

Penale Ord. Sez. 1 Num. 9114 Anno 2019
Presidente: MAZZEI ANTONELLA PATRIZIA
Relatore: SIANI VINCENZO
Data Udiienza: 29/01/2019

ORDINANZA

sul ricorso proposto da:
PROCURATORE GENERALE PRESSO CORTE D'APPELLO DI GENOVA
nel procedimento a carico di:
ISMAL DAWISH MHAAMED nato il 28/05/1994

avverso la sentenza del 17/04/2018 della CORTE ASSISE APPELLO di GENOVA

visti gli atti, il provvedimento impugnato e il ricorso;
udita la relazione svolta dal Consigliere VINCENZO SIANI;
udito il Pubblico Ministero, in persona del Sostituto Procuratore ELISABETTA
CENICCOLA
che ha concluso chiedendo quanto segue: il Procuratore generale conclude per il
rigetto del ricorso.



RITENUTO IN FATTO

1. Con sentenza del 31 marzo - 5 giugno 2017 la Corte di assise di Genova aveva giudicato Darwish Mhamed Ismail, dichiarato latitante, tratto a giudizio per rispondere dei seguenti reati:

A) reato di cui all'art. 416, secondo e sesto comma, cod. pen. perché con altri separatamente giudicati partecipava all'associazione dedita alla commissione di più delitti di cui all'art. 12, comma 3-*bis*, d.lgs. n. 286 del 1998, inerenti all'introduzione illegale in territorio italiano di cittadini extracomunitari tramite trasporti via mare dall'Egitto verso le coste italiane con predisposizione di mezzi e ripartizione di ruoli; in Egitto, in acque internazionali e in territorio italiano, dal luglio al dicembre 2014;

B) del reato di cui agli artt. 110 cod. pen., 12, commi 3, lett. a), b), d, 3-*bis* e 3-*ter*, lett. b), d.lgs. n. 286 del 1998, per avere, in concorso con altri separatamente giudicati, sia operanti come scafisti, sia dediti all'organizzazione del trasporto di esseri umani, effettuato il trasporto da Alessandria di Egitto alle coste prospicienti la Sicilia di 106 cittadini extracomunitari originari di Siria, Egitto, Sudan, Eritrea e Somalia per procurarne illegalmente l'ingresso nel territorio dello Stato, concentrandoli su un peschereccio al largo di Alessandria e poi conducendo l'imbarcazione verso il canale di Sicilia da dove veniva richiesto soccorso con l'uso di un telefono satellitare fino a che la nave mercantile Alpine Loyalty, su indicazione delle Autorità italiane, ne aveva curato il trasbordo e il successivo sbarco a Genova; in Egitto, in acque internazionali e fino a Genova, dall'inizio di luglio al 19 luglio 2014;

F) del reato di cui all'art. 495, secondo comma, cod. pen. per aver reso false dichiarazioni alla Polizia di Stato dinanzi alla quale il 22 luglio 2014 aveva sostenuto di essere ancora minorenni, mentre egli aveva già raggiunto la maggiore età.

La Corte di assise aveva ritenuto l'imputato responsabile dei delitti a lui ascritti e, riuniti gli stessi in continuazione, lo aveva condannato alla pena di anni otto, mesi quattro di reclusione ed euro 2.500.000.,00 di multa, oltre pene accessorie, ed espulsione a pena espiata.

2. Interposto appello dal difensore di Darwish Mhamed Ismail, atto con il quale contestava l'accertamento di responsabilità dell'imputato e, in subordine, chiedeva il riconoscimento delle attenuanti generiche e la mitigazione del trattamento sanzionatorio, la Corte di assise di appello, rilevando di ufficio la questione, ha dichiarato la nullità della sentenza impugnata, in quanto pronunciata a seguito di dichiarazione di assenza emessa in carenza dei

presupposti di legge, e ha disposto la trasmissione degli atti alla Corte di assise di Genova.

Al riguardo i giudici di appello hanno osservato che, in data 22 luglio 2014, quattro giorni dopo lo sbarco, Ismail era stato sottoposto a identificazione da parte della Squadra Mobile di Genova e aveva dichiarato altre generalità riferite ad Abou Saada Farouk Ramadan, nato in Egitto, il 27 maggio 1997, minorenne, e che nel verbale, datosi atto che, in ordine al procedimento che si sarebbe aperto a suo carico per la violazione dell'art. 12, comma 3, legge n. 286 del 1998, egli aveva dichiarato di essere privo di difensore di fiducia, gli era stato nominato il difensore di ufficio, nella persona dell'avv. Alessandra Poggi, presso il cui studio l'interpellato eleggeva domicilio.

Mentre tale atto era stato ritenuto, da parte del primo giudice, idoneo a fornire prova, per gli effetti di cui all'art. 420-*bis* cod. proc. pen., della conoscenza del procedimento e della volontà da parte di Ismail di sottrarsi allo stesso, questa valutazione non era condivisa dalla Corte territoriale che, richiamata la linea ermeneutica ritenuta corretta, ha ritenuto che la dichiarazione di domicilio effettuata presso il difensore di ufficio in sede di redazione del verbale di identificazione non fosse idonea a far desumere la conoscenza dell'esistenza del procedimento penale a carico del dichiarante, successivamente divenuto imputato, in quanto il procedimento penale si instaura formalmente soltanto con l'iscrizione del nome della persona sottoposta ad indagini nel registro di cui all'art. 335 cod. proc. pen. Per i giudici di appello corroborava questo rilievo il fatto che nello stesso verbale del 22 luglio 2014 si era fatto riferimento ad un eventuale procedimento penale, sicché in quel momento Ismail non risultava iscritto nel registro degli indagati e non era, quindi, in condizione di avere contezza dell'assunzione di tale veste, per cui, essendosi subito dopo allontanato dalla struttura ove era stato collocato e non essendo stato mai più rintracciato, non aveva ricevuto alcun atto del procedimento in seguito instaurato contro di lui.

Queste notazioni hanno indotto la Corte di appello a concludere che non erano maturate le condizioni previste dall'art. 420-*bis* cod. proc. pen. per procedere *in absentia*, sicché, essendosi erroneamente proceduto in assenza dell'imputato, si era determinata la nullità assoluta e insanabile della sentenza a nulla rilevando che il giudizio si fosse svolto con l'assistenza del difensore e che questi avesse proposto impugnazione, perché era stata preclusa all'imputato la possibilità di partecipare al giudizio e, in questo solco, di presentare motivi personali di appello.

3. Avverso la sentenza è stato proposto ricorso da parte del Procuratore

generale della Repubblica presso la Corte di appello di Genova che ha chiesto il suo annullamento sulla base di un unico motivo con cui denuncia violazione ed erronea interpretazione dell'art. 420-*bis* cod. proc. pen.

Osserva il Procuratore territoriale che la Corte di assise di appello, aderendo a un indirizzo interpretativo non condivisibile, aveva erroneamente collegato la conoscenza effettiva del procedimento a un atto del tutto formale, l'iscrizione nel registro delle notizie di reato, senza peraltro nemmeno specificare se l'iscrizione senza l'indicazione del nome dell'indagato fosse bastevole ad assicurare la sufficiente conoscenza del processo e se l'iscrizione con un *alias* fornito dall'indagato, spesso inventato da quest'ultimo sul momento, fosse idonea a sostenere la conoscenza del procedimento, oppure no; avrebbe dovuto, invece, prendersi atto che l'iscrizione nel registro delle notizie di reato non è circostanza che abbia alcun effetto sulla conoscenza o conoscibilità del procedimento da parte dell'indagato.

Secondo il ricorrente, ciò che occorre per assicurare la suddetta conoscenza non è la notizia dell'esercizio effettivo dell'azione penale, ma soltanto quella dell'inizio del procedimento, non del processo, anzi è sufficiente la notizia che, in relazione a certi comportamenti, un procedimento penale possa essere iniziato, come d'altronde confermano anche la lettera e la *ratio* dell'art. 161 cod. proc. pen.: del resto, quando si verifica l'arresto in flagranza, non sarebbe giuridicamente corretto far prevalere il criterio dell'iscrizione di cui all'art. 335 cod. proc. pen. quale momento a partire dal quale possa configurarsi l'effettività della conoscenza del procedimento stesso, in quanto nel verbale relativo all'arresto in flagranza non si inserisce soltanto l'oggetto dell'accertamento, ma anche il contesto descrittivo dei fatti, e in quel momento giocoforza non è ancora effettuata l'iscrizione di cui all'art. 335 cod. proc. pen.

In definitiva, si sostiene da parte del ricorrente che alla base della tesi avversata si annida una non coerente sovrapposizione dei concetti giuridici di procedimento e processo penale, con conseguente indebita identificazione fra il momento dell'iscrizione del nome del soggetto nel registro degli indagati e l'esercizio di una qualsiasi delle facoltà riconosciutegli dall'ordinamento in merito all'instaurando procedimento, nonché tra l'iscrizione suddetta e il consolidamento dell'ipotesi accusatoria, la quale potrebbe, invece, subire anche molteplici modificazioni nel corso del procedimento, mentre quel che rileva ai presenti fini è solo la notizia che un procedimento penale potrebbe essere iniziato in relazione ai fatti materiali che vengano chiaramente contestati alla persona. Con la notazione di chiusura che sull'indagato grava anche un obbligo di diligenza, se non di collaborazione, per cui egli non potrebbe proditoriamente approfittare del proprio disinteresse, al pari dell'evasione o latitanza, per avvalorare

l'affermazione di mancata conoscenza del procedimento penale, non sussistendo, in ogni caso, la violazione del diritto di difesa quando si è avuta contestazione del fatto con la comunicazione degli elementi di prova a carico del soggetto.

4. Il Procuratore generale ha concluso chiedendo il rigetto dell'impugnazione.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. L'impugnazione solleva la *quaestio iuris* relativa alla legittimità della celebrazione del processo *in absentia* nei confronti dell'imputato, la dichiarazione della cui assenza, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 420-*bis* cod. proc. pen., si sia fondata sul presupposto che l'indagato abbia eletto il domicilio presso il difensore di ufficio, particolarmente nell'ipotesi in cui tale elezione sia avvenuta all'atto della sua identificazione da parte della polizia giudiziaria, con corrispondente nomina del difensore di ufficio.

2. L'orientamento fatto proprio dalla Corte di assise di appello è imperniato sull'affermazione del principio secondo cui, in tema di processo celebrato in assenza dell'imputato, la conoscenza dell'esistenza del procedimento penale a carico dello stesso non può essere desunta dall'elezione di domicilio presso il difensore di ufficio effettuata, nell'immediatezza dell'accertamento del reato, in sede di redazione del verbale di identificazione d'iniziativa della polizia giudiziaria, in epoca anteriore alla formale instaurazione del procedimento, che si verifica soltanto con l'iscrizione del nome della persona sottoposta ad indagini nel registro di cui all'art. 335 cod. proc. pen. (Sez. 1, n. 16416 del 02/03/2017, Somai, Rv. 269843; Sez. 2, n. 9441 del 24/01/2017, Seli, Rv. 269221).

Muovendo dalla *ratio* posta alla base della legge n. 67 del 2014, che ha regolato il processo in assenza dell'imputato, con la corrispondente elisione dell'istituto della contumacia, si fa notare che, assodata la rassegna delle categorie di situazioni legittimanti, ai sensi dell'art. 420-*bis* cod. proc. pen., la celebrazione del processo senza la presenza dell'imputato (ossia: la sussistenza, al momento della costituzione delle parti, in sede di udienza preliminare o dibattimentale, della prova certa della conoscenza da parte dell'imputato della data dell'udienza e della sua espressa rinuncia a parteciparvi; la sussistenza di uno dei fatti o il compimento di uno degli atti da cui l'ordinamento fa discendere, direttamente o indirettamente, la prova che l'imputato sia a conoscenza della esistenza del procedimento penale nei suoi riguardi; la prova certa che, anche per fatti o atti non indicati dalla norma, l'imputato sia a conoscenza del

procedimento o si sia volontariamente sottratto alla conoscenza di esso o dei relativi atti), qualora non si sia integrata nessuna delle predette situazioni, il processo deve essere sospeso, ai sensi dell'art. 420-*quater* cod. proc. pen.

Il punto che solleva diversità di opinioni consiste nel fissare la soglia raggiunta la quale si possa ritenere acquisita, secondo i dettami della norma indicata, la conoscenza dell'udienza o del procedimento da parte dell'imputato.

La giurisprudenza ha analizzato la situazione antecedente all'entrata in vigore della suddetta legge n. 67 del 2014, con gli effetti determinati dalla modificazione dell'art. 175 cod. proc. pen. (in forza del d.l. n. 17 del 2005, conv. dalla legge n. 60 del 2005), quando era stato riconosciuto al contumace il diritto alla restituzione nel termine per impugnare, salvo che avesse avuto effettiva conoscenza del procedimento e avesse volontariamente rinunciato a comparire ovvero a proporre impugnazione od opposizione.

Successive pronunzie della Corte di Strasburgo (fra cui Corte EDU, 08/02/2007, Kollcaku c. Italia) avevano ritenuto che gli strumenti previsti dagli artt. 175 e 670 cod. proc. pen. non potevano essere considerati rimedi idonei ad offrire al condannato, con un grado sufficiente di certezza, la possibilità di avere un nuovo processo nel quale esercitare il proprio diritto alla difesa, e la susseguente sentenza n. 317 del 2009 della Corte costituzionale aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 175, comma 2, cod. proc. pen., nella parte in cui non consentiva la restituzione nel termine per proporre impugnazione contro la sentenza contumaciale all'imputato, che non aveva avuto effettiva conoscenza del procedimento o del provvedimento, quando analoga impugnazione era stata proposta in precedenza dal difensore dello stesso imputato.

Tanto premesso, la linea interpretativa in esame fa notare che, dopo l'enucleazione da parte del giudice delle leggi del contenuto essenziale sovranazionale del diritto di difesa dell'imputato (in particolare: 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 contumaciale già concluso), la giurisprudenza di legittimità ha assunto un orientamento consequenziale.

Con specifico riferimento all'interpretazione dell'art. 6 CEDU, il diritto dell'imputato alla partecipazione al processo, così come interpretato dalla Corte di Strasburgo, viene identificato, non tanto nell'informazione circa accertamenti o indagini di polizia giudiziaria in corso, quanto piuttosto nella possibilità – la più

concreta ed effettiva possibile – di avere cognizione del vaglio giurisdizionale della specifica accusa formulata dinanzi ad un giudice terzo e imparziale, in vista dell'esercizio del più generale diritto a un processo equo, sicché, in materia penale, un'informazione precisa e completa delle accuse a carico dell'imputato, e dunque la qualificazione giuridica che la giurisdizione enuncia nei suoi confronti, costituisce la condizione fondamentale dell'equità del processo.

Oltre a quanto già segnalato, si è fatto, in particolare, rilevare come alcune decisioni della Corte EDU abbiano chiarito che, mentre la nomina di un difensore di fiducia induce a ritenere una conoscenza del procedimento sufficientemente idonea a legittimare il prosieguo (Corte EDU, 14/09/2006, Booker c. Italia), non può affermarsi altrettanto allorquando la difesa sia affidata a un difensore di ufficio (Corte EDU, 12/06/2007, Pititto c. Italia; Corte EDU, 28/06/1984, Campbell c. Regno Unito), con l'effetto che la notificazione dell'avviso di udienza presso un domicilio collegato al contesto della difesa ufficiosa – ordinariamente priva di quel più forte vincolo insito nella difesa fiduciaria – aumenta in modo esponenziale il livello di criticità insito nel rapporto con un difensore non effettivamente conosciuto dall'imputato.

In tale prospettiva, premesso che la conoscenza effettiva del procedimento presuppone un atto formale di contestazione idoneo ad informare l'accusato della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico, al fine di consentirgli di difendersi nel merito e che tale esigenza è assicurata nell'ordinamento interno dalla *vocatio in iudicium*, in quanto al giudizio sul merito dell'accusa è riferibile il diritto a partecipare e difendersi personalmente cui si contrappone la rinuncia a comparire, la quale postula che vi sia diritto o altra situazione soggettiva azionabile, mentre nella fase prodromica alla formulazione dell'accusa in vista dell'esercizio dell'azione penale l'accusato può chiedere solo d'essere sentito, e non reclamarne il diritto, è stato affermato che la *ratio legis* e la sua collocazione sistematica imponevano di affermare che la restituzione in termini poteva essere negata soltanto al soggetto che avesse avuto effettiva conoscenza del fatto che a suo carico era stata formalmente elevata una imputazione in relazione alla quale aveva diritto a difendersi e avesse deciso di non partecipare al giudizio su tale imputazione, così rinunciando al diritto di essere ascoltato dal suo giudice; con l'effetto che, in tema di restituzione nel termine per l'impugnazione della sentenza di condanna contumaciale, sotto la vigenza della disciplina anteriore alle modifiche apportate dalla legge n. 67 del 2014, si è ritenuto che l'effettiva conoscenza del procedimento non possa farsi coincidere con la conoscenza di un atto posto in essere di iniziativa dalla polizia giudiziaria anteriormente alla formale instaurazione dello stesso procedimento, che si realizza solo con l'iscrizione del nome della persona sottoposta a indagini nel registro di cui all'art.

335 cod. proc. pen (Sez. 2, n. 12630 del 04/03/2015, Prroj, Rv. 262929).

Raducando la valutazione della conoscenza del procedimento richiesta dall'art. 420-*bis* cod. proc. pen. a tale base valoriale e ritenendo che la corrispondente interpretazione, pur formatasi in costanza di normativa previgente alla legge n. 67 del 2014, non possa che trovare applicazione anche con riferimento alle nuove disposizioni, emanate proprio per fronteggiare le criticità segnalate nei confronti del processo contumaciale al fine di evitare, con l'introduzione di strumenti preventivi, processi a carico di contumaci inconsapevoli, si conclude che la garanzia dell'elezione di domicilio, effettuata al momento dell'identificazione e riferita al difensore di ufficio contestualmente nominato, non sia tale da integrare la situazione legittimante la declaratoria di assenza.

Nello stesso alveo argomentativo si è recentemente rilevato il difetto delle condizioni per la dichiarazione di assenza in ipotesi in cui l'imputato aveva eletto domicilio presso il difensore di ufficio su iniziativa della polizia giudiziaria, prima della formale instaurazione del procedimento penale avvenuta con il successivo deposito della richiesta di presentazione immediata avanti al giudice di pace e la successiva autorizzazione da parte del p.m., con la particolarità che, dopo l'elezione di domicilio, l'imputato aveva interrotto ogni rapporto con il legale che, a sua volta, non aveva accettato detta elezione comunicandolo per iscritto all'ufficio del p.m. precedente: situazione che – seppur antecedente all'introduzione del comma 4-*bis* all'art. 162 cod. proc. pen. (come inserito dalla legge n. 103 del 2017) – è stata reputata inadeguata a legittimare il valido svolgimento del processo *in absentia*, per essere l'elezione di domicilio contenuta nel suddetto atto avvenuta, contrariamente a quanto richiesto dall'art. 420-*bis*, comma 2, cod. proc. pen. per rendere operativa la presunzione di conoscenza, prima del procedimento (Sez. 1, n. 2369 del 05/12/2018, dep. 2019, Dida, n. m.).

3. Si contrappone a quello ora richiamato altro orientamento secondo cui, con riferimento al processo in assenza, è valida la notificazione all'imputato presso il difensore d'ufficio domiciliatario, indicato nel corso delle indagini preliminari, in ragione della presunzione legale di conoscenza del procedimento prevista dall'art. 420-*bis* cod. proc. pen., la quale è superabile soltanto nel caso in cui risulti, ai sensi del successivo art. 420-*ter*, comma 1, cod. proc. pen., che l'assenza è stata determinata da assoluta impossibilità di comparire per caso fortuito, forza maggiore o altro legittimo impedimento.

Questa esegesi si rifà in modo rigoroso all'elenco di ipotesi fissato dalla norma ora indicata, ipotesi connotate dal verificarsi di circostanze (come, per



l'appunto, la formalizzazione della dichiarazione o elezione di domicilio, ovvero l'arresto, ovvero la sottoposizione a misura cautelare, ovvero la nomina di un difensore di fiducia, ovvero ancora la ricezione della notificazione dell'avviso di udienza a mani proprie da parte dell'imputato) tali da indurre lo stesso legislatore a presumere che l'imputato abbia avuto con certezza conoscenza del procedimento ovvero si sia volontariamente sottratto a tale conoscenza.

Si ritiene, in tale direzione, che la riferita conclusione interpretativa sia avvalorata dal fatto che il catalogo delle predette situazioni processuali sfocia in un'ipotesi di chiusura che ne esplicita il connotato comune, vale a dire la presunzione di certezza della predetta conoscenza da parte dell'imputato, correlandola anche a qualsiasi altra situazione processuale, non tipizzata, ma capace, "quando risulti comunque con certezza che lo stesso è a conoscenza del procedimento ...", di portare l'interprete alla medesima conclusione con riferimento al caso concreto.

Quanto al sindacato sulla correttezza della presunzione, riferita alla specifica fattispecie processuale sottoposta al vaglio del giudice del merito, esso è restato circoscritto ai casi del tutto particolari previsti dall'art. 420-ter cod. proc. pen., con la specificazione che soltanto quelli, regolati dal comma 1, inerenti alla certezza dell'impedimento, determinano l'effetto che la decisione del giudice di procedere in assenza dell'imputato – legittimamente impedito, pur in presenza di notifica regolare della citazione e degli altri presupposti di cui all'art. 420-bis cod. proc. pen. – sia passibile di denuncia per violazione di legge, mentre, quando a investire il giudice sia non la certezza ma soltanto il dubbio, la stessa norma prevede, nel comma 2, ultima parte, che tale dubbio sia liberamente valutato dal giudice medesimo, senza poter formare oggetto di discussione successiva, né di motivo di impugnazione.

Si sottolinea, pertanto, che in tale ultima evenienza non si applica la diversa tutela delle nuove norme sul processo in assenza, che, da un lato, hanno abolito il processo contumaciale e, dall'altro, hanno stabilito i casi in cui possa validamente presumersi la conoscenza del processo da parte dell'imputato, nel contempo confinando il diritto dell'imputato stesso, che di fatto non abbia avuto tale tempestiva effettiva conoscenza, a vedersi tutelato soltanto con lo strumento della rescissione del giudicato di cui all'art. 625-ter, ora 629-bis cod. proc. pen., onerante peraltro lo stesso imputato della prova che la sua assenza è dipesa da una incolpevole mancata conoscenza della celebrazione del processo.

Alla luce di questa complessiva rivisitazione dei precetti e delle presunzioni, oltre che della distribuzione degli oneri probatori, scaturente dalla legge n. 67 del 2014, questo orientamento non considera giuridicamente possibile richiamare, per perpetuarne l'applicazione, tutti gli approdi giurisprudenziali e tutti i principi

elaborati con riferimento al sistema previgente, nel quale soltanto la irregolarità della notifica della citazione apriva le porte al sindacato giudiziale circa l'idoneità della stessa a raggiungere l'effetto per il quale era stata prevista, mentre, in ipotesi di notificazione formalmente regolare, l'eventuale non conoscenza del processo da parte dell'imputato dichiarato contumace trovava tutela (al di là dei casi di cui al già vigente art. 420-ter cod. proc. pen.) attraverso l'istituto della restituzione nel termine per impugnare la sentenza emessa in contumacia, ex art. 175 cod. proc. pen., strumento successivamente abolito per l'anticipazione della tutela accordata all'imputato inconsapevole, mediante i più radicali strumenti processuali sopradescritti; ragione per la quale si giustifica la conclusione che anche il portato dell'elaborazione giurisprudenziale assai avanzata, formatasi in relazione alla applicazione dell'art. 175, comma 2, cod. proc. pen., non pare potersi trasporre meccanicisticamente a presidio del diritto che la difesa dell'imputato intenda svolgere nel processo in assenza (Sez. 5, n. 40848 del 13/07/2017, Fanici, Rv. 271015).

Il riferito indirizzo trova riflessi notevoli in tema di rescissione del giudicato, ex art. 629-bis cit. E – sebbene l'impugnazione straordinaria disciplinata da questa norma affronti la questione del contraddittorio in via postuma, integri un rimedio ad iniziativa e ad onere probatorio della parte istante e inerisca, quanto alle ipotesi rilevanti, a un cerchio concentrico strutturalmente più ampio (riguardando anche, anzi primariamente, i casi in cui si dimostri che l'assenza, correttamente dichiarata, sia stata determinata da un'incolpevole mancata conoscenza della celebrazione del processo) – resta il dato di fatto che, in diversi casi, il principio di diritto con cui è stato negato l'accesso all'indicato strumento impugnatorio è stato quello secondo cui deve escludersi l'incolpevole mancata conoscenza del processo, con conseguente inammissibilità del ricorso di cui all'art. 629-bis, comma 3, cod. proc. pen., nel caso in cui risulti che l'imputato abbia, nella fase delle indagini preliminari, eletto domicilio presso il difensore di ufficio, derivando da ciò una presunzione di conoscenza del processo che legittima il giudice a procedere in assenza dell'imputato, sul quale grava l'onere di attivarsi per tenere contatti informativi con il proprio difensore sullo sviluppo del procedimento (Sez. 1, n. 57899 del 18/09/2018, Darwish, n. m.; Sez. 4, n. 49916 del 16/10/2018, F., Rv. 273999; Sez. 5, n. 36855 del 07/07/2016, Baron, Rv. 268322).

Sotto altro aspetto, ma comunque in posizione dialettica rispetto a quanto affermato dal primo orientamento, si è evidenziato, sempre in tema di rescissione del giudicato, che deve escludersi l'incolpevole mancata conoscenza del processo nel caso in cui risulti che l'imputato abbia ricevuto notizia del procedimento nella sola fase investigativa, e non anche in quella processuale

(Sez. 2, n. 25996 del 23/05/2018, Geusa, Rv. 272987), in questo senso sottolineandosi che la verifica dello stato di conoscenza incolpevole non possa essere limitato alla scansione di natura propriamente processuale con esclusione dell'effetto ostativo alla restituzione degli eventi che generano la conoscenza in fase investigativa, giacché la lettera dell'art. 420-*bis*, comma 2, cod. proc. pen. fa espresso riferimento al "procedimento" ed esclude che si possa limitare la rilevazione di eventi che generano la conoscenza soltanto a quelli successivi all'avvio della fase processuale, lettera reputata conforme alle indicazioni estratte dalle decisioni della Corte EDU, circa la necessità di conoscere l'esistenza del "procedimento" anche nella sua fase iniziale, non operandosi alcuna distinzione tra difetto di conoscenza della fase investigativa e difetto di conoscenza della fase processuale (concetto tratto dalla motivazione di Corte EDU, Grande camera, del 01/03/2006, Sejdovic. c. Italia).

Si è poi specificato che, in casi siffatti, quando durante il dibattimento del processo al cui esito è stata pronunciata condanna l'interessato sia stato rappresentato e difeso dallo stesso difensore presso il quale aveva eletto domicilio, si determina una situazione in cui emerge con maggiore nettezza come non possa dirsi che l'assenza in giudizio sia stata causata da un'incolpevole mancata conoscenza della celebrazione del processo, in quanto il fatto che il difensore d'ufficio, domiciliatario eletto per atto compiuto in una fase anticipata del procedimento, sia stato poi il difensore protagonista della fase successiva del giudizio impedisce di ritenere che con l'ordinaria diligenza l'interessato non avrebbe potuto avere tutte le necessarie informazioni sul processo, in modo da esercitare i diritti di partecipazione personale (Sez. 1, n. 34436 del 04/07/2018, Tusha, n. m.).

4. Lumezziate le due differenti posizioni che paiono emergere nell'interpretazione del peculiare snodo della disciplina relativa al processo *in absentia* individuato in premessa, occorre dare conto dell'ulteriore peculiarità del presente caso, potenzialmente idonea a influire sulla decisione, se non a determinarla *tout court*: Darwish Mhamed Ismail, dopo avere eletto domicilio presso il difensore di ufficio contestualmente nominato e dopo avere successivamente abbandonato il luogo in cui era alloggiato, è stato destinatario di ordinanza applicativa della misura cautelare della custodia in carcere emessa dal G.i.p. del Tribunale di Genova in data 16 marzo 2016 e, previa l'effettuazione di ricerche risultate vane, come da verbale del 22 marzo 2016, è stato dichiarato latitante con decreto della Corte di assise di Genova del 26 aprile 2016.

Questo dato, in prima analisi tutt'altro che irrilevante, atteso che nell'accertamento della latitanza è insita, ai sensi dell'art. 296 cod. proc. pen., la

valutazione della natura volontaria della sottrazione da parte dell'indagato, ricercato, alla custodia cautelare, si profila, in linea di principio, coniugato con il tessuto normativo dell'art. 420-*bis*, comma 2, cod. proc. pen., con particolare riguardo all'ipotesi in cui l'imputato si sia "volontariamente sottratto alla conoscenza del procedimento o di atti del medesimo", idoneo a costituire una situazione di fatto – sopravveniente rispetto a quella oggetto di primaria, anzi esclusiva, considerazione da parte della Corte di assise di appello – idonea in via autonoma a legittimare la qualificazione di Ismail come soggetto assente nella vicenda procedimentale e processuale successiva al decreto di latitanza, con l'accesso alle formalità surrogatorie istituite dall'art. 165 cod. proc. pen.

Senonché la sostanziale obliterazione di questa condizione dell'imputato, che si coglie nella sentenza impugnata e anche nello stesso atto di impugnazione, induce a non considerare il dato rilevato idoneo a escludere la soluzione di cui in prosieguo, essendosi ripetutamente affermato in sede di legittimità, con riferimento all'assetto ordinamentale *ante* legge n. 67 del 2014, che il condannato contumaciale, latitante, che non abbia avuto effettiva conoscenza del processo a suo carico, ha diritto alla restituzione nel termine per l'impugnazione, nonostante il difensore di ufficio abbia tempestivamente proposto appello avverso la sentenza di condanna (Sez. 6, n. 14743 del 29/01/2018, Tair, Rv. 272654; Sez. 6, n. 4695 del 18/12/2009, dep. 2010, Fondacaro, Rv. 245852; ciò, anche in relazione al rilievo che eguale approdo di principio si profila aver raggiunto la giurisprudenza convenzionale con corrispondente riferimento ad un imputato dichiarato latitante, il cui difensore di ufficio aveva proposto rituale impugnazione: Corte EDU, 01/09/2016, Huzuneanu c. Italia, che ha deciso, comunque, sul presupposto che non risultava accertato che l'imputato, assistito da difensore di ufficio, avesse in concreto rinunciato al suo diritto di comparire e difendersi).

Sicché la dicotomia fra gli indirizzi esposti appare suscettibile, sempre in linea di principio, di comportare differenti considerazioni, a seconda della scelta fra le diverse, indicate prospettive, anche nella particolare situazione ora indicata, quando essa sia caratterizzata dalla presenza di difensore di ufficio, privo di effettiva possibilità di contatto con la persona assistita.

5. il delicato snodo di cui si tratta ha, inoltre, trovato una sua eco anche nella giurisprudenza costituzionale, la quale (con la sentenza n. 31 del 2017) – nel dichiarare inammissibile la questione di legittimità costituzionale degli artt. 161 e 163 cod. proc. pen., censurati in riferimento agli artt. 2, 3, 21, 24, 111 e 117 Cost. (in relazione all'art. 14 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici e all'art. 6 della CEDU), nella parte in cui non prevedono la notifica

personale all'imputato dell'atto introduttivo del giudizio penale, quantomeno nell'ipotesi di elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio nominato dalla polizia giudiziaria – ha osservato che l'esiguità degli elementi di fatto forniti impediva di stabilire se in concreto fosse stata rilevata o meno "un'effettiva instaurazione di un rapporto professionale tra il legale domiciliatario e l'imputato" e, quindi, se si fossero o meno "realizzate le condizioni da cui dedurre l'esistenza di un rapporto di informazione tra il legale, benché nominato di ufficio, e l'assistito", oltre a considerare erronea l'individuazione delle norme oggetto di scrutinio, in quanto il rimettente avrebbe dovuto sottoporre al sindacato incidentale l'art. 420-*bis*, comma 2, cod. proc. pen.

Questa sentenza, pur di natura esclusivamente processuale, sul rilievo che la pronuncia additiva richiesta non avrebbe implicato una soluzione costituzionalmente obbligata, in quanto dalla giurisprudenza della Corte EDU non discende l'obbligo della notifica personale della *vocatio in iudicium*, ma la necessità che gli Stati membri predispongano regole alla cui stregua si possa stabilire che l'assenza dell'imputato al processo possa essere ritenuta espressione di una consapevole rinuncia a parteciparvi, pare tuttavia aver colto l'occasione per ribadire che – fermo il principio secondo cui l'individuazione degli strumenti attraverso cui consentire al giudice tale verifica non può che essere affidata alla discrezionalità del legislatore, trattandosi di scelte che investono la disciplina degli istituti processuali – nel controllo della relativa opzione il criterio guida deve orientarsi nel senso che la compatibilità tra le disposizioni costituzionali e convenzionali e la possibilità di procedere in assenza sussiste con certezza soltanto ove si accerti l'esistenza di un rapporto di informazione tra il legale, anche quando esso sia nominato di ufficio, e l'assistito.

6. Si profila quindi necessario – benché la fattispecie oggetto di esame si caratterizzi per l'evenienza dei fatti processuali rilevanti (identificazione dell'indagato, nomina del difensore di ufficio, elezione di domicilio presso quest'ultimo, emissione del decreto di latitanza, *vocatio in iudicium* innanzi alla Corte di assise) in tempo antecedente all'introduzione della già citata modificazione dell'art. 162 cod. proc. pen. mediante l'aggiunta del comma 4-*bis* ad opera dell'art. 1 legge 23 giugno 2017, n. 103 – il riferimento a tale disposizione in virtù della quale "l'elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio non ha effetto se l'autorità che procede non riceve, unitamente alla dichiarazione di elezione, l'assenso del difensore domiciliatario".

La rilevanza di questa opzione normativa pare innegabile. Si trae da essa che l'elezione di domicilio presso il difensore di ufficio deve essere subito comunicata al difensore stesso e poi trasmessa all'autorità procedente, per cui,



ove manchi la comunicazione al difensore nominato d'ufficio, l'elezione di domicilio non ha effetto, così come essa resta priva di effetto se il professionista, informato della nomina ufficiosa e dell'elezione di domicilio dell'assistito presso il suo studio, non abbia dato l'assenso, con la conseguenza che essa non legittima le formalità notificatorie di cui all'art. 161 cod. proc. pen., permanendo l'esigenza di effettuare le notificazioni all'indagato ai sensi dell'art. 157 cod. proc. pen., per ogni effetto ulteriore nella verifica da compiersi anche ai sensi dell'art. 420-*bis* cod. proc. pen.

La norma – ricollegandosi, mediante l'assegnazione di giuridica rilevanza all'assenso del difensore nominato di ufficio all'elezione di domicilio presso di lui, alla necessità di assicurare quel contatto effettivo tra domiciliato e domiciliatario sollecitato dalla giurisprudenza convenzionale e costituzionale – affida alla consapevole scelta del difensore, che egli avrà compiuta, secondo deontologia, dopo la valutazione di tutti gli elementi del caso concreto, l'assolvimento dell'esigenza di realizzare quel costante e adeguato contatto con l'assistito, così da giustificare anche per tale fattispecie il corollario della conoscenza del procedimento tratto dall'art. 420-*bis*, comma 2, cod. proc. pen.

Ciò detto quanto alle fattispecie disciplinate direttamente dall'art. 162, comma 4-*bis*, cod. proc. pen., con riferimento invece al quadro normativo previgente resta da chiarire – e ciò rileva per lo scrutinio del caso di specie – se, pur non potendo discorrersi di applicazione retroattiva della disposizione indicata, il criterio dalla medesima fissato, oltre che costituire un non trascurabile *tertium comparationis* per la prospettabile questione di legittimità costituzionale, determini l'emersione di un dato rilevante in chiave interpretativa del quadro normativo stesso.

In questo senso appare conseguente verificare se sia possibile la lettura costituzionalmente orientata di esso, ossia se – ove si assuma l'insufficienza in via di principio dell'elezione di domicilio presso il difensore di ufficio, in sé e per sé considerata – essa possa tuttavia diventare in concreto adeguata in virtù del concorso di altri elementi che convergano nel far risultare con certezza che l'indagato, elettivamente domiciliato presso il difensore di ufficio, sia a conoscenza del procedimento o si sia volontariamente sottratto alla conoscenza del procedimento stesso o di atti del medesimo.

7. Tanto premesso, il Collegio considera emersa la necessità di comporre il contrasto giurisprudenziale rilevato, anche per verificare, in corrispondenza, se, assicurate le garanzie richieste dall'ordinamento per ritenere acquisita la conoscenza del procedimento da parte dell'indagato, il relativo approdo legittimi la celebrazione del (successivo) processo *in absentia*, indipendentemente dal



momento in cui il fatto sintomatico preso in considerazione dall'art. 420-*bis* cod. proc. pen. si sia perfezionato; ciò, impregiudicato il verificarsi delle ipotesi di incolpevole mancata conoscenza della sua celebrazione, per gli effetti di cui all'art. 629-*bis* cod. proc. pen. (se la conoscenza sopravvenga al giudicato), ma anche per gli effetti di cui all'art. 604, comma 5-*bis*, seconda parte, cod. proc. pen. (se la conoscenza sopravvenga alla celebrazione del giudizio di primo grado).

Si ritiene, pertanto, conseguente dover rimettere alle Sezioni Unite, ai sensi dell'art. 618, comma 1, cod. proc. pen., l'esposta questione di diritto, la quale può condensarsi nel seguente quesito: *se per la valida pronuncia della dichiarazione di assenza di cui all'art. 420-*bis* cod. proc. pen., integri presupposto sufficiente – particolarmente nell'ipotesi della sua identificazione da parte della polizia giudiziaria, con nomina di difensore di ufficio – il fatto che l'indagato elegga contestualmente il domicilio presso il suddetto difensore di ufficio, oppure tale elezione non sia di per sé sufficiente e se, in questo caso, possa tuttavia diventarlo sulla base di altri elementi che convergano nel far risultare con certezza che lo stesso è a conoscenza del procedimento o si è volontariamente sottratto alla conoscenza del procedimento stesso o di atti del medesimo.*

P.Q.M.

Rimette il ricorso alle Sezioni Unite.

Così deciso il 29 gennaio 2019