

A PROPOSITO DEI MECCANISMI DI RECUPERO A DISPOSIZIONE DELL'IMPUTATO PROCESSATO IN SUA ASSENZA

di **Domenico Potetti**

SOMMARIO

1. L'onere di tenersi informato. 2. I meccanismi di recupero a disposizione dell'assente; dalla conoscenza del procedimento alla conoscenza del processo. 3. Gli oneri ulteriori dell'imputato.

1. L'onere di tenersi informato.

La scelta di fondo del legislatore della L. n. 67 del 2014 sta nella norma più emblematica della novella, e cioè nel comma secondo dell'art. 420 bis c.p.p..

Questa disposizione prima indica una serie di fatti giuridici tipici che impongono di procedere in assenza dell'imputato, e quindi prevede una clausola di chiusura che esprime l'elemento essenziale del processo in assenza dell'imputato, e cioè che "...risulti comunque con certezza che lo stesso è a conoscenza del procedimento..." (a parte il caso dell'imputato che si è volontariamente sottratto alla conoscenza del procedimento o di atti del medesimo).

In questo modo il legislatore (pur rispettando il presupposto consistente nella volontarietà e non equivocità della rinuncia dell'imputato a partecipare al suo processo, capisaldi della giurisprudenza della Corte EDU), concepisce un onere di collaborazione dell'imputato, che potremmo definire come l'"onere di tenersi informato" sull'esistenza, sul contenuto e sul corso del procedimento che lo riguarda.

Com'è stato correttamente osservato in dottrina (1), il sistema introdotto con la L. n. 67 del 2014 è stato concepito nel senso che la mancanza della prova certa che l'imputato abbia conoscenza della data dell'udienza (perché lo stesso non ha ricevuto personalmente l'avviso di fissazione di essa) viene compensata dalla prova della conoscenza dell'esistenza del procedimento, cui si fanno conseguire oneri di informazione e di collaborazione a carico dell'imputato stesso.

Del resto l'attuale rito penale (al contrario di quello precedente al 1989) è fondato anche sulle specifiche iniziative e sul protagonismo delle parti, le quali non sono più titolari solo di poteri tesi a limitare l'autorità del giudice, ma condividono con questi la responsabilità dell'andamento del processo.

Da ciò consegue la necessità che esse si assumano oneri strumentali rispetto allo stesso esercizio dei poteri di cui sono titolari, quale è appunto, nel nostro caso, l'onere di seguire ed informarsi circa il corso del procedimento.

Questa premessa s'impone all'interprete, essendo costituzionalmente obbligata.

Quando infatti si tratta di valori tutti di rango costituzionale (nel nostro caso vi sono da un lato l'azione e la giurisdizione penale; dall'altro il diritto di difesa) l'interprete è obbligato ad effettuare fra essi una ragionevole sintesi, non potendo sacrificarne uno se non nella misura in cui ciò sia inevitabile per garantirne altri di pari rango.

Correttamente quindi il secondo comma dell'art. 420 bis c.p.p. non prevede affatto (ai fini del processo in assenza) che l'imputato debba avere cognizione della data dell'udienza, o in genere di un determinato atto del procedimento.

Nemmeno presuppone un determinato livello di conoscenza relativamente al contenuto del procedimento, e segnatamente la norma non richiede affatto la conoscenza dell'imputazione.

Infatti, una volta condizionate (e quindi, in una qualche misura, sacrificate) l'azione e la giurisdizione penali alla conoscenza (da parte dell'imputato) dell'esistenza del procedimento in capo all'imputato stesso, è ragionevole non sacrificarle oltre, addossando quindi all'imputato, per il resto, l'onere (ragionevolmente esigibile) di informarsi sullo svolgimento e sul contenuto del procedimento medesimo.

2. I meccanismi di recupero a disposizione dell'assente; dalla conoscenza del procedimento alla conoscenza del processo.

La scelta del legislatore, di attribuire all'imputato un onere di informarsi sullo svolgimento del procedimento, appare equilibrata, anche grazie ai contrappesi (rimedi) creati dalla novella.

Tali contrappesi consistono nei meccanismi di recupero previsti soprattutto dagli artt. 420 bis comma 4, 604 comma 5 bis, e 625 ter c.p.p.; tanto che il diritto di difesa dell'imputato risulta adeguatamente garantito.

La prima di tali disposizioni prevede in particolare che l'ordinanza che dispone di procedere in assenza dell'imputato è revocata anche d'ufficio se, prima della decisione, l'imputato compare.

La revoca sarà possibile purché il giudice non abbia già dichiarato chiusa la discussione e si sia ritirato per deliberare (2) (art. 421, comma 4, c.p.p.).

Revocata l'ordinanza, il processo prosegue nelle forme ordinarie.

Se però l'imputato fornisce la prova che l'assenza è stata dovuta ad una incolpevole mancata conoscenza della celebrazione del processo, egli sarà liberato di ogni pregiudizio, salva la validità degli atti regolarmente compiuti in precedenza (3).

Questo meccanismo restitutorio mira evidentemente a rimediare agli effetti della decisione del giudice di procedere in assenza soprattutto quando tale decisione risulti fondata non sui fatti tipici indicati dallo stesso legislatore nello stesso comma 2 dell'art. 420 bis c.p.p. (con i quali la mancata conoscenza, quantomeno del procedimento, è incompatibile in via di fatto), ma sulle presunzioni affidate alla valutazione del giudice.

Inoltre in questo caso il legislatore, diversamente dal comma secondo dello stesso art. 420 bis (dove usa i termini “conoscenza del procedimento”), utilizza la formula “mancata conoscenza della celebrazione del processo”; e con ciò sembra fare riferimento (secondo il linguaggio dei pratici: “celebrazione”) non semplicemente al procedimento, ma alla conoscenza dell’udienza, e cioè della sua data.

Occorre poi rilevare che la novella ha inserito il comma 5 bis nell’art. 604 c.p.p., e quindi, nei casi in cui si sia proceduto in primo grado in assenza dell’imputato, se vi è la prova che si sarebbe dovuto invece sospendere il processo, il giudice di appello dichiara la nullità della sentenza e dispone il rinvio degli atti al giudice di primo grado.

Inoltre, il giudice di appello annulla altresì la sentenza e dispone la restituzione degli atti al giudice di primo grado (con salvezza dei riti alternativi, ex art. 489, comma 2) qualora, ancora una volta, l’imputato provi che l’assenza è stata dovuta ad una incolpevole mancata conoscenza della celebrazione del processo di primo grado.

Un ulteriore meccanismo di recupero di cui si diceva è dato all’imputato dall’art. 625 ter c.p.p., secondo il quale, in particolare, il condannato (o il sottoposto a misura di sicurezza) con sentenza passata in giudicato, nei cui confronti si sia proceduto in assenza per tutta la durata del processo, può chiedere la rescissione del giudicato qualora ricorra lo stesso presupposto previsto dall’art. 420 bis cit., comma quarto, e cioè provi che l’assenza è stata dovuta ad una incolpevole mancata conoscenza della celebrazione del processo (4).

Il rimedio consente la regressione del processo al giudice di primo grado, con salvezza dei riti alternativi (v. comma 2).

Le modifiche apportate alla disciplina delle impugnazioni chiariscono definitivamente la scelta del legislatore.

Essa è stata quella di procedere (nella prima fase) in assenza dell’imputato in tutti quei casi in cui vi sia una prova certa dell’avvenuto contatto tra l’imputato e il procedimento penale (mera conoscenza dell’esistenza del procedimento), a prescindere dal conseguimento da parte dell’imputato della effettiva conoscenza del contenuto del processo (come tale successivo all’esercizio dell’azione penale) e della data dell’udienza.

Per contro si è lasciato al sistema delle impugnazioni (e prima ancora alla previsione del comma 4 dell’art. 420 bis, nel caso in cui l’imputato compaia nel corso del giudizio di primo grado), quindi ad una seconda successiva fase, la funzione di rimediare ai casi di mancata conoscenza (non più della sola esistenza del procedimento, ma) della celebrazione del processo (data dell’udienza).

In altre parole, dalla prima alla seconda fase si alza il livello delle garanzie: nella prima fase si assicura la generica conoscenza del procedimento; nella seconda fase si assicura la conoscenza della celebrazione del processo (data dell’udienza).

È evidente che, disponendo la regressione del processo al primo grado di giudizio, il legislatore ha inteso mettere in sicurezza il processo in assenza, ideando un meccanismo che,

nelle intenzioni, fosse idoneo a corrispondere complessivamente alle condizioni elaborate dalla Corte EDU per riconoscere la compatibilità del sistema con l’art. 6 CEDU.

Infatti, la Corte di Strasburgo non ha stabilito l’assoluta incompatibilità della procedura contumaciale con la Convenzione EDU (5).

La Corte ha piuttosto ravvisato la violazione del diritto di partecipazione ove non vengano rispettate due condizioni, evidentemente alternative fra loro.

La prima condizione consiste in uno stato soggettivo, che nella versione più rigorosa viene definito come effettiva conoscenza da parte dell’imputato della data del processo.

La L. n. 67 del 2014, come si è visto, in prima battuta non assicura questa condizione (quanto alla data dell’udienza), pur preoccupandosi che l’imputato abbia la conoscenza del procedimento (che è cosa diversa); ma se ne fa carico solo attraverso i meccanismi di recupero di cui sopra si è detto.

Inoltre, la seconda alternativa condizione dettata dalla Corte di Strasburgo per la celebrazione di processi in assenza dell’imputato consiste proprio nell’esistenza di strumenti che consentano all’imputato stesso, qualora venga condannato in absentia, di ottenere un riesame del merito delle accuse una volta che sia venuto a conoscenza della condanna (6).

Qui vengono in rilievo, quanto al diritto interno, proprio i meccanismi di recupero previsti soprattutto dagli artt. 420 bis comma 4, 604 comma 5 bis, e 625 ter c.p.p..

Andando oltre, il quarto periodo dell’art. 420 bis, comma 4, cit., riconosce all’imputato, ferma restando in ogni caso la validità degli atti regolarmente compiuti, il diritto di chiedere la rinnovazione delle prove già assunte.

Si pone la questione se, sulla base del dato letterale della disposizione, essa consenta anche all’imputato che compare all’udienza preliminare di chiedere la rinnovazione delle prove già assunte.

La formulazione (non felicissima) della norma contenuta in questo quarto periodo lascia spazio ad un’interpretazione contraria, nel senso che il diritto dell’imputato di chiedere la rinnovazione delle prove assunte sia riferito solo a quanto previsto nel periodo immediatamente precedente che, tuttavia, disciplina la comparizione nel corso del giudizio di primo grado, e non anche ai primi due periodi del comma, che disciplinano la comparizione nel corso dell’udienza preliminare.

Tuttavia, l’interpretazione favorevole a riconoscere la suddetta facoltà anche nell’udienza preliminare si fa preferire, sia perché la sua previsione letterale, inserita nel quarto comma in esame, non è stata munita di alcuna riserva rispetto ai periodi precedenti, sia perché non si vede giustificazione per una eventuale disparità di trattamento rispetto al dibattimento (e appare necessario adottare un’interpretazione costituzionalmente orientata sub art. 3 Cost.), dato che anche l’udienza preliminare ha assunto ormai la natura di “giudizio” (7), sia perché anche l’art. 422 c.p.p. (v. commi 1 e 2) usa il termine “prove”.

Il comma quinto dell'art. 420 bis c.p.p. prevede un dispositivo di chiusura.

In questo caso il giudice revoca altresì l'ordinanza con cui decise di procedere in assenza dell'imputato e procede invece a norma dell'art. 420 quater (per la sospensione del processo) se risulta che il procedimento, per l'assenza dell'imputato, doveva essere sospeso ai sensi delle disposizioni di tale articolo.

In pratica si tratta di un meccanismo che serve a rimediare all'erronea decisione di procedere in assenza; e il silenzio della norma non autorizza alcuna distinzione fra il caso dell'errore originario (che, cioè, era tale già sulla base degli atti del processo a disposizione del giudice nel momento della decisione suddetta), e la sopravvenienza di elementi pervenuti alla conoscenza del giudice solo successivamente rispetto alla decisione di procedere in assenza.

3. Gli oneri ulteriori dell'imputato.

Il più elevato livello delle garanzie (rispetto alla fase iniziale della decisione del giudice di procedere in assenza dell'imputato) assicurate dai suddetti meccanismi di recupero non è gratuito per l'imputato medesimo.

Infatti, gli ulteriori, più esigenti, strumenti di garanzia propri della seconda fase addossano all'imputato l'onere della prova (della incolpevole mancata conoscenza della celebrazione del processo), mentre in prima battuta l'art. 420 bis, comma secondo, impone quell'onere di accertamento al giudice precedente.

Rispetto al sistema precedente alla novella si è rilevato (8) che, mentre l'art. 175, comma 2, c.p.p., aveva introdotto nel sistema processuale una presunzione di non conoscenza che faceva gravare sul giudice l'onere di rintracciare negli atti la prova contraria (e la restituzione nei termini per proporre impugnazione, quindi, era sempre possibile salvo che non fosse positivamente provato che il condannato aveva avuto effettiva conoscenza del procedimento o del provvedimento), l'art. 420 bis, comma 4, c.p.p. (ma v. anche artt. 489 comma 2, 604 comma 5 bis, 625 ter c.p.p.) da un lato non si "accontenta" della conoscenza del procedimento o del provvedimento da parte dell'imputato (esigendo invece la conoscenza da parte sua della celebrazione del processo), e dall'altro richiede una mancata conoscenza incolpevole della celebrazione del processo.

Soprattutto, con il nuovo art. 420 bis, comma 4, cit. (nonché con gli artt. 489 comma 2, 604 comma 5 bis, 625 ter c.p.p.), cade la presunzione di non conoscenza: come si è detto, è l'imputato che ha l'onere di provare di non aver saputo della celebrazione del processo e che tale mancata conoscenza non è attribuibile a sua colpa.

Inoltre, l'onere di informarsi (che quindi caratterizza tutta la novella) secondo un criterio di normale diligenza, è inequivocabilmente confermato (anche per questi strumenti di recupero) dal fatto che il legislatore ha imposto che detta mancata conoscenza della celebrazione del processo deve essere "incolpevole".

Ma la mancata conoscenza della celebrazione del processo è incolpevole solo quando nessun addebito, neppure di mera negligenza, possa essere mosso all'imputato o al suo difensore (9).

Quindi, si deve trattare di mancata conoscenza dovuta al caso fortuito o alla forza maggiore, e non certo al fatto che l'imputato si sia sottratto al suo onere di tenersi informato sul corso del processo.

Sono quindi infondate alcune preoccupazioni della dottrina, secondo la quale la scelta legislativa non sarebbe immune da rilievi critici (10).

Si tratta di preoccupazioni che sussistono solo perché non si valorizza il dato per cui la mancata conoscenza deve essere incolpevole, nei sensi di cui sopra.

Si eccipisce, ad esempio, che in caso di nomina di un difensore di fiducia l'imputato può conoscere lo stato del procedimento tenendosi in contatto con il proprio legale e tuttavia questi potrebbe aver dismesso il mandato.

Ma è facile replicare che l'imputato diligente potrà seguire l'opera del suo difensore, anche perché, se rinunciante, egli dovrà avvisare subito il suo assistito, e la rinuncia non avrà effetto fino a che l'imputato non risulti assistito da un nuovo difensore, e non sia decorso il termine a difesa (art. 107, commi 1 e 3, c.p.p.).

Si eccipisce ancora che l'esecuzione di un arresto, di un fermo o di una misura cautelare non garantiscono affatto la possibilità di conoscere l'evoluzione del procedimento, perché tra l'arresto, il fermo e il giudizio potrebbe passare molto tempo; l'arresto e il fermo potrebbero non essere stati convalidati; la misura cautelare potrebbe avere avuto breve durata e non aver comportato la nomina di un difensore di fiducia; il procedimento potrebbe essere stato trasmesso per competenza ad altro ufficio.

Ma è evidente che in tutti questi casi (che peraltro riguardano a monte la stessa decisione di procedere in assenza) la mancata conoscenza da parte dell'imputato sarebbe colpevole (rimproverabile), perché egli avrebbe potuto seguire il corso del processo e assumere le conoscenze necessarie per parteciparvi.

Per l'imputato diligente (e interessato a seguire la sua vicenda penale) non è di ostacolo il fatto che la dismissione del mandato da parte del difensore di fiducia sia intervenuta prima del rinvio a giudizio, che l'arresto non sia stato convalidato, o che il processo sia transitato presso un'autorità giudiziaria diversa da quella del luogo in cui l'arresto o il fermo siano stati eseguiti, o che il processo si sia svolto per un reato diverso da quello in relazione al quale l'imputato era stato sottoposto a misura cautelare.

Ciò che conta (e che è di ostacolo ai suddetti meccanismi di garanzia e di recupero) è che l'imputato, a prescindere da tali eventi accidentali, avrebbe potuto conoscere le tappe del suo processo, se si fosse informato con la diligenza richiesta dall'importanza del processo stesso.

Quindi, ad esempio, l'imputato che nel corso delle indagini abbia eletto domicilio presso un difensore di fiducia il quale

in seguito abbia rinunciato al mandato potrebbe godere dei meccanismi restitutori solo provando che, per fatto non imputabile a sua colpa, non ha potuto mantenere contatti con il domiciliatario.

A conclusioni analoghe si potrebbe giungere per chi, dopo aver eletto domicilio presso il difensore d'ufficio, non si sia mai messo in contatto con lui; oppure per chi, dopo aver dichiarato un domicilio, abbia omesso di comunicare all'autorità procedente di essersi trasferito.

Ancora a proposito di critiche, questa volta riferite all'onere della prova (di cui sopra), si è ritenuto che (11) la scelta di consentire all'imputato inconsapevole o impedito l'esercizio differito del diritto alla prova solo a condizione che egli dimostri l'assenza di colpa nella mancata conoscenza della celebrazione del processo o nella tardiva deduzione dell'impedimento, rischia di suscitare i medesimi dubbi sulla compatibilità della norma con l'art. 6 CEDU che hanno riguardato in passato la previgente disciplina della restituzione nei termini, la quale prevedeva analoga clausola, poi espunta all'atto della già menzionata riformulazione dell'art. 175 c.p.p. nel 2005.

L'aver gravato lo stesso imputato dell'onere della prova suscita perplessità sulla capacità della disposizione in esame di resistere in futuro al vaglio dei giudici di Strasburgo.

A salvare la novella dalla loro scure basterà il fatto che l'onere della prova a carico dell'imputato compare solo nella seconda fase (quelli dei meccanismi di recupero), ma non nella prima (quella della decisione di procedere in assenza dell'imputato, ex art. 420 bis, comma 2, c.p.p.)?

Inoltre, si è eccepito che quella configurata dall'art. 420 bis, comma 4, costituisce sostanzialmente un'ipotesi speciale di restituzione nel termine, il che rende evidente l'asimmetria che si viene a creare tra la disposizione citata e il nuovo testo del citato art. 175 c.p.p. e, dunque, il pericolo che il comma 4 cit. non possa essere giudicato in linea con il principio di ragionevolezza.

È pur vero, infatti, che la riforma ha eliminato la possibilità per l'imputato di essere restituito nel termine per impugnare la sentenza contumaciale; tuttavia essa ha ribadito il testo novellato nel 2005 del comma 2 dell'art. 175 cit. nella parte relativa alla restituzione nel termine per l'opposizione al decreto penale, la quale non contiene, invece, alcun riferimento alla scusabilità del difetto di conoscenza del provvedimento (né, va aggiunto, all'onere della prova in capo all'imputato).

Venendo ad una ulteriore questione, potrà porsi il problema del se la incolpevole mancata conoscenza della celebrazione del processo possa essere costituita dalla colpevole condotta del difensore di fiducia.

A tale proposito, la Corte di Cassazione ha in passato affermato, con riferimento alla disciplina della restituzione del termine, che il mancato o inesatto adempimento da parte del difensore di fiducia dell'incarico di partecipare al processo e di proporre impugnazione, a qualsiasi causa ascrivibile, non era idoneo a realizzare l'ipotesi di caso fortuito o forza maggiore che legittimavano la restituzione in termini, né, in caso di sen-

tenza contumaciale, quella dell'assenza di colpa dell'imputato nel non avere avuto effettiva conoscenza del provvedimento ai fini della tempestiva impugnazione, poiché grava sull'imputato l'onere di scegliere un difensore professionalmente valido e di vigilare sull'esatta osservanza dell'incarico conferito (12).

Si tratta di un indirizzo al quale si contrappone altro orientamento che ha ritenuto illegittimo il rigetto della richiesta di restituzione in termini per la presentazione dei motivi di appello ex art. 175 c.p.p., quando l'omesso adempimento dell'incarico di proporre impugnazione da parte del difensore di fiducia, non attivatosi contrariamente alle aspettative dell'imputato, sia stato determinato da una situazione di imprevedibile ignoranza della legge processuale penale, tale da configurare un'ipotesi di caso fortuito o forza maggiore (13).

NOTE

(1) SILVESTRI, *Relazione del Massimario, Le nuove disposizioni in tema di processo "in assenza" dell'imputato*, p. 48.

(2) BRICCHETTI – PISTORELLI, *Ipotesi tipizzate per la celebrazione del rito*, in *Guida dir.*, 2014, n. 21, p. 96.

(3) Infatti il giudice dovrà rinviare l'udienza preliminare e l'imputato potrà chiedere l'acquisizione di atti e documenti ai sensi dell'art. 421, comma 3, c.p.p.. Nel corso del giudizio di primo grado, l'imputato sarà automaticamente rimesso in termini per formulare la richiesta di prove ai sensi dell'art. 493 c.p.p.. Inoltre, ferma restando in ogni caso la validità degli atti regolarmente compiuti in precedenza, l'imputato potrà altresì chiedere la rinnovazione di prove già assunte (e non sembra che il giudice possa sindacare l'utilità di tale rinnovazione). Nel giudizio l'imputato potrà chiedere il rito abbreviato o il patteggiamento (art. 489, comma 2, c.p.p.).

(4) La formulazione dell'art. 625 ter c.p.p. non è felice. Il comma 2 prevede che la richiesta è presentata (a pena di inammissibilità, personalmente dall'interessato o da un difensore munito di procura speciale autenticata nelle forme dell'art. 583, comma 3, c.p.p.), entro trenta giorni "dal momento dell'avvenuta conoscenza del procedimento". Orbene, se si vuole tenere ferma l'interpretazione garantista per cui i meccanismi recuperatori in esame operano anche nei casi in cui l'imputato, pur avendo conoscenza dell'esistenza del procedimento, riesca a provare l'incolpevole mancata conoscenza della data dell'udienza, occorre ritenere che il termine per la suddetta richiesta decorre dal momento della conoscenza del processo (data dell'udienza, appunto), e non della mera esistenza del procedimento.

(5) V. Corte EDU, Colozza contro Italia, 12 febbraio 1985, in *Giust. pen.*, 1985, I, c. 114.

(6) Si veda, ex multis, Corte EDU, Einhorn contro Francia, 16 ottobre 2001.

(7) In tal senso v. C. cost., 22 luglio 2003, n. 269, in *Giur. cost.*, 2003, p. 4; C. cost., 12 luglio 2002, n. 335, in *Cassazione Penale*, 2003, p. 3357; C. cost., 6 luglio 2001, n. 224, *ivi*, 2001, p. 3304.

(8) VIGNALE, *Domicilio dichiarato o eletto e processo in absentia*, su *Questione Giustizia*, in www.magistraturademocratica.it, p. 6.

(9) SILVESTRI, *Relazione del Massimario*, cit., p. 51, ritiene che la colpa imputabile della mancata conoscenza del processo potrà consistere in qualsiasi trascuratezza o negligenza desumibile dagli atti che possa aver favorito la mancata conoscenza.

(10) VIGNALE, *Domicilio dichiarato o eletto e processo in absentia*, cit., p. 3 - 4.

(11) BRICCHETTI – PISTORELLI, *Ipotesi tipizzate per la celebrazione del rito*, cit., p. 96.

(12) In tal senso, tra le altre, v. sez. III, 5 giugno 2013, n. 39437, in *C.E.D. Cass.*, n. 257221; sez. IV, 9 maggio 2013, n. 31408, *ivi*, n. 255952; sez. IV, 14 marzo 2012, n. 20665, *ivi*, n. 254072; sez. II, 30 marzo 2007, n. 12922, *ivi*, n. 236389; sez. VI, 30 marzo 2006, n. 18992, *ivi*, n. 234690; nello stesso senso anche Sez. un., 11 aprile 2006, n. 14991, *ivi*, n. 233419.

(13) Sez. II, 14 luglio 2011, n. 31680, in *C.E.D. Cass.*, n. 250747; sez. VI, 26 giugno 2009, n. 35149, *ivi*, n. 244871.