

Lo statuto dell'imputato assente e relativi rimedi alla luce della pronuncia delle Sezioni Unite 23948/2020.

di **Alberto Bernardi**

Sommario. Premessa – **1.** La conoscenza del procedimento - **2.** Il superamento di ogni presunzione - **3.** I finti inconsapevoli e la volontaria sottrazione alla conoscenza del procedimento - **4.** La revoca dell'ordinanza e i rimedi riparatori - **5.** La nullità delle sentenze di merito. - **6.** La rescissione del giudicato. - **7.** L'incidente di esecuzione come rimedio estremo contro il processo in absentia? - **8.** Conclusioni

Premessa

Con la Sentenza numero 23948 del 2020 (ud. 28 novembre 2019, dep. 17 agosto 2020, Pres. Carcano, Rel. Di Stefano) le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno avuto modo di dirimere un contrasto interpretativo in ordine alla inidoneità della sola elezione di domicilio dell'indagato presso il difensore d'ufficio per potersi procedere in assenza.

Tale contrasto giurisprudenziale, ad essere onesti, sembrava essersi radicato esclusivamente in seno al Giudice di Legittimità. Le prassi delle Corti di merito, invero, evidenziavano un orientamento inveterato diametralmente opposto, che attribuiva agli indici di cui all'art. 420bis co. 1 c.p.p. il valore di vere e proprie presunzioni di conoscenza del procedimento da parte dell'indagato.

A ben vedere, tuttavia, la soluzione al quesito rimesso alle Sezioni Unite non è che una minima parte delle forza innovatrice contenuta nelle ventotto pagine di motivazioni. La sentenza in parola, infatti, può indubbiamente essere annoverata tra le pronunce fondamentali in materia di conoscenza del procedimento/processo¹ da parte dell'imputato.

1. La conoscenza del procedimento

La novella introdotta dalla Legge 28 aprile 2014, nr. 67 ha portato al definitivo superamento del processo in contumacia².

¹ Si è voluto qui utilizzare una dizione alternativa facendo riferimento all'irrelevanza, secondo la sentenza in commento, della dicotomia procedimento/processo. Il "*facile argomento letterale*" sul quale si era radicato uno degli orientamenti giurisprudenziali, in realtà non è dirimente in ragione dell'uso promiscuo che fa il legislatore dei due lemmi (cfr. par. 10 SS.UU.)

² PISTORELLI, *Così "scompare" il processo in contumacia*, in *Guida dir.*, 2014, n. 21



Il "nuovo" regime giuridico poggia su un unico e ben delineato architrave: può procedersi in assenza dell'imputato solamente qualora egli sia stato portato a conoscenza personalmente dell'accusa, del giorno e del luogo dell'udienza in cui verrà celebrato il procedimento a suo carico.

Tale valutazione è compiuta dal Giudice senza alcun margine di discrezionalità: in caso di mancata comparizione dell'imputato il procedimento proseguirà *in absentia* solamente se vi è prova certa della conoscenza personale e diretta della *vocatio in ius* da parte dell'interessato.

Nel caso in cui l'imputato non compaia e tale certezza non sia raggiunta il Giudice disporrà la notifica personale dell'imputato ad opera della polizia giudiziaria ai sensi dell'art. 420 quater c.p.p.

Si noti che detta notifica sarebbe di per sé "ultronea": il Giudice giunge, infatti, a valutare se procedersi *in absentia* o meno solamente dopo aver verificato la validità formale delle notifiche. In altre parole, quindi, presupposto per potersi pronunciare l'ordinanza ex art. 420 bis co. 4 c.p.p. è che il procedimento notificatorio nei confronti dell'imputato sia validamente portato a termine, ma che tuttavia non garantisca di poter affermare con certezza che l'imputato fosse a conoscenza del procedimento e che stia, pertanto, esercitando il proprio diritto a non parteciparvi.

A tale regola generale il Codice di rito assimila due ulteriori situazioni: in difetto di una notifica a mani dell'imputato può ugualmente procedersi in sua assenza se (a) è possibile ritenere che questi abbia consapevolmente deciso di non comparire ovvero (b) si sia sottratto volontariamente alla conoscenza del procedimento.

2. Il superamento di ogni presunzione

Il contrasto interpretativo che le Sezioni Unite hanno dipanato verteva proprio sulle condizioni in forza delle quali poter pronunciare l'ordinanza ex art. 402 co. 2 c.p.p. laddove difetti la notifica a mani dell'imputato, ma ricorra una delle ipotesi previste dalla citata disposizione: elezione o dichiarazione di domicilio, applicazione di misura cautelare o precautelare, nomina del difensore di fiducia.

Un primissimo filone interpretativo³, seguito in breve tempo da un nutrito orientamento giurisprudenziale⁴, invero, aveva attribuito alle ipotesi di cui all'art. 420 bis co. 2 c.p.p. la qualifica di vere e proprie presunzioni di

³ 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* in https://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/Relazione_III_07_14.pdf

⁴ Per citarne alcune: Cass. Sez. 4 nr. 49916/2018, Sez. 2 nr. 25996/2018, Sez. 2 nr. 39158/2018, Sez. 5 nr. 12445/2015 (dep. 2016).

conoscenza del procedimento, in presenza delle quali poteva ben procedersi *in absentia* pur anche difettando la prova della notifica personale dell'udienza.

Come anticipato, le Sezioni Unite in commento hanno superato questi automatismi ridimensionandone la forza persuasiva da presunzioni a *"indici di conoscenza"*.

Si tratta, del resto, di un logico corollario in un sistema, quello post L. 67/2014, che privilegia l'effettività rispetto alla validità formale della notifica. Qualora l'imputato non sia comparso e non vi sia la prova certa di una conoscenza personale dell'avviso d'udienza, il Giudice potrà ugualmente procedere in assenza se, in forza di questi indici di conoscenza, si possa ragionevolmente ritenere che l'imputato abbia ugualmente avuto conoscenza dell'atto.

In altre parole, quindi, in caso di elezione o dichiarazione di domicilio, applicazione di misura cautelare o pre-cautelare ovvero nomina di un difensore di fiducia si potrà desumere l'effettiva conoscenza del procedimento anche in presenza di una notifica con modalità diverse da quella in mani proprie come ad esempio quelle previste dai primi sette commi dell'art. 157 c.p.p., quella presso il domicilio eletto *"effettivo"* ⁵ o presso il difensore di fiducia.

Ed è proprio in applicazione di queste argomentazioni che si giunge al ben noto principio di diritto secondo il quale *"La sola elezione di domicilio presso il difensore di ufficio, da parte dell'indagato, non è di per sé presupposto idoneo per la dichiarazione di assenza di cui all'articolo 420-bis cod. proc. pen., dovendo il giudice in ogni caso verificare, anche in presenza di altri elementi, che vi sia stata un'effettiva instaurazione di un rapporto professionale tra il legale domiciliatario e l'indagato, tale da fargli ritenere con certezza che quest'ultimo abbia conoscenza del procedimento ovvero si sia sottratto volontariamente alla conoscenza del procedimento stesso"* ⁶.

3. I finti inconsapevoli e la volontaria sottrazione alla conoscenza del procedimento

Ipotesi residuale e statisticamente meno frequente è quella in cui l'imputato si sottragga alla conoscenza del procedimento ovvero ad atti dello stesso.

Una certa parte della giurisprudenza di legittimità riconduceva nell'alveo della *"sottrazione volontaria"* tutte le forme di sostanziale disinteresse

⁵ Perché abbia valore l'elezione di domicilio deve essere *"seria e reale"* e cioè effettuata presso un luogo con il quale l'interessato abbia un rapporto (cfr. par. 11.1 SS. UU.)

⁶ Cfr. par. 12 SS.UU.

dell'imputato nei confronti del procedimento che lo avevano posto nella condizione di non avere notizia dell'udienza.

Le Sezioni Unite, preso atto del fatto che l'ordinamento non disciplina forme tipiche di "*sottrazione volontaria*", offre un'interpretazione di tale concetto del tutto in linea con l'impronta *sostanzialista* della pronuncia: potranno essere valutate ed eventualmente ricondotte alla categoria in esame solamente condotte positive dell'interessato: si pensi all'indicazione di un domicilio falso, ma anche la reiterata modifica del domicilio eletto e non (soltanto) la mera negligenza informativa da parte dell'imputato.

4. La revoca dell'ordinanza e i rimedi riparatori

La regola generale dettata dall'art. 402 bis co. 4 c.p.p. prevede che se l'imputato dichiarato assente compare prima della decisione, il Giudice revoca l'ordinanza che disponeva procedersi in assenza.

A corollario di tale norma cardine, la legge processuale disciplina una serie di rimedi a cui attingere nel caso in cui l'assenza dell'imputato sia stata dovuta a cause a lui non imputabili.⁷

Quindi, qualora l'imputato "fornisca la prova"⁸ che la sua assenza è stata dovuta ad una incolpevole mancata conoscenza del processo si apre un ventaglio di rimedi di portata e pervasività differenziata in ragione del momento processuale nel quale l'imputato sia comparso e abbia fornito tale prova.

Tali rimedi vanno dalla rimessione in termini fino allo scioglimento del giudicato.

Com'è noto l'innesto normativo realizzato dalla L. 67/2014 (artt. da 420 bis a 420 quinquies c.p.p.) trova applicazione nell'udienza preliminare e, in quanto compatibile, nell'ambito degli atti introduttivi al dibattimento.

Nel caso in cui l'imputato, dichiarato assente, compaia durante la fase dell'udienza preliminare, il Legislatore gli riconosce la facoltà di chiedere l'acquisizione di atti e documenti ai sensi dell'art. 421 co. 3 c.p.p.⁹

⁷ I medesimi rimedi sono previsti anche qualora la mancata comparizione sia dovuta a caso fortuito, forza maggiore o impedimento legittimo e, in quest'ultimo caso, che la prova dell'impedimento sia pervenuta con ritardo senza sua colpa.

⁸ L'attribuzione dell'onere probatorio in capo all'imputato, in controtendenza rispetto al mero onere di allegazione previsto nell'ipotesi di restituzione in termini (art. 175 c.p.p.), è del tutto coerente con i maggiori e più penetranti poteri di accertamento attribuiti da L. 67/2014 al Giudice (in tal senso cfr. Cass. Sez. Unite nr. 36848/2014, par. 5

⁹ Art. 420bis co. 4 c.p.p.

Di contro, se ciò avviene durante il giudizio di primo grado egli può formulare le richieste di prova ex art. 493 c.p.p. ma anche (e soprattutto) potrà chiedere la rinnovazione di prove già assunte.¹⁰

I rimedi riparatori, tuttavia, non si esauriscono nella pur rilevante restituzione in termini ai fini dell'esercizio del diritto di difendersi provando.

L'art. 489 c.p.p., completamente innovato dalla L. 67/2014 dispone infatti che l'imputato dichiarato assente nell'udienza preliminare pur in difetto dei presupposti di legge sia rimesso in termini anche per accedere al giudizio abbreviato o al patteggiamento¹¹.

La norma, espressamente dettata per il dibattimento di fronte al Tribunale Collegiale può ritenersi applicabile anche nel procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica in forza del rinvio operato dall'art. 555 co. 5 c.p.p. che fa proprie le disposizioni di tutto il libro VIII, in quanto compatibili.

In conclusione, quindi, i rimedi cd. riparatori o comunque restitutori sono gli unici strumenti cui può fare ricorso l'imputato, inconsapevolmente assente, per vedere ugualmente garantiti i propri diritti qualora egli sia comparso prima della pronuncia della sentenza di primo grado.

5. La nullità delle sentenze di merito

Diverse, invece, sono le soluzioni approntate dall'ordinamento qualora l'imputato deduca la sua incolpevole assenza dopo la celebrazione del giudizio di primo grado.

Con il nuovo comma 5bis dell'art. 604 c.p.p. il Legislatore ha inteso tipizzare una nuova causa di nullità della sentenza di primo grado qualora: (a) si sia proceduto in assenza dell'imputato, ai sensi dell'art. 420-bis cod. proc. pen., mentre il Giudice avrebbe dovuto sospendere il procedimento per irreperibilità dell'imputato, ricorrendo i presupposti di cui all'art. 420-quater cod. proc. pen.; (b) l'imputato dimostri che la sua assenza fu dovuta all'incolpevole mancata conoscenza della celebrazione del processo di primo grado.

¹⁰ ibidem

¹¹ Inspiegabilmente il Legislatore non ha inserito la possibilità di chiedere la sospensione del procedimento con messa alla prova, procedimento speciale introdotto dalla medesima legge 67/2014. Se è vero che i limiti edittali previsti dall'art. 464 bis c.p.p. sostanzialmente escludono dal campo di applicazione del procedimento speciale i reati per i quali è prevista l'udienza preliminare, è altrettanto vero che ci si potrebbe trovare di fronte a procedimenti con due o più imputati le cui imputazioni prevedano l'uno la celebrazione dell'udienza preliminare e l'altro la citazione diretta a giudizio.

In entrambi i casi la Corte d'Appello, accertata la nullità, trasmette gli atti al giudice di primo grado di fronte al quale l'imputato è rimesso in termini per accedere ad eventuali riti alternativi in applicazione dell'art. 489 co. 2 c.p.p. Circa il regime di rilevabilità della citata nullità occorre dar conto di un orientamento giurisprudenziale secondo il quale la stessa integrerebbe una nullità di ordine generale a regime intermedio attinente all'intervento dell'imputato (art. 178 lett. c e art. 180 c.p.p.) e che pertanto dovesse essere eccepita immediatamente dopo il compimento dell'atto (art. 182 co. 2 c.p.p.)¹².

La più recente giurisprudenza, tuttavia, con pregevole e condivisibile motivazione ha sostenuto che il Legislatore, con l'art. 604 co. 5bis c.p.p., ha introdotto una nuova ipotesi di nullità sottoposta ad un proprio particolare regime di rilevabilità: *"la nullità di cui si discute in questa sede, pur non essendo formalmente una nullità assoluta, deve ritenersi soggetta, quanto alla possibilità di essere eccepita o rilevata, ad un regime equiparabile a quello delle nullità assolute"*¹³.

Il regime di rilevabilità è talmente peculiare che si estende fino al giudizio di legittimità. Laddove la Corte di Cassazione rilevi, anche d'ufficio, la nullità in parola ne sarebbero travolti tutti gli atti successivi a quello viziato, con conseguente annullamento con rinvio della sentenza impugnata e la regressione del procedimento di fronte al Giudice di primo grado.

Si tratta del riconoscimento di un (finora inedito) diritto al doppio grado di giudizio di merito.

6. La rescissione del giudicato

La L. 67/2014 dimostra tutta la sua spinta verso la più ampia tutela dei diritti dell'imputato con l'introduzione dell'istituto della rescissione del giudicato (già art. 625ter c.p.p., ora art. 629 bis c.p.p.)¹⁴.

Il Legislatore ha introdotto tale mezzo di impugnazione straordinaria in grado di soverchiare il dogma del giudicato al fine di consentire all'imputato di esercitare consapevolmente il diritto a partecipare (o non partecipare) al proprio processo, quand'anche ogni altro rimedio risulti inespugnabile.

Il presupposto è, ancora una volta, che l'interessato fornisca la prova che la sua assenza fu dovuta ad una incolpevole mancata conoscenza della

¹² cfr. Cass. sez. 5 nr. 54921/2016

¹³ cfr. Cass. sez. 5 nr. 37185/2019

¹⁴ Com'è noto la L. 103/2017 ha modificato la collocazione sistematica della rescissione del giudicato attribuendone la competenza funzionale alla Corte d'Appello in luogo della Corte di Cassazione, così come previsto dalla L. 67/2014. La Corte di Cassazione rimane ugualmente competente per decidere sulle impugnazioni avverso provvedimenti emessi prima dell'entrata in vigore della L. 103/2017.

celebrazione del processo e che lo faccia con atto tempestivamente depositato entro 30 giorni dall'avvenuta conoscenza del procedimento¹⁵.

Per stabilire quali siano, oggi, i confini della *"incolpevole mancata conoscenza del processo"* non si può prescindere dalle innovazioni interpretative apportate da Sez. Unite 23948/2020. Se infatti in Giurisprudenza ha negato la rescissione del giudicato in ragione della *"colpa evidente"* da parte dell'indagato/imputato che abbia eletto domicilio e successivamente si sia reso irreperibile (con conseguenti notifiche ex 161 co. 4 c.p.p. al difensore d'ufficio)¹⁶ è altrettanto vero che, a mente delle Sezioni Unite Ismail Darwish, tale situazione oggi non sarebbe ritenuta sufficiente a garantire la certa conoscenza della *vocatio in ius* da parte dell'accusato. Allo stesso modo, si era escluso che costituisse incolpevole mancata conoscenza del processo, ai fini dell'art. 629-bis c.p.p., l'elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio e ciò facendo ricorso alla categoria delle presunzioni di conoscenza del processo¹⁷. Ma si è già detto come la pronuncia testè menzionata abbia recisamente rifiutato una simile interpretazione. In conclusione, quindi, non si potrà far altro che attendere e osservare come le Corti d'Appello assorbiranno l'impatto della sentenza *de qua* e daranno applicazione dei canoni ermeneutici ivi enucleati tenendo ben presente, tuttavia, che il tessuto argomentativo lascia ben poco spazio alle interpretazioni.

Alla questione, quindi, se i condannati o sottoposti a misura di sicurezza nei confronti dei quali si sia proceduto in assenza sulla base di ordinanze emesse in forza del precedente (e meno garantista) orientamento interpretativo possano *oggi* accedere all'istituto *de qua*, la risposta non può che essere positiva. Con la necessaria precisazione, tuttavia, che Sez. Unite. 23948/2020 aveva ad oggetto un'elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio effettuata prima dell'introduzione della necessaria accettazione da parte del difensore, pena l'inefficacia della stessa (comma 4bis dell'art. 162 c.p.p. introdotto dalla L. 103/2017 con decorrenza 3 agosto 2017). Occorrerà pertanto tenere conto che l'accettazione da parte del difensore d'ufficio dell'elezione di domicilio potrebbe essere uno degli "altri elementi" valorizzati dal Giudice al fine di "valutare l'effettiva instaurazione del rapporto professionale tra legale domiciliatario e indagato"¹⁸.

7. L'incidente di esecuzione come rimedio estremo contro il processo *in absentia*?

¹⁵ Cfr. Cass. sez. 2 nr. 7485/2018, l'imputato ha altresì l'onere di allegare in modo rigoroso gli elementi idonei a comprovare la tempestività della domanda.

¹⁶ Cfr. ex pluribus Cass. sez. 2 nr. 45329/2015.

¹⁷ Cfr. ex pluribus Cass. sez. 4 nr. 49916/2018.

¹⁸ Cfr. par. 12 SS.UU.

La Prima sezione della Corte di Cassazione, con ordinanza depositata il 15 luglio 2020¹⁹ ha rimesso alle Sezioni Unite alcune questioni attinenti ai rapporti fra l'incidente di esecuzione (rectius: questioni sul titolo esecutivo ex art. 670 c.p.p.) e la rescissione del giudicato.

Tale ipotesi di incidente di esecuzione consente di contestare l'esistenza un titolo esecutivo ovvero la sua valida formazione: il Giudice dell'esecuzione invero può sospendere l'esecuzione di un provvedimento qualora (fra gli altri casi) non siano state osservate le garanzie previste nel caso di irreperibilità del condannato.

Le questioni poste dalla Sezione rimettente attenevano alla possibilità di far valere con l'uno o con l'altro rimedio nullità assolute e insanabili verificatesi nel giudizio di cognizione e inerenti la citazione dell'imputato e/o del difensore dalle quali derivasse l'incolpevole mancata conoscenza del processo.

Già l'Ordinanza *de qua* mal celava un certo scetticismo circa l'utilità dell'incidente di esecuzione nella vigenza della L. 67/2014 e ciò in ragione del fatto che, a seguito dell'introduzione del processo in assenza, il Giudice del merito è tenuto a valutare la validità formale delle notifiche oltreché l'effettiva conoscenza del processo da parte dell'imputato. Il rimedio -il cui ambito di accertamento è pressoché sovrapponibile a quello ex art. 629bis c.p.p.- sarebbe infatti "superato" nella maggior parte dei casi in cui è accertata la conoscibilità del procedimento attraverso gli indicatori dell'art. 420bis c.p.p.

Osterebbe, inoltre, all'esperibilità dell'incidente di esecuzione, l'esistenza di orientamenti giurisprudenziali contrastanti circa la possibilità di dedurre, davanti al giudice dell'esecuzione, nullità assolute e insanabili sulle quali sia calata la pietra tombale del giudicato.

Nell'attesa di leggere le motivazioni occorre in questa sede dar conto dell'informazione provvisoria²⁰ diffusa dalla Corte di Cassazione (R.G. 8016/2020 - ud. 26/11/2020).

Le Sezioni Unite hanno escluso la deducibilità delle nullità assolute e insanabili di cui sopra attraverso lo strumento dell'incidente di esecuzione riconoscendo, per converso, il diritto da parte dell'imputato e/o del difensore di avanzare richiesta di rescissione del giudicato ex art. 629-bis c.p.p. qualora da tali nullità sia derivata l'incolpevole mancata conoscenza della celebrazione del processo.

Tale onere probatorio che incombe sull'interessato, a ben vedere, è meno gravoso di quanto non possa sembrare: spesso infatti è proprio la nullità di cui l'imputato intende dolersi la prova dell'incolpevole mancata conoscenza

¹⁹ Cfr. Cass. sez. 1 nr. 20998/2020

²⁰ <https://www.cortedicassazione.it/corte-di-cassazione/it/stampa.page?contentId=QSP24338>

del processo e pertanto sarà sufficiente dimostrare la violazione delle norme processuali.

8. Conclusioni

Dalla disamina delle argomentazioni dell'intera pronuncia è di tutta evidenza che essa rappresenta una sentenza fondamentale. Il formante legislativo prima e quello giurisprudenziale poi hanno dato vita ad un sistema che oggi costituisce uno dei punti più avanzati di realizzazione del *giusto processo* Convenzionale. Invero, la necessità di una conoscenza certa da parte dell'accusato delle accuse mosse a suo carico è ora inequivocabilmente pretesa anche dalla Giurisprudenza di Legittimità in piena attuazione del diritto di *"essere informato, [...] in modo dettagliato, della natura e dei motivi dell'accusa formulata a suo carico"* (art. 6 § 3 lett (a) Conv. EDU).

Ma a ben vedere, non si tratta solamente di riconoscere e concretare supremi principi dell'Ordinamento; le ricadute pratiche sono numerose e di non poco momento primo fra tutti il rilievo che la conoscenza dell'esistenza di un processo è condizione necessaria ed essenziale per l'esercizio del diritto di Difesa. Questo, infatti, può dirsi pienamente ed effettivamente realizzato solo laddove l'accusato sia posto nella condizione di dare il proprio contributo al processo, interrogando i testi a proprio carico, citandone a proprio discarico (art. 6 § 3 lett (d) Conv. EDU) ma anche e soprattutto fornendo al Tribunale la propria versione dei fatti.