività lavorativa, presso l'amministrazione carceraria centrale, rappresentano senza dubbio delle investigazioni che garantiscono una elevata probabilità di esito positivo. 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.

A differenza di quanto previsto per le ricerche dell'irreperibile (art. 61 disp. att. c.p.p.), la norma in commento non prevede che la Polizia

¹⁴⁷ TRINCI - VENTURA, Notificazioni e processo senza imputato, Milano, Giuffrè, 2015, p. 807.

giudiziaria incaricata di rintracciare l'imputato assente debba relazionare all'autorità richiedente in merito alle ricerche effettuate e al loro esito, né è previsto un termine (predeterminato o individuato dal giudice) per il loro compimento e un provvedimento giudiziale con il quale il giudice prende atto delle vane ricerche. Qualora invece le ricerche dell'irreperibile abbiano esito positivo la polizia giudiziaria è tenuta 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.

L'esigenza di disporre periodicamente nuove ricerche è all'evidenza connessa all'esigenza di evitare facili elusioni della pretesa punitiva statutale e, in definitiva, a quella di coniugare la nuova disciplina con l'art. 112 Cost.

L'art. 420-*quinquies*, comma 2, c.p.p. prevede che l'ordinanza di sospensione possa essere revocata.

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.

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 esito negativo, vi sia comunque la prova certa della conoscenza del processo da parte dell'interessato.

Ove le ricerche dell'imputato 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 detenuto. Tale disciplina a volte pecca di mancanza di chiarezza¹⁴⁸, un punto pare, però, fermo: l'art. 420-*quinquies* c.p.p., a differenza dell'art. 420-*quater* c.p.p., non richiede che la notificazione sia effettuata necessariamente "nelle mani" dell'imputato.

Quindi nel caso in cui le ricerche abbiano dato esito positivo, ma non vi è stata la conoscenza da parte dell'imputato della pendenza del procedimento e la notifica dell'avviso di fissazione della udienza non è stata effettuata personalmente all'imputato, potrebbe in tal caso ritenersi che il giudice debba nuovamente verificare se "sia possibile" la notificazione dell'atto, atteso che, diversamente, potrebbe ipotizzarsi una nuova sospensione del processo. Ove, invece, sia stata raggiunta la tendenziale prova certa della conoscenza del procedimento da parte dell'imputato, si potrà procedere in sua assenza anche nel caso in cui l'imputato non riceva personalmente la notificazione dell'avviso di fissazione della nuova udienza, purché la notifica sia rituale¹⁴⁹.

Come abbiamo visto l'esito positivo delle ricerche non rappresenta l'unica causa di revoca dell'ordinanza sospensiva; il comma 2 dell'art. 420-*quinquies* c.p.p., prevede che il processo possa riprendere anche al maturare di altre condizioni che, riconducibili ad un comportamento dello stesso imputato, lascino ritenere che è stato raggiunto l'obiettivo di una conoscenza del procedimento. Proprio per questo motivo il legislatore avrebbe potuto recuperare, attraverso la tecnica del rinvio o del

¹⁴⁸QUATTROCOLO, Il contumace cede la scena processuale all'assente, mentre l'irreperibile l'abbandona, in *Diritto penale contemporaneo*, 2014, n. 2, p.103.

¹⁴⁹SILVESTRI, Le nuove disposizioni in tema di processo "in assenza" dell'imputato, p. 54.

richiamo espresso, le ipotesi delineate all'interno dell'art. 420-*bis* comma 2 C.p.p., qui invece ridotti a due sole ipotesi: l'intervento di una nomina fiduciaria e il sopravvenire della << prova certa che l'imputato è a conoscenza del procedimento avviato nei suoi confronti>>. Anche se non compaiono tra le cause di revoca dell'ordinanza di sospensione la dichiarazione od elezione di domicilio, l'intervenuta limitazione della libertà personale a titolo cautelare o precautelare e la notifica a mani proprie dell'avviso dell'udienza; si tratta di ipotesi che possono essere ricondotte all'interno della più lata dizione coltivata dall'art. 420-*quinquies* comma 2, c.p.p., nel senso che possono aver dispiegato un effetto positivo in sede di svolgimento delle nuove ricerche disposte ai sensi della previsione in commento.

Nulla quaestio, quindi, per l'ipotesi in cui l'imputato abbia nominato un difensore di fiducia, in quanto dimostra con certezza che l'imputato ha avuto effettiva conoscenza del processo e non più solo del procedimento; la stessa cosa vale per l'ipotesi in cui sia stata raggiunta la prova certa della conoscenza del procedimento, dove il termine prova deve essere interpretato in senso atecnico, quale "fonte di conoscenza" del processo, potendo quindi utilizzare dichiarazioni informali rese da familiari o conoscenti o coimputati dell'assente che riferiscano di avere colloquiato con lui sulla strategia processuale da seguire, o ancora da intercettazioni telefoniche¹⁵⁰.

Si tratta di ipotesi perfettamente sovrapponibili alla previsione di cui all'art. 420-*bis* c.p.p., nella parte in cui tratta le possibilità di celebrazione del processo *in absentia*, in quanto il legislatore ritiene sufficiente la generica conoscenza del procedimento al fine di procedere a giudizio.

¹⁵⁰V. art. 420-*bis* comma 2 c.p.p..

L'ultima ipotesi riguardante le condizioni per pronunciare sentenza di proscioglimento ai sensi dell'art. 129 c.p.p., si caratterizza dal fatto che la *ratio* della disposizione è antitetica rispetto alle precedenti in quanto il processo, anziché riprendere nei confronti dell'imputato che ne sia a conoscenza, riprende solo per avere termine, e ciò, di regola¹⁵¹, all'insaputa dell'imputato. Le ipotesi possono essere quelle della morte del reo (accertata dalla polizia giudiziaria nel compiere le nuove ricerche) oppure la remissione della querela non tacitamente rifiutata dall'imputato oppure il decorso del termine di prescrizione oppure infine, l'ipotesi in cui si assuma in via urgente una prova liberatoria nel merito.

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 (comma 3 dell'art. 420-*quinquies* c.p.p.). Circa la natura di questo avviso sorgono dubbi, infatti una parte della dottrina ha proposto di anticipare la notifica dell'avviso della nuova udienza già con la prima ordinanza che dispone la sospensione del processo, cumulando nell'avviso da notificare sia la fissazione dell'udienza originaria sia la copia del verbale con l'indicazione della data della udienza di rinvio¹⁵². Nel caso di revoca della sospensione del processo ai fini della pronuncia di una sentenza di proscioglimento, ripreso il giudizio non si è certi della conoscenza del processo da parte dell'imputato, e questo perché la revoca della sospensione potrebbe essere preliminare ad un provvedimento con esito positivo per l'imputato; ecco

¹⁵¹ Non può escludersi, infatti, che il processo riprenda sia perché l'imputato ne ha avuto conoscenza sia perché, al contempo, si sono realizzati i presupposti per emettere una sentenza di proscioglimento.

¹⁵² Così FOCARDI, *Le nuove ricerche e la revoca della sospensione*, op. cit., 284.

perché la critica afferma che tale fattispecie poteva essere meglio esplicitata per assicurare una tutela del diritto dell'imputato ad ottenere un proscioglimento con una formula più ampiamente liberatoria, tutela che pare qui del tutto pretermessa.

Infine l'art. 420-*quinquies* c.p.p. nel suo ultimo comma prevede che nella nuova udienza fissata a seguito della revoca del provvedimento sospensivo, l'imputato possa avanzare richiesta di giudizio abbreviato o di cosiddetto patteggiamento, si tratta di una previsione evidentemente superflua¹⁵³, dal momento che l'ordinanza di sospensione sarà stata pronunciata a suo tempo in sede di verifica della regolare costituzione delle parti (ora nell'udienza preliminare, ora nell'udienza dibattimentale), senza pregiudizio alcuno, quindi, della facoltà di innescare un rito premiale all'atto della ripresa della sequenza procedimentale dal punto in cui questa era stata sospesa¹⁵⁴.

L'iscrizione nel casellario dell'ordinanza di sospensione va eliminata in caso di sopravvenuta revoca (nuova lettera 1-*bis* dell'art. 5, comma 2, del sopra citato d.P.R. n. 313/2002).

¹⁵³QUATTROCOLO, Il contumace cede la scena processuale all'assente, mentre l'irreperibile l'abbandona, op. cit., 10.

¹⁵⁴BONINI, La revoca del procedimento di sospensione: presupposti e cadenze, in Legislazione Penale, 2014 n. 4, p. 605.

3.5 Rimedi ripristinatori: comparizione tardiva dell'imputato e revoca dell'ordinanza dichiarativa dell'assenza.

Alla mancata comparizione dell'imputato in udienza non può essere attribuito l'effetto di una definitiva rinuncia alla partecipazione processuale, in quanto quest'ultima costituisce un diritto costituzionalmente e internazionalmente tutelato (artt. 24, comma 2 e 111, comma 3, Cost.; art. 14 P.i.d.c.p.; art. 6 C.E.D.U.).

È quindi previsto che l'ordinanza con la quale il giudice dispone che si proceda in assenza dell'imputato sia revocata, su richiesta di parte o d'ufficio, se, prima della decisione¹⁵⁵, l'imputato compare (art. 420-*bis*, comma 4, c.p.p.).

Se l'imputato compare e non giustifica la propria assenza, il processo continuerà nei suoi confronti, ma la comparizione tardiva non comporterà alcuna inefficacia degli atti già compiuti, anche se si tratta di atti istruttori *ex art. 422 c.p.p.*

Se invece l'imputato, comparendo, fornisce la prova <<che l'assenza è stata dovuta ad una incolpevole mancata conoscenza della celebrazione del processo>> oppure << che versava nell'assoluta impossibilità di comparire per caso fortuito, forza maggiore o altro legittimo impedimento e che la prova dell'impedimento è prevenuta con ritardo senza sua colpa>>, il giudice deve rinviare l'udienza in modo da assicurare all'imputato le condizioni necessarie a preparare la difesa.

¹⁵⁵Il riferimento alla "decisione" consente di ritenere che la comparizione possa avvenire in un qualsiasi momento dell'udienza preliminare o del dibattimento, quindi anche dopo la chiusura della discussione e il ritiro del Giudice in camera di consiglio, purchè prima che siano pronunciati i provvedimenti di cui all'art. 424 c.p.p. o la sentenza dibattimentale.

Nella nuova udienza, infatti, l'imputato è riammesso ad esercitare il suo diritto alla prova, così da reintegrarlo nella situazione giuridica in cui si sarebbe trovato se avesse avuto la possibilità di partecipare personalmente al processo.

Poiché, al di fuori delle ipotesi di notificazioni a mani proprie dell'avviso di udienza, gli altri indici sintomatici garantiscono livelli inferiori di conoscenza, dal momento che attestano solamente la consapevolezza presuntiva del procedimento, all'imputato originariamente non comparso è concesso di accedere a rimedi ampiamente restitutori fornendo la prova della scusabile ignoranza del processo¹⁵⁶.

Inoltre va rilevato che la riforma impone all'accusato anche l'onere di dimostrare che questa mancata conoscenza sia incolpevole¹⁵⁷. Si tratta di una prova difficile da offrire e, secondo i giudici di Strasburgo, non spetta all'imputato dimostrare di essersi sottratto volontariamente alla giustizia o di essere legittimamente impedito a partecipare al processo, essendo compito delle autorità interne procedere agli accertamenti necessari.

Detto questo, la colpa imputabile della mancata conoscenza del processo può consistere in qualsiasi trascuratezza o negligenza dell'imputato, desumibile dagli atti, che possa aver favorito la sua mancata conoscenza.

Per quanto riguarda le facoltà difensive riconosciute all'imputato che abbia assolto agli oneri probatori visti sopra, occorre distinguere a seconda che la comparizione avvenga in udienza preliminare o nel giudizio di primo grado.

In udienza preliminare l'imputato tardivamente comparso può chiedere l'ammissione o il recupero di elementi di prova attestati dagli atti

¹⁵⁶TRINCI-VENTURA, op. cit., 820.

¹⁵⁷BARGIS, La rescissione del giudicato, cit., 8; GARUTI, *Ius superveniens* e "nuovo" processo in assenza, in *Giur.it.*, 2014, 1509.

contenuti nel fascicolo delle indagini preliminari, trasmesso dal Pubblico ministero insieme alla richiesta di rinvio a giudizio, e dagli atti e dai documenti ammessi dal giudice prima dell'inizio della discussione. Può inoltre rendere dichiarazioni spontanee e chiedere di essere interrogato, in quanto tali facoltà rappresentano forme di autodifesa la cui interdizione porrebbe la disciplina in esame in contrasto con l'inviolabilità del diritto di difesa garantita dall'art. 24 Cost.¹⁵⁸.

Nonostante il silenzio della norma, l'imputato comparso con ritardo senza colpa, ha la possibilità di far acquisire anticipatamente una prova non rinviabile, chiedendo all'uopo l'esperimento, nel corso dell'udienza, di un incidente probatorio. Al medesimo imputato deve essere, infine, riconosciuta la facoltà di depositare eventuali investigazioni difensive, non essendo peraltro previsto un limite temporale per il deposito del fascicolo di parte.

L'imputato è, altresì, rimesso in termini per formulare richiesta di giudizio abbreviato o di applicazione della pena su richiesta ma deve fornire la prova che la sua assenza nel corso dell'udienza preliminare è riconducibile ad una delle situazioni previste dall'art. 420-*bis*, comma 4, c.p.p.; a differenza delle dichiarazioni spontanee che l'imputato può rendere liberamente. Scopo evidente della disposizione è, infatti, quello di non frustrare le strategie difensive di colui che, senza colpa, sia rimasto ignaro della celebrazione dell'udienza o, pur conoscendone la data, non abbia potuto prendervi parte a causa di un legittimo impedimento¹⁵⁹.

Sembra da escludere che l'imputato, presentandosi senza colpa tardivamente all'udienza preliminare, possa avvalersi di ulteriori attività probatorie, non essendo queste espressamente menzionate nel comma 4 dell'art. 420-*bis* c.p.p.

¹⁵⁸MOSCARINI, Una riforma, cit., 258.

¹⁵⁹BRICCHETTI-CASSANO, Il procedimento *in absentia*, Milano, Giuffrè, 2015, p. 90.

Appare quindi preclusa anche la possibilità di rendere dichiarazioni spontanee o di chiedere di essere interrogato, in quanto la norma in commento, a differenza di quanto statuiva per il contumace l'abrogato art. 420-*quater*, comma 3, c.p.p. non contiene alcun riferimento a tale facoltà, né tale possibilità è contemplata dal nuovo art. 489, comma 1, c.p.p.. Infatti nonostante la portata apparentemente restrittiva delle attività probatorie che può esperire l'imputato comparso tardivamente all'udienza preliminare, si ritiene applicabile in via analogica quanto previsto dall'art. 489 comma 1 che si riferisce all'imputato che compare nel giudizio di primo grado. Tali diritti riconosciuti all'imputato comparso tardivamente nel corso del giudizio di primo grado rappresentano sicuramente una grande novità di natura garantista, in quanto le facoltà ivi previste rappresentano forme di autodifesa.

L'art. 10, comma 1, della l.n. 67 del 2014 ha integralmente sostituito l'art. 489 c.p.p. sia nella rubrica (<<dichiarazioni dell'imputato contro il quale si è preceduto in assenza nell'udienza preliminare>>) che nel contenuto. Mentre la rubrica della norma abrogata ricomprendeva nella sua generica dizione (<< dichiarazioni del contumace >>) era finalizzata ad evitare che il giudizio in cassazione , quello di revisione o la fase dell'esecuzione potessero svolgersi senza assumere le dichiarazioni dell'imputato, già dichiarato contumace , che fosse stato in grado di dimostrare di non avere avuto conoscenza del processo a suo carico (nella sistematica del codice di rito, il previgente art. 489 era destinato ad operare nelle fasi di giudizio diverse da quello di merito), quella della nuova disposizione s'incentra principalmente sulla situazione di assenza dell'imputato nel corso dell'udienza preliminare.

L'art. 489 c.p.p. nella sua nuova articolazione comprende due commi.

Il comma 1 attribuisce la facoltà di rendere dichiarazioni spontanee all'imputato nei cui confronti si sia proceduto in assenza nel corso dell'udienza preliminare.

Dalla lettura coordinata della norma con gli artt. 420-*bis* ss. c.p.p. si evince, in primo luogo, che la dichiarazione di assenza deve essere stata ritualmente pronunciata dal giudice dell'udienza preliminare che ha verificato l'esistenza dei presupposti della costituzione del rapporto processuale e, quindi, la regolarità della citazione e l'inesistenza di cause di legittimo impedimento.

Dalla rubrica generale dell'art. 10 della l. n. 67 del 2014 (<< Disposizioni in materia di dibattimento >>) si desume, d'altra parte, che la facoltà di rendere dichiarazioni spontanee si colloca nella fase dibattimentale.

In base a tale duplice rilievo è possibile affermare che il novellato art. 489, comma 1, c.p.p. è destinato a trovare applicazione nei casi in cui l'imputato, ritualmente dichiarato assente in sede di udienza preliminare, compaia nel corso del dibattimento di primo e di secondo grado e voglia avvalersi della facoltà di rendere dichiarazioni spontanee sui fatti oggetto dell'imputazione, pur se nel rispetto della sequenza procedimentale disegnata dagli artt. 524 e 525 c.p.p. che fissano nel provvedimento dichiarativo della chiusura del dibattimento, cui segue immediatamente la fase deliberativa, il momento preclusivo dell'esercizio di tale facoltà.¹⁶⁰

Il comma 2 del nuovo art. 489 c.p.p. stabilisce che l'imputato dichiarato assente nel corso dell'udienza preliminare ha diritto ad essere reintegrato nei termini per richiedere il giudizio abbreviato o l'applicazione concordata della pena, qualora dimostri alternativamente che: 1) l'attribuibilità dell'omessa comparizione ad un'incolpevole mancata

¹⁶⁰ TRINCI - VENTURA, *Notificazioni e processo senza imputato*, Milano, Giuffrè, 2015, p. 830.

conoscenza della celebrazione del processo (art. 420-*bis*, comma 4, secondo periodo); 2) l'assoluta impossibilità di comparire per caso fortuito, forza maggiore o altro legittimo impedimento e la non ascrivibilità a sua colpa del ritardo con cui è pervenuta la prova dell'impedimento (art. 420-*bis*, comma 4, ultimo periodo).

Il comma 4 dell'art. 420-*bis* c.p.p. riconosce all'imputato anche il diritto di richiedere la rinnovazione di prove già assunte. Si tratta di una importante novità che allinea il nostro ordinamento alle norme costituzionali e sovranazionali. Infatti nel sistema previgente la richiesta di assunzione o rinnovazione di atti avanzata dal contumace (incolpevole del ritardo con cui era pervenuta la prova della sua ignoranza del processo o del suo impedimento) era sottoposta ad una irragionevole limitazione, in quanto il giudice vi avrebbe dovuto dare seguito solo se avesse ritenuto che l'atto da assumere o rinnovare era rilevante ai fini della decisione. Oggi, invece, alla luce delle innovazioni apportate dalla riforma in esame, all'assente incolpevole si riconosce il diritto di rinnovare o vedere assunte le prove richieste purché non siano illegittime, irrilevanti o superflue.

Infine l'art. 489 c.p.p., nella sua nuova formulazione, non contiene alcun riferimento all'istituto della sospensione del processo con messa alla prova: mancanza che verrà 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 premiale¹⁶¹.

¹⁶¹DE CARO, Processo *in absentia* e sospensione, cit., 21.

3.6 Il regresso al giudizio di primo grado.

L'eliminazione della contumacia ha comportato il venir meno di alcuni istituti ad essa collegati.

In particolare è stato eliminato il comma 3 dell'art. 548 c.p.p., che affermava che all'imputato contumace andava necessariamente eseguita la notifica dell'avviso del deposito della sentenza, dalla quale, ai sensi dell'art. 585, comma 2, lett. *d*), decorrevano i termini previsti per l'impugnazione.

Il legislatore ha quindi del tutto espunto la necessità di notificare l'avviso di deposito della sentenza nei confronti dell'imputato, in cui non sono ravvisabili i presupposti per dedurre l'ignoranza "incolpevole" in ordine alla pendenza del procedimento e per il quale si sia quindi proceduto *in absentia*.

Pertanto per effetto dell'eliminazione di tale adempimento, per l'imputato nei cui confronti si sia proceduto in assenza il termine per proporre l'impugnazione avrà decorrenza identica rispetto a quella prevista per l'imputato presente, ovvero quelle previste dall'art. 548, comma 1, lett. *a*), *b*) e *c*), come desumibile anche dalla modifica introdotta nell'ambito dell'art. 585, comma 2, lett. *d*), dal quale è stato eliminato il riferimento alla notifica dell'avviso di deposito in relazione all'imputato rimasto contumace in primo grado.

Le modifiche introdotte agli artt. 548 e 585 c.p.p. si raccordano direttamente con quella operata nell'ambito dell'art. 175 c.p.p., disciplinante la materia della restituzione del termine con particolare riferimento al comma 2, già regolante la particolare ipotesi della restituzione nel termine per proporre impugnazione in capo all'imputato

contumace e ridisegnata nel 2005 in seguito alle argomentazioni dei giudici europei. Nel ridisegnare l'istituto il legislatore aveva previsto come condizione la mancata conoscenza del procedimento ovvero del provvedimento finale, fatta salva la condizione ostativa rappresentata dalla volontaria rinuncia a comparire, ed aveva anche eliminato il precedente motivo di inammissibilità della richiesta concretizzato dalla già intervenuta proposizione dell'impugnazione da parte del difensore del contumace; ma, cosa più importante, aveva escluso che costituisse onere del condannato quello di provare il suo stato di ignoranza incolpevole disponendo, in sostanza, che questi dovesse unicamente "allegare" tale condizione, incombendo poi sulla parte pubblica l'onere di provare che lo stesso avesse avuto effettiva conoscenza della sentenza ovvero della pendenza del procedimento. Tale modifica in materia di restituzione nel termine va raccordata con il nuovo assetto processuale disegnato dalla riforma in materia di appello, in quanto dopo l'eliminazione dell'onere di provvedere alla notifica dell'avviso di deposito e alla mancata menzione dell'imputato assente tra i soggetti legittimati a richiedere la restituzione nel termine per impugnare, fanno riscontro l'abrogazione dell'art. 603, comma 4, c.p.p. e l'inserimento di un nuovo comma 5-*bis* dell'art. 604 c.p.p., in base al quale nei casi in cui si sia proceduto in assenza "presunta" dell'imputato (art. 420-*bis*, comma 2, c.p.p.), se vi è la prova che si sarebbe potuto dichiarare il legittimo impedimento dell'imputato (art. 420-*ter* c.p.p.) o sospendere il processo contro l'assente inconsapevole (art. 420-*quater* c.p.p.), il giudice di appello deve dichiarare la nullità della sentenza e disporre il rinvio degli atti al giudice di primo grado¹⁶²,

¹⁶²Si tratta di *errores* del giudicante di primo grado che, anche in mancanza della disciplina in esame, avrebbe comunque comportato una regressione del giudizio in quanto integranti delle nullità. Come vedremo meglio più avanti, però, la nuova disciplina contiene una disposizione derogatoria rispetto a quella generale (art. 604, comma 4, c.p.p.), in quanto prevede sempre la regressione al Giudice di primo grado anche quando la nullità si è verificata nell'udienza preliminare.

con conseguente rimessione dell'imputato nei termini per proporre istanza di ammissione ai riti alternativi, potendo concordare con il Pubblico Ministero la pena da applicare o chiedere di essere messo alla prova, tuttavia si ritiene che l'imputato non venga gravato anche dell'onere probatorio previsto al comma 2 articolo 489 c.p.p..

Inoltre il giudice di appello deve annullare la sentenza e disporre la restituzione degli atti al giudice di primo grado quando l'imputato dimostra che l'assenza è stata causata da una incolpevole mancata conoscenza della celebrazione del processo di primo grado¹⁶³.

Il legislatore, con tale previsione, ha voluto evidenziare con maggiore attenzione l'ipotesi in cui si sia verificata una grave falla durante lo svolgimento del processo in assenza dell'imputato.

In considerazione del fatto della mancanza di qualsiasi onere di notifica dell'avviso di deposito della sentenza, deve quindi ritenersi che, per il soggetto nei cui confronti sia stata emessa una sentenza pur in assenza dei presupposti per la celebrazione del giudizio *in absentia*, il termine iniziale per proporre l'impugnazione sarà quello generale della scadenza del termine di deposito della sentenza previsto dal giudice o dalla legge, e superato detto termine, il *dies a quo* combacerà con il giorno della notificazione dell'avviso di deposito¹⁶⁴.

Quanto al tipo di invalidità a cui il legislatore ha collegato il regresso di primo grado, sembra trattarsi di una nullità a regime intermedio *ex art.* 178, lett. c), c.p.p., per violazione di norme che attengono all'intervento dell'imputato. Occorre in merito precisare che una invalidità è configurabile soltanto nell'ipotesi in cui << vi è la prova che si sarebbe dovuto provvedere ai sensi dell'articolo 420-*ter* o dell'articolo 420-*quater*

¹⁶³TRINCI-VENTURA, op. cit., p. 832.

¹⁶⁴SANTALUCIA, Il processo in absentia e il giudizio di appello, in CONTI-MARANDOLA-VARRASO (a cura di), Le nuove norme sulla giustizia penale, Milano, Cedam, 2014, 296.

>>, viceversa << qualora l'imputato provi che l'assenza è stata dovuta ad una incolpevole mancata conoscenza della celebrazione del processo di primo grado>>, siamo di fronte ad un fatto sopravvenuto non annoverabile tra i vizi processuali e, segnatamente, tra le nullità¹⁶⁵.

In appello, infatti, il giudice analizza diversi passaggi per verificare se vi siano state o meno nullità nel procedimento in primo grado.

È importante tener presente che, secondo l'articolo 604 comma 5-*bis* c.p.p., a seguito delle invalidità rilevate in appello, il rinvio deve essere effettuato comunque al giudice di primo grado (inteso come giudice del dibattimento) sacrificando così l'udienza preliminare, e non come avviene ai sensi degli artt.185 comma 3 e 604 comma 4 c.p.p., al giudice davanti al quale tale nullità è sorta.

Si è cercato di giustificare tale previsione ipotizzando che questa rappresenti una scelta di economia processuale¹⁶⁶, altri invece considerano tale regressione al giudice di primo grado come una <<infelice formulazione letterale>> che deve essere interpretata alla luce della regola comune del rimando al giudice davanti cui è sorta tale invalidità¹⁶⁷.

Si discute, inoltre se nel giudizio di rinvio, che dovrebbe essere celebrato da un giudice-persona fisica diverso da quello che aveva condotto il giudizio *in absentia*, le prove acquisite nel primo giudizio debbano essere rinnovate per non violare il principio di immediatezza¹⁶⁸ oppure possono essere utilizzate,

¹⁶⁵Come osserva BISCARDI, *Eclissi della contumacia*, cit., 114, << la dimostrazione dell'ignoranza è possibile proprio perché la *vocatio in ius* è immune, o almeno tale è stata ritenuta, da vizi...dovendo altrimenti il giudice disporre la rinnovazione dell'avviso o citazione>>.

¹⁶⁶TRINCI-VENTURA, *op. cit.*, 836.

¹⁶⁷SANTALUCIA, *Il processo in absentia e il giudizio di appello*, *op. cit.*, 303.

¹⁶⁸BISCARDI, *Eclissi della contumacia*, cit., 117, che ritiene l'immediatezza un principio generale dell'ordinamento processuale, sebbene non tutelato in via diretta dalla Costituzione.

dovendosi individuare una deroga a tale principio¹⁶⁹.

Pertanto, al mutamento di regime probatorio in ordine alla sussistenza di un motivo di mancata o incolpevole conoscenza della pendenza del procedimento ovvero in ordine alla carenza delle causali per procedere *in absentia*, corrisponde una deroga al principio di conservazione degli atti processuali con conseguente completa regressione del procedimento di fronte al giudice di primo grado.

Deve essere sottolineato che tale modello è comunque ricalcato su quello previsto dal d.lgs., 28 agosto 2000, n. 274, recante la regolamentazione del procedimento penale di fronte al giudice di pace.

Conseguenza dell'introduzione della predetta ipotesi di regressione al giudizio di primo grado è la modifica del disposto dell'art. 623, comma 1, in materia di giudizio di cassazione, in base alla quale la regressione del procedimento di fronte al giudice di primo grado viene disposta in ipotesi di condanna, anche quando sia ravvisata la mancanza dei presupposti per procedere *in absentia* ovvero qualora si sia verificata una delle nullità indicate nell'art. 604, comma 3, c.p.p.

Mentre in appello si poteva regredire al giudizio di primo grado anche quando quest'ultimo si fosse concluso con sentenza di proscioglimento o di assoluzione, secondo l'art. 623 comma 1 lettera b) c.p.p. in Cassazione si può procedere solo contro una sentenza di condanna, normativa peraltro compatibile con i *dicta* europei, secondo cui il diritto alla restituzione di un giudizio di merito spetta al solo imputato contumace "condannato".¹⁷⁰

Per questa ipotesi di regressione del giudizio il legislatore non ha previsto espressamente l'applicabilità nel giudizio di rinvio dell'art. 489, comma 2, c.p.p.

¹⁶⁹DIDDI, *Novità in materia di impugnazioni*, cit., 222.

¹⁷⁰BISCARDI, *op. cit.*, 117.

Tuttavia nonostante le diverse opinioni, si ritiene che sulla base di una interpretazione sistematica e costituzionalmente orientata, anche nel processo di primo grado celebrato a seguito di annullamento da parte della Suprema Corte vada riconosciuta all'imputato la facoltà di richiedere il giudizio abbreviato o l'applicazione della pena. Infatti diversamente si creerebbe una disparità di trattamento del tutto irragionevole in quanto dipendente unicamente dalla fase nella quale viene rilevata la nullità della sentenza di primo grado e non da un comportamento addebitabile all'imputato¹⁷¹.

Infine ove la sentenza sia passata in giudicato, il condannato o il sottoposto a misura di sicurezza, nei cui confronti si sia proceduto in assenza per tutta la durata del processo, qualora provi che l'assenza è stata dovuta ad una incolpevole mancata conoscenza della celebrazione del processo, può chiedere la rescissione del giudicato (esperibile nei confronti delle sentenze irrevocabili di condanna o di proscioglimento con le quali sia stata applicata una misura di sicurezza). La richiesta è presentata alla Corte di cassazione, 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.

Questo rimedio straordinario *post iudicatum* è destinato ad operare come *extrema ratio* quando non vi sia stata la possibilità di azionare utilmente alcuno dei rimedi visti sopra durante i diversi gradi del giudizio.

Quelle appena descritte rappresentano delle innovazioni normative di rilievo in quanto riconoscono all'imputato, nei cui confronti si sia erroneamente proceduto in assenza, il diritto alla celebrazione di un nuovo processo di primo grado nel quale poter esercitare compiutamente il diritto di difesa, anche attraverso il diritto alla prova.

¹⁷¹V. TONINI-CONTI, Il tramonto della contumacia, cit., 516.

Nonostante la disciplina dei rimedi restitutori per il modo in cui è stata modellata rappresenta l'aspetto forse più criticabile della riforma, esponendo l'Italia al rischio di future condanne; essa è comunque stata un passo importante per il legislatore italiano che è riuscito dopo tante difficoltà a conformarsi ai *dicta* europei.

Conclusioni

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 riforma del rito contumaciale introdotta con l. 17 maggio 2014, n. 67 rappresenta l'ultima risposta in termini di tempo alle sollecitazioni esercitate dal giudice europeo. La lettura della recente novella legislativa in materia di disciplina dell' *absentia* e sospensione del processo propone più equivoci che certezze. Si tratta ancora una volta, come si è anticipato, di una risposta deludente¹⁷², che non pare tenere in considerazione in modo adeguato le indicazioni della giurisprudenza della Corte EDU.

Il legislatore è intervenuto per la seconda volta, in pochi anni, sul tema proponendo, nel tempo, soluzioni disomogenee e, soprattutto, approssimative (la mancanza di una norma transitoria dimostra in modo lampante il limite evidenziato).

La prima riforma tentata nel nostro sistema processuale per dare una concreta attuazione ai principi fondamentali ed alle ripetute decisioni della Corte europea, risale al 2005¹⁷³ ed era imperniata sulla possibilità, offerta all'imputato giudicato in contumacia, che non aveva avuto effettiva conoscenza del procedimento, dell'impugnazione tardiva. La soluzione era fortemente equivoca in quanto equivaleva a privare

¹⁷²CIAVOLA, Alcune considerazioni sulla nuova disciplina del processo in assenza e nei confronti degli irreperibili. Tante ombre e qualche luce, in *Diritto penale contemporaneo*, 2015, p. 197.

¹⁷³DE CARO, Processo *in absentia* e sospensione. Una primissima lettura della legge n. 67 del 2014, in *Archivio penale*, 2014, n.3, pag. 11.

l'imputato sia di un grado di giudizio sia del diritto di accedere ai giudizi speciali premiali.

Nel 2014 il legislatore ha cambiato radicalmente rotta, proiettandosi sul tentativo di costruire un diverso meccanismo procedurale di conoscenza, che sostituisce l'assenza alla contumacia. In tal modo, la stessa parola "assenza" muta il suo significato e sembra diventare l'omologo di contumacia, in quanto entrambe si riferiscono al soggetto regolarmente citato e non comparso. In realtà sono due istituti non sovrapponibili in quanto cambia anche parzialmente la modalità di conoscenza, anzi si restringono, ma purtroppo non scompaiono le situazioni capaci di legittimare meccanismi di conoscenza meramente formale.

Tuttavia non si riesce ad individuare la svolta culturale decisiva che si attendeva.

La nuova versione dell'art. 420-*bis* c.p.p. presenta profili di criticità, in quanto essa continua ad utilizzare meccanismi di conoscenza meramente formale (cioè: presunzioni di conoscenza), pur se solo in situazioni ben definite. Il dubbio sorge in relazione alla sintomaticità dei fatti espressamente elencati posto che non sempre "ad una delle situazioni ricomprese nell'elenco stilato dal legislatore corrisponde in concreto la consapevolezza dell'imputato circa l'esistenza e, soprattutto, l'incedere del procedimento a suo carico"¹⁷⁴.

Infatti, è facilmente verificabile che la nomina del difensore ovvero la elezione o dichiarazione del domicilio si realizzi nella fase delle indagini preliminari, quando gli atti sono coperti dal segreto e quando non è stata neppure ipotizzata un'accusa con chiarezza e precisazione. Quindi queste situazioni che dovrebbero denotare la certezza della conoscenza,

¹⁷⁴ TONINI- CONTI, Il tramonto della contumacia, l'alba radiosa della sospensione e le nubi dell'assenza "consapevole", in *Diritto penale e processo*, 2014, n.5, cit.7.

potrebbero essere realizzate molto tempo prima rispetto alla contestazione dell'accusa definitiva ed alla comunicazione della *vocatio in iudicium*, inoltre potrebbero essere intervenute molte variazioni al tema dell'accusa che potrebbe risultare anche stravolta o radicalmente mutata rispetto a quella inizialmente prospettata o meramente ipotizzata. Tali accadimenti non sembrano dunque davvero idonei a dimostrare la sussistenza in capo all'imputato della condizione di effettiva conoscenza in ordine alla convocazione al processo a suo carico.

Almeno in relazione a tale aspetto, appare dunque lecito dubitare della rispondenza del regime normativo riformato nel 2014 ai dettami della giurisprudenza europea. La disciplina codicistica anteriore, per quanto severa con gli imputati irreperibili o inadempienti agli oneri preordinati a fissare il domicilio per le notificazioni, esibiva almeno nei casi restanti un pregio oggi scomparso. Quantunque la prassi ne mortificasse la portata, era espressamente contemplata la possibilità di verificare *in limine litis se*, nonostante la regolarità formale della citazione, mancasse nel destinatario una reale conoscenza di quell'atto d'importanza capitale, disponendone la rinnovazione ogni qual volta l'ignoranza fosse apparsa anche soltanto probabile agli occhi del giudice.

È stato sottolineato, come profilo di estrema criticità, che in presenza dei fatti sintomatici si rischiano tre presunzioni consequenziali: dal fatto sintomatico si presume la conoscenza del procedimento, dalla conoscenza del procedimento si presume la conoscenza dell'udienza, dalla conoscenza dell'udienza si presume la volontarietà della mancata comparizione¹⁷⁵. È una concatenazione di presunzioni che potrebbe celare reali mancate conoscenze.

¹⁷⁵ DE CARO, op. cit., 17.

Perciò l'automatismo che sostiene l'operatività delle richiamate situazioni rappresenta un astrattismo che non dissolve la preoccupazione che dietro "il processo all'assente" continui a celarsi un processo ad un imputato ignaro di quanto sta accadendo.

Per evitare tale conseguenza, si considera essenziale l'intervento del giudice, in quanto sarà diretto a superare tali presunzioni e a verificare concretamente la conoscenza dell'imputato circa il processo a suo carico¹⁷⁶. 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"»¹⁷⁷.

Sicuramente un altro dato ambiguo da prendere in considerazione è rappresentato dall'ulteriore categoria racchiusa nella frase risulta con certezza che ha conoscenza del procedimento o si è sottratto volontariamente alla conoscenza del procedimento o ad atti del medesimo. Sottrarsi volontariamente alla conoscenza del procedimento (o di atti del medesimo) è una definizione impropria, posto che la sottrazione riguarda la notifica dell'avviso e di un atto; così messo, sembra quasi che voglia sponsorizzare un concetto di conoscenza sganciato da quello di comunicazione o notificazione.

Ulteriore criticità presenta l'art. 420-*bis* c.p.p. nel momento in cui pone in capo all'imputato, che voglia ottenere la revoca della dichiarazione di assenza, l'onere di dimostrare l'ignoranza incolpevole. È noto come si tratti di una prova difficile da offrire, 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. In particolare, l'irragionevolezza della presunzione assoluta «si coglie tutte

¹⁷⁶TONINI-CONTI, op. cit., 514.

¹⁷⁷Così TONINI-CONTI, Il tramonto della contumacia, cit., 514.

le volte in cui sia agevole formulare ipotesi di accadimenti contrari alla generalizzazione posta alla base della presunzione stessa>>¹⁷⁸. La difficoltà della prova contraria può risultare tale da snaturare il carattere relativo delle presunzioni stabilite dal legislatore. Più è pesante l'onere addossato all'imputato, più la presunzione relativa si trasfigura assumendo carattere di assolutezza. Occorre rilevare come alla fine, in modo subdolo, si sia creato quanto meno una sorta di onere dell'imputato di informarsi attraverso il difensore della celebrazione dell'udienza. Questo è lo scotto che si paga per non aver accolto il principio lineare di un sistema accusatorio, sia pure temperato, che imponga all'imputato il dovere di presentarsi in udienza o, in alternativa, di giustificare la propria assenza. Inoltre la nuova legge non ha modificato le disposizioni sulle notificazioni che, per esigenze di economia processuale, non richiedono una conoscenza reale del provvedimento notificato, ma una conoscenza legale. Nonostante il nuovo art. 420-*quater* c.p.p. sembri allinearsi a quei doveri di informazione verso l'imputato previsti dalla Corte europea, nella pratica si rischia di contrastare ancora una volta le direttive europee, per cui occorrerà che la polizia giudiziaria compia tutti gli sforzi necessari per rintracciare il soggetto irreperibile¹⁷⁹. Sul piano generale, manca un reale coordinamento con le disposizioni sulle notificazioni che sembrano restare inalterate. Addirittura non viene modificata la disciplina delle notifiche all'imputato, né vengono eliminate le disposizioni relative alla irreperibilità (art. 159 e 160 c.p.p.).

¹⁷⁸Così TONINI-CONTI, Il tramonto della contumacia, cit., 518.

¹⁷⁹DEI-CAS, Il procedimento penale nei confronti di imputati irreperibili, in Conti-Marandola-Varraso (a cura di), Le nuove norme sulla giustizia penale, Milano, Cedam, 2014, 199.

A rendere ulteriormente più desolante il quadro, vi sono le “sviste” del legislatore che in alcune disposizioni ha mantenuto il riferimento all'imputato contumace.

Il fenomeno dell'eliminazione del vecchio istituto della contumacia e dell'inserimento della nuova figura dell'assente nel codice spinge a chiedersi se tra le due categorie normative possa ravvisarsi una sovrapposibilità tale da affermare che al “vecchio” contumace sia subentrato il “nuovo” assente. Ebbene a scanso di pericolosi equivoci (alimentati anche da qualche “distrazione” del legislatore), è bene chiarire che la nuova disciplina è il frutto di uno sdoppiamento.

Difatti , le ipotesi che in precedenza davano luogo alla contumacia si sono scisse in due istituti completamente differenti: irreperibilità con sospensione e processo in assenza. Nei confronti dell'irreperibile il processo subisce una battuta d'arresto d'ispirazione garantista; nei confronti del “nuovo” assente il processo prosegue con quel grosso limite al contraddittorio ed al diritto di difesa che consiste nella mancata partecipazione del “diretto interessato” al rito penale.

La prima e più significativa “svista” è rintracciabile nel corpo dell'art. 429 co. 1 lett. *f* c.p.p.: nel decreto che dispone il giudizio, atto conclusivo dell'udienza preliminare, continua a permanere il suddetto avvertimento. Ugualmente figura nel decreto di citazione a giudizio *ex* art. 552 co. 1 lett. *d* c.p.p., e in altre norme che contengono un espresso rinvio all'art. 429 co. 1 c.p.p., come quelle in tema di decreto di giudizio immediato, di giudizio direttissimo e di citazione a seguito di opposizione a decreto penale di condanna. Inoltre, è rimasta inalterata la norma che prevede la notifica del decreto che dispone il giudizio all'imputato <<contumace, nonché all'imputato e alla persona offesa comunque non presenti alla lettura del provvedimento>> (art. 429 co. 4 c.p.p. e 133 co. 1 NattCpp).

Nulla quaestio con riguardo a quelle situazioni processuali alle quali si continuerà ad applicare la precedente disciplina contumaciale; quanto alle nuove, pur volendo riferire all'assente il richiamo al contumace, si pone il dubbio se il decreto in oggetto debba essere notificato a tutte le figure di imputato assente dall'udienza preliminare enucleate nel nuovo testo dell'art. 420-*bis* c.p.p. Un tale diritto, infatti, non sembra debba riconoscersi all'imputato "quasi presente" di cui al co. 3¹⁸⁰.

Il legislatore ha poi ommesso di intervenire sugli artt. 20, 20-*bis*, 27 e 39 del d.lgs. 274/2000, relativi al procedimento avanti al giudice di pace, con la conseguenza che gli atti finalizzati alla citazione in giudizio dell'imputato continueranno a contenere l'avvertimento di cui si è detto, prescritto a pena di nullità. Analogamente l'art. 41 del d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231, sulla responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, continua a prevedere la dichiarazione di contumacia per l'ente che non si costituisce nel processo. Tuttavia è chiaro che tali riferimenti si considerano ormai abrogati, grazie al rinvio alle norme del c.p.p., operato dall'art. 2 del d.lgs. 274/2000 e dall'art. 34 del d.lgs. 231/2001, che dovrebbe valere, con qualche forzatura, ad estendere la nuova disciplina anche a questi procedimenti¹⁸¹.

Ultimo profilo cui può essere fatto cenno è quello relativo alle problematiche derivanti dalla mancata previsione (analogamente,

¹⁸⁰MANGIARACINA, Il "tramonto" della contumacia e l'affermazione di un'assenza "multiforme", in Leg. Pen. 2014 n.4, pag. 561-562.

¹⁸¹ E', però, da evidenziare che l'art. 43 co. 4 del d.lgs. 231/2001 contiene una disciplina "anticipatoria" rispetto a quella introdotta dal nuovo art. 420-*quater* c.p.p.: nell'ipotesi in cui non sia possibile procedere alla prima notifica all'ente sulla scorta delle disposizioni di legge, per la difficoltà, ad esempio, di rintracciare il legale rappresentante, dovranno effettuarsi nuove ricerche. Ove, però, queste ricerche non conducano ad un risultato utile, è previsto che il giudice, su richiesta del pubblico ministero, sospenda il procedimento nei confronti della persona giuridica. La specificità di questa norma, più garantista rispetto a quella dettata dal codice di rito per l'imputato irreperibile *ex* art. 159 c.p.p., richiederà agli interpreti di coordinarla con la disciplina contenuta nel nuovo art. 420-*quater* c.p.p.

peraltro, a quanto si riscontra in tema di disposizioni della riforma relative alla sospensione del procedimento con messa alla prova) di qualsiasi norma di carattere transitorio.

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" mancanza¹⁸².

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 interpretativi¹⁸³. 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 retroattivo. Il principio apparentemente chiaro, nella sua applicazione concreta appare più oscuro.

Mentre non vi erano particolari problemi per gli atti emanati a seguito di un solo procedimento, maggiori problemi destavano gli atti la cui formazione si protragga nel tempo: un tempo durante il quale la norma regolatrice muta¹⁸⁴. Non sempre, però, la struttura dell'atto è evidente, basta prendere in considerazione il caso della dichiarazione di contumacia che segue all'accertamento della regolare costituzione delle parti. Se, da

¹⁸²Così Cass., sez. II, 27 maggio 2014, n. 23882, Asan, in C.e.d. Cass., n. 259634.

¹⁸³SILVESTRI, Le nuove disposizioni in tema di processo "in assenza" dell'imputato, cit., 60.

¹⁸⁴Cass., sez. un., 31 marzo 2011, n. 27919, p.m. in proc. Ambrogio, in C.e.d. Cass., n. 250195, cit.

una parte, infatti, la verifica della regolare costituzione delle parti, che si conclude con la eventuale dichiarazione di contumacia dell'imputato, è un'attività che si compie e si esaurisce istantaneamente, 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 processo.

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 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.

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. 67/2014¹⁸⁵.

Più delicata era 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

¹⁸⁵Cass., sez. un., 17 luglio 2014, n. 36848, Burba, in C.e.d. Cass., n. 259992.

condizioni per procedere *in absentia* e, in caso negativo, avviare il sub-procedimento diretto alla dichiarazione di sospensione del processo¹⁸⁶.

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, data in cui è entrata in vigore la legge n. 67 del 2014.

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 normativa¹⁸⁷. 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 corte.

Infine, 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 irreperibilità.

¹⁸⁶BRICCHETTI-PISTORELLI, Giudizi pendenti pieni di insidie interpretative, in Guida d., 2014, n. 21, 106.

¹⁸⁷BRICCHETTI, Dopo il necessario intervento del legislatore "spartiacque" per i giudizi al 17 maggio 2014, in Guida d., 2014, n.36, 54.

Indice bibliografico

- BARGIS M., *La rescissione del giudicato ex art. 652ter c.p.p.: un istituto da rimeditare*, in *Diritto penale contemporaneo*, 16 gennaio 2015, n. 1, 160-169.
- BIAVATI P., *L'efficacia diretta delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2007, n. 2, 651-660.
- BISCARDI G., *Eclissi della contumacia e sospensione per irreperibilità, tra conoscenza legale e conoscenza reale del processo*, in *Processo penale e giustizia*, 2014, n.6, 103-125.
- BONETTO G. F., *La conoscenza legale come scopo delle notificazioni processuali*, in *Rivista italiana di diritto processuale penale*, 1962, 321.
- BONINI V., *La revoca del procedimento di sospensione: presupposti e cadenze*, in *Legislazione Penale*, 2014 n. 4, 592-605.

- BONINI V., *Profili essenziali di coordinamento normativo*, in *Legislazione Penale*, 2014, n. 4, 665-669.
- BORSANI G. e CASAROTI L., *Codice di procedura penale italiano commentato*, VII, Milano, Giuffrè, 1873.
- BRICCHETTI R. CASSANO M., *Il procedimento in absentia*, Milano, Giuffrè, 2015.
- CAPRIOLI F., “Giusto processo” e rito degli irreperibili, in *Legislazione penale*, 2004, n. 3, 586-595.
- CASSANO M. – CALVANESE E., *Giudizio in contumacia e Restituzione nel termine*, Milano, Giuffrè, 2008.
- CASSANO M., *Restituzione nel termine e abolizione della contumacia*, in CONTI C., MARANDOLA A., VARRASO G. (a cura di), *Le nuove norme sulla giustizia penale*, Milano, Cedam, 2014.

- CATALANO E. M., *La resistibile affermazione delle garanzie europee in tema di giusto processo in absentia*, in Arch. Pen., 2011, 9.

- CHIAVARIO M., *Una riforma inevitabile: ma basterà?*, in Legislazione Penale, 2005, 253-260.

- CHIAVARIO M., *Processo e garanzie della persona, II, Le garanzie fondamentali*, Milano, 1984, 172.

- CHINNICI D., *La sospensione del processo e il rito degli irreperibili tra novità e ambiguità*, in Archivio penale, 2014, n.3.

- CIAVOLA A., *Alcune considerazioni sulla nuova disciplina del processo in assenza e nei confronti degli irreperibili. Tante ombre e qualche luce*, in Diritto penale contemporaneo, 2015, n. 1, 196-218.

- DANIELE M., *Il proscioglimento per prescrizione dei non più 'eterni giudicabili'. La sorte degli imputati affetti da incapacità*

processuale irreversibile dopo la sentenza 45/2015 della Corte costituzionale, in *Diritto penale contemporaneo*, 20 aprile 2015.

- DE CARO A., *Processo in absentia e sospensione. Una primissima lettura della legge n. 67 del 2014*, in *Archivio penale*, 2014, n. 3.
- DEI CAS L., *Il procedimento penale nei confronti di imputati irreperibili*, in CONTI C., MARANDOLA A., VARRASO G. (a cura di), *Le nuove norme sulla giustizia penale*, Milano, Cedam, 2014.
- DIDDI A., *Novità in materia di impugnazioni e di restitutio in integrum*, in D. Vigoni (a cura di) *Il giudizio in assenza dell'imputato*, Torino, 2014, 224.
- DOMINIONI O., *Le parti nel processo penale*, Giuffrè, 1985.
- FERRUA P., *Il 'giusto processo'*, Bologna, 2007, 28.
- FERRUA P., *Processo penale*, in *Questione giustizia*, 2000, 55.

- FOCARDI I., *Le nuove ricerche e la revoca della sospensione*, in CONTI C., MARANDOLA A., VARRASO G. (a cura di), *Le nuove norme sulla giustizia penale*, Milano, Cedam, 2014.

- FOSCHINI G., *Gli equipollenti delle notificazioni*, in *Tornare alla giurisdizione. Saggi critici*, Milano, 1971.

- GALANTINI N., *Giusto processo e garanzia costituzionale del contraddittorio nella formazione della prova*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2010.

- GARUTI G., *Ius superveniens e “nuovo” processo in assenza*, in *Giur. it.*, 2014, 1509.

- GARUTI G., *La nuova fisionomia dell’udienza preliminare*, in F. PERONI (a cura di), *Il processo penale dopo la riforma del giudice unico (l. 16 dicembre 1999, n. 479)*, Cedam, 2000, 357.

- ILLUMINATI G., *La presunzione di innocenza dell'imputato*, Bologna, 1979, 168.

- LATTANZI G., *Spunti critici sulla disciplina del processo contumaciale*, in *Legislazione penale*, 2004, n.3. 595-601.

- LATTANZI G., *Costretti dalla Corte di Strasburgo*, *Cassazione penale*, 2005, 1125.

- LAZZARONE F., *Processo in absentia: dall'Europa una spinta per una riforma?*, in *Legislazione penale*, 2004, n.3, 601-606.

- MANGIARACINA A., *Garanzie partecipative e giudizio in absentia*, Torino, Giappichelli, 2010.

- MANGIARACINA A., *Il "tramonto" della contumacia e l'affermazione di un'assenza multiforme*, in *Legislazione penale*, 2014, n. 4.

- MANZINI V., *Trattato di diritto processuale penale italiano*, sesta edizione, III, Torino, 1970, 158.

- MELCHIONDA A., *sub l. 23 gennaio 1989 n.22 (Nuova disciplina della contumacia)*, in *Legislazione Penale*, 1989, 323 e ss.

- MESSINA S., *La dichiarazione di contumacia in Corte di assise*, in *Giust. Pen.*, 1914, 4.

- MOSCARINI P., *La contumacia dell'imputato*, Milano, Giuffrè, 1997.

- MOSCARINI P., *Verso una riforma degli istituti di garanzia dibattimentale e predibattimentale*, in *Dir. Pen. Proc.*, 1999, 1441.

- MOSCARINI P., *Il giudizio in absentia nell'ottica delle giurisdizioni internazionali ed in una recente legge italiana*, in *Rivista Italiana di diritto e procedura penale*, 2005, 573.

- MOSCARINI P., *Una riforma da tempo necessaria l'abolizione della contumacia penale e la sospensione del processo contro l'imputato irreperibile*, in CONTI C., MARANDOLA A., VARRASO G. (a cura di), *Le nuove norme sulla giustizia penale*, Milano, Cedam, 2014.

- NEGRI D., *Contumacia e impugnazioni (D.L. 18.2.2005 N. 17)-ART. 1*, in *Legislazione Penale*, 2005, 260-291.

- PANSINI G., *La contumacia nel diritto processuale penale*, Giuffrè, Napoli 1963.

- QUATTROCOLO S., *Il contumace cede la scena processuale all'assente, mentre l'irreperibile l'abbandona*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2014, n.2.

- SABATINI GIU., *Principi costituzionali del processo penale*, Napoli, 1976, 75.

- SANTALUCIA G., *Il processo in absentia e il giudizio di appello*, in CONTI C., MARANDOLA A., VARRASO G. (a cura di), *Le nuove norme sulla giustizia penale*, Milano, Cedam, 2014.

- SILVESTRI P., *Le nuove disposizioni in tema di processo “in assenza” dell'imputato*, in PICCIRILLO R., SILVESTRI P. (a cura di), *Prime riflessioni sulle nuove disposizioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili*, Relazione n. III/07/07/2014, dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione, 05 maggio 2014, Roma, 34-65.

- SCARPONE M., *Evoluzione ed involuzione del diritto di difesa*, Giuffrè, 1980, 21.

- SPAGNOLO P., *In tema di restituzione nel termine per il contumace*, in Cass. pen., 2006, 1130 e ss.

- TAMIETTI A., *Processo contumaciale e Convenzione europea dei diritti dell'uomo: la Corte di Strasburgo sollecita ad adottare riforme legislative*, in Cassazione penale, 2005, n. 3, 983-1001.

- TONINI P., *Manuale di Procedura penale*, Milano, Giuffrè, 2014, XVa ed.

- TONINI P. – CONTI C., *Il tramonto della contumacia, l'alba radiosa della sospensione e le nubi dell'assenza "consapevole"*, in *Diritto penale e processo*, 2014, n.5, 509-519.

- TRINCI A.,- VENTURA V., *Notificazioni e processo senza imputato*, Milano, Giuffrè, 2015.

- UBERTIS G., *Il regime della contumacia, in Studi parmensi*, XXXVIII, Padova 1989.

- UBERTIS G., *Come rendere giusto il processo senza imputato*, in *Legislazione penale*, 2004, n.3. 606-611.

- VIGONI D., *Giudizio senza imputato e cooperazione internazionale*, Cedam, 1992.

- VIGNALE L., *Domicilio dichiarato o eletto e processo in absentia*, in *Questioni giustizia*, 2014, 11.

Fonti normative

- Legge 16 febbraio 1987, n. 81, *Delega legislativa al Governo della Repubblica per l'emanazione del nuovo codice di procedura penale*. (In Suppl. ordinario alla Gazzetta Ufficiale del 16 marzo n. 62).
- Legge 23 gennaio 1989, n. 22, *Nuova disciplina della contumacia*, (Gazzetta Ufficiale 30 gennaio 1989 n. 24).
- Legge 16 dicembre 1999, n. 479, *Modifiche alle disposizioni sul procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica e altre modifiche al codice di procedura penale. Modifiche al codice penale e all'ordinamento giudiziario. Disposizioni in materia di contenzioso civile pendente, di indennità spettanti al giudice di pace e di esercizio della professione forense*. (Gazzetta Ufficiale, serie generale n. 296 del 18 dicembre 1999).
- Legge 22 aprile 2005, n. 60, *Conversazione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 21 febbraio 2005, n. 17, recante disposizioni urgenti in materia di impugnazione di sentenze contumaciali e dei decreti di condanna*. (Gazzetta Ufficiale n. 94 del 23 aprile 2005).

- Legge 28 aprile 2014, n. 67, *Deleghe al governo in materia di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio. Disposizioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili* (Gazzetta Ufficiale serie generale n. 100 del 2 maggio 2014).

Giurisprudenza Citata

- Corte Costituzionale, 8-18 marzo 1957, n.46.
- Corte Costituzionale, 1970, n. 111.
- Corte Costituzionale, 18-27 dicembre 1973, n. 186.
- Corte Costituzionale, 10 marzo 1982, n. 98, in G.U. 26 maggio 1982, n. 143.
- Corte Costituzionale, 4-6 luglio 2001, n. 224.
- Corte Costituzionale, 22-24 ottobre 2007, n. 348.
- Corte Costituzionale, 22-24 ottobre 2007, n. 349.
- Corte EDU, 12 febbraio 1985, Colozza c. Italia, ricorso n. 9024/80.
- Corte EDU, 23 novembre 1993, Poitrimol c. Francia, ricorso n. 14032/88.
- Corte EDU, 18 maggio 2004, Somogyi c. Italia, ricorso n. 67972/01.
- Corte EDU, 10 novembre 2004, Sejdovic c. Italia, ricorso n. 56581/00.
- Corte EDU, 29 marzo 2011, Alikaj e altri c. Italia, ricorso n. 47357/08.

- Corte di Cassazione, , sez. un., 10 dicembre 1997, n.17, Di Battista, , in C.e.d. Cass., 209605.
- Corte di Cassazione, Sez. II, 10 novembre 2005, n. 42580, Lenza, rv. 232607.
- Corte di Cassazione, Sez. I, 09 febbraio 2006, n. 14272, Coppola.
- Corte di Cassazione, Sez. II, 21 febbraio 2006, n. 9104, Colonna, rv. 233611.
- Corte di Cassazione, Sez. I, 11 aprile 2006, n.15543, Zaki Aziz alias Joudar Khalil, rv. 233879.
- Corte di Cassazione, Sez. I, Sent. 12 luglio - 3 ottobre 2006, n. 32678.
- Corte di Cassazione, Sez. II, 24 maggio 2007, n. 22161, Bois, in C.e.d. Cass., n. 236805.
- Corte di Cassazione, sez. I, 20 aprile 2010, n. 17706, in C.e.d. Cass., n. 247066.
- Corte di Cassazione, sez. II, 27 maggio 2014, n. 23882, Asan, in C.e.d. Cass., n. 259634.
- Corte di Cassazione, sez. un., 17 luglio 2014, n. 36848, Burba, in C.e.d. Cass., n. 259992.

Ringraziamenti

Desidero ricordare tutti coloro che mi hanno aiutato nella stesura della tesi con suggerimenti, critiche ed osservazioni: a loro va la mia gratitudine, anche se a me spetta la responsabilità per ogni errore contenuto in questa tesi.

Ringrazio innanzitutto la professoressa Valentina Bonini, senza il suo supporto e la sua guida sapiente questa tesi non esisterebbe.

Proseguo con il personale degli archivi e delle biblioteche consultate, in particolare la Dottoressa Paola Martini della Biblioteca di Diritto Pubblico, che ha saputo ascoltare ed interpretare le mie esigenze, facilitando le mie ricerche.

Un ringraziamento particolare va alle mie coinquiline nonché mie amiche, Antonella, Giusy e Sara che hanno saputo sopportarmi e capirmi in giorni per me molto pesanti e stressanti, e alla mia collega e amica Manuela che mi è sempre stata accanto in questo mio percorso universitario, anche solo con una sua risata.

Vorrei infine ringraziare le persone a me più care: tutti i miei amici, ma soprattutto la mia famiglia che mi ha permesso di iniziare questo mio percorso, sostenendomi in tutto e per tutto ed infine al mio fidanzato che mi è stato sempre vicino anche in momenti per me difficili, assecondandomi in ogni mio capriccio.

Dedico questa tesi a tutte le persone che credono in me, ma soprattutto la dedico a me stessa perché nonostante tutto sono fiera di me stessa!

