

ANTICIPAZIONI

FILIPPO RAFFAELE DINACCI

Le prospettive di riforma delle notifiche all'imputato e processo *in absentia*: inconsapevolezze legislative*

I propositi di riforma sulle notifiche all'imputato svelano inadeguatezze normative che impattano direttamente sulla effettiva tutela del diritto di difesa. In particolare, onerare quest'ultima di compiti tipici dell'autorità statale determina cortocircuiti operativi i quali costituiscono la risultante della "sfida" lanciata ai moniti della Corte costituzionale e della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.

Prospects of reform on the notifications to the accused person and the trial in absentia: legislative unawareness

The objectives of the reform on the notifications to the accused person reveal legislative inadequacies which directly affect the effective protection of the right of defense. In particular, assigning to the defense tasks that belong to the public authority lead to operational short-circuits that represent the outcome of the "challenge" thrown down against the warnings coming from the Constitutional Court and the European Court on Human Rights.

SOMMARIO: 1. Premesse di sistema. - 2. Il dovere di garantire all'imputato un'effettiva conoscenza del processo. - 3. Le presunzioni valutative e le precisazioni giurisprudenziali. - 4. Le prospettive del progetto di riforma. - 5. Verso una disciplina di sfida ai pronunciati costituzionali e alle indicazioni europee. - 6. Conclusioni: il necessario recupero ideologico dell'inviolabilità del diritto di difesa.

1. *Premesse di sistema.* Con il d.d.l. C 2435¹ si introduce una «delega al governo per la modifica del codice di procedura penale» con la quale si veicolano prospettive riformistiche che si fondano sul dichiarato intento di semplificare le procedure e «rendere il processo penale più veloce ed efficiente, assicurando l'efficacia della risposta giudiziaria nel rispetto delle garanzie difensive»². Il richiamo a forme di efficientismo processuale non può che essere condiviso purché sia chiaro che tale caratteristica, direttamente connessa al comando precettivo³ della "ragionevole durata del processo", ha una funzione "servente"⁴ rispetto a quei diritti che, a tutela della difesa, limitano le forme di

*Il presente contributo è destinato alla pubblicazione nel volume dal titolo "La procedura penale criminale. Quali riforme". Atti del convegno organizzato dall'Università degli Studi di Roma Tor Vergata - 22 e 23 ottobre 2020 - a cura di MAFFEO.

¹ Approvato dal Consiglio dei Ministri nella seduta del 13 febbraio 2020.

² Così Relazione illustrativa del 14 febbraio 2020 allegata al testo del d.d.l. C 2435, approvato dal Consiglio dei Ministri il 13 febbraio 2020.

³ Sulla natura precettiva del comando costituzionale si rimanda a CELOTTO, *La Costituzione: carta dei valori o norma precettiva?*, in *Processo penale e Costituzione*, a cura di Dinacci, Milano, 2010, 1.

⁴ La natura servente della ragionevole durata del processo esclude che la stessa possa costituire un limite ai principi esplicativi del "giusto processo". Il rilievo trova un primo fondamento nella stessa formulazione dell'art. 111, co. 2, Cost., laddove, dopo aver enunciato il principio del "contraddittorio delle parti in condizioni di parità" quale regola indefettibile di ogni processo, stabilisce che «la legge ne assi-

potere⁵.

Tuttavia un tale pregevole obiettivo di riforma si sarebbe dovuto perseguire attraverso una visione organica fondata sulla consapevolezza delle inadeguatezze che ha manifestato, sul piano operativo, il codice di rito nei primi trenta anni della sua vigenza. Occorre, viceversa, prendere atto che l'origine riformistica è diversa ed è finalisticamente orientata a trovare il modo di inserire nel sistema, senza crisi di rigetto, la riforma della prescrizione. Emerge quindi come le spinte ideologiche verso un efficientamento del sistema sembrino attingere la loro filosofia di fondo in logiche dirette a garantire il diritto subiettivo di punire. Così però il processo e le sue regole perdono la dimensione di garanzia di un corretto accertamento; rilievo questo che risulta evidente laddove si consideri come le norme processuali costituiscano quell'apparato di organizzazione che, conferendo un ordine al procedere, delineano un quadro

cura la ragionevole durata». Le comuni regole grammaticali impongono di prendere atto che la locuzione «ne assicura» è riferita tanto al processo quanto alla garanzia del contraddittorio tra le parti. Pertanto, il «significato fatto proprio dalle parole» esclude che il principio in questione sia talmente sganciato dal piano soggettivo da far ritenere che l'interesse tutelato sia solo quello della buona amministrazione della giustizia e, ancor meno, consente di elevarlo a perimetro della «potenziale espansività delle garanzie previste» dalle regole del giusto processo.

Né sul punto varrebbe obiettare che il principio della «ragionevole durata» costituirebbe una garanzia oggettiva in quanto la norma risulta carente di una specifica riferibilità all'imputato quale destinatario della tutela. Basti considerare che la stessa tecnica normativa è stata utilizzata nell'art. 13, comma 5, Cost., laddove prescrive che «la legge stabilisce i termini massimi della carcerazione preventiva». E, non a caso, con riferimento al limite massimo di custodia cautelare mai si è parlato di «garanzia oggettiva».

Del resto, anche sotto il profilo sistematico, deve rilevarsi come la pretesa «natura oggettiva» della speditezza processuale risulti incompatibile con la previsione di cui all'art. 111, co. 3, Cost. laddove si afferma che l'imputato ha diritto a disporre «del tempo e delle altre condizioni necessarie per preparare la sua difesa». Si è, cioè, al cospetto di un riconoscimento costituzionale della sovraordinazione del diritto di difesa su quello relativo alla «ragionevole durata del processo». Qui il profilo cronologico cede il passo all'esigenza di un'effettività della difesa che per essere tale necessita di un tempo anch'esso ragionevole. Ogni diversa opinione ribalterebbe la linea di indirizzo dei valori costituzionali relativi al processo penale che concepisce le norme come garanzia della persona sottoposta all'azione punitiva dello Stato. In questa direzione v. AMODIO, *Ragionevole durata del processo, abuse of process e nuove esigenze di tutela dell'imputato*, in *Dir. pen. e proc.*, 2003, 797; volendo, sia consentito il rinvio a DINACCI, *Un passo avanti in tema di ragionevole durata del processo*, in *Giur. cost.*, 2005, 2170.

⁵ Come esattamente rilevato, potere e limite costituiscono un'endiadi solo per la povertà del nostro linguaggio (così NOBILI, *Divieti probatori e sanzioni*, in *Giust. pen.*, 1991, III, c. 642). L'osservazione si collega alla consapevolezza che nell'art. 2 Cost. è consacrata una fondamentale impostazione personalistica che funzionalizza lo Stato stesso alla massima tutela dei singoli in ogni settore in cui si svolgono le loro personalità e che, quindi, impone una concezione della norma in genere, e in particolare di quella che opera nel settore processual-penalistico, quale regola e limite al potere. Il rilievo altro non è che la naturale conseguenza dell'assunta consapevolezza che il processo penale genera un imminente conflitto tra individuo ed autorità. Sul tema con particolare riferimento al specifico settore della limitazione della libertà personale Cfr., AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967, 304.

di disciplina che non ha una funzione meramente burocratica ma, anzi, è espressione di valori. E sono proprio questi a presidiare quelle norme le quali, secondo la previsione astratta del legislatore, sono preposte a garantire maggiormente un giudizio di verosimiglianza.

In quest'ottica di consapevolezza ordinamentale risulta quanto mai importante non creare commistioni di funzioni e di ruoli tra i diversi soggetti processuali. Se così fosse, il sistema andrebbe in cortocircuito, genererebbe incompatibilità strutturali con l'effetto di un'implosione del medesimo, conducente ad un risultato esattamente opposto a quello che si intende garantire con opzioni efficientistiche. E ciò accade quando l'efficientismo lo si costruisce come un qualcosa di contrapposto alla garanzia, laddove viceversa una corretta visione costituzionale impone di porlo a servizio della realizzazione di un giusto processo.

Tale dimensione risulta ricavabile da una percezione chiara ed obiettiva delle linee di sistema da cui scaturisce il correlativo obbligo di un'armonizzazione con i principi convenzionali e, prima ancora, costituzionali.

I rilievi formulati non sembra siano entrati nella coscienza del legislatore delegante con riferimento alla riforma delle notifiche all'imputato; settore nel quale, di contro, si accentua, ancora una volta, l'atavica e non più attuale contrapposizione tra efficienza e garanzia; realtà, questa, che va messa in ordine, da un lato perché, come già detto, si tratta di valori complementari e non contrapposti alla realizzazione del giusto processo, e dall'altro in quanto il perseguimento di logiche efficientistiche a discapito delle garanzie non solo non è ideologicamente e costituzionalmente accettabile ma pone a rischio lo stesso risultato processuale.

La conclusione assume rilievo particolare proprio con riferimento al tema delle notificazioni dell'imputato, attratto a pieno titolo nei "terreni" del giusto processo di cui all'art. 6 della Convenzione EDU⁶. Non pare infatti controversibile che il diritto dell'imputato di poter decidere in modo consapevole e volontario in ordine alla sua scelta di partecipare o meno al processo apra la via ad ipotesi di revisione processuale⁷, oltre che allo specifico rimedio ripristina-

⁶ Sin dal 1985 la Corte EDU ha avuto modo di affermare, con riferimento alle notifiche all'imputato, che la mera conoscenza legale confligge con i principi del giusto processo delineato nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo. V. Corte EDU, 12 febbraio 1985, Colozza c. Italia.

⁷ Come noto la Corte costituzionale con sentenza n. 113 del 2011 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 630 c.p.p. nella parte in cui non prevede un diverso caso di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna al fine di conseguire la riapertura del processo quando ciò sia necessario ai sensi dell'art. 46 par. 1 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo.

torio contemplato dall'art. 629 *bis* c.p.p.⁸. Ne deriva che l'estremizzazione di spinte efficientistiche si candida a porre nel nulla il risultato processuale raggiungendosi un obiettivo opposto rispetto a quello che si intendeva perseguire. Da tale conclusione se ne ricava l'inattualità di perduranti contrapposizioni ideologiche tra efficienza e garanzie non comprendendosi che tali sostantivi risultano, per volere costituzionale e convenzionale, complementari alla realizzazione di un giusto processo.

2. *Il dovere di garantire all'imputato un'effettiva conoscenza del processo.* Venendo più concretamente al tema delle notificazioni all'imputato, esso si manifesta in tutta la sua nevralgicità posto che la "notificazione" concretizza il diritto a partecipare al processo e la stessa possibilità di un'effettiva difesa. Non occorre dimenticare che il processo è un insieme di relazioni intersoggettive in cui non sono ammessi atteggiamenti solipsistici. I pensieri e le volizioni valgono in quanto espressi e comunicati; ed a tal fine le notificazioni sono costruite come atti a forma vincolata. Il fatto che la notificazione solitamente pone a conoscenza qualcuno di un fatto ha suscitato equivoci in ordine al rapporto tra funzione pratica e forma. Da un lato, infatti, si evidenziava come la trasgressione delle forme stabilite per le notificazioni o addirittura l'omissione delle medesime risultasse irrilevante se il destinatario avesse avuto conoscenza dell'atto che si sarebbe dovuto notificare; dall'altro lato si obiettava che anche la perfetta osservanza delle forme non dirimesse il rischio che il destinatario non avesse conoscenza effettiva dell'atto notificato. Il tema veniva superato con la considerazione che le notificazioni «sono atti formalmente

⁸ Non sembra controvertibile che l'art. 629-*bis* c.p.p. e la c.d. revisione processuale derivante dalla violazione del diritto dell'imputato di potere scegliere liberamente se partecipare o meno all'udienza, costituiscano fattispecie sovrapponibili nel senso che si trovano a disciplinare la stessa materia. Ciò nonostante, è da ritenere che i due rimedi siano esperibili cumulativamente. La conclusione deriva dal diverso campo di azione cronologico. Infatti, il rimedio della rescissione del giudicato è di natura interna e si pone in un momento antecedente rispetto a quel dovere di conformarsi ad una eventuale sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo. In sostanza il presupposto operativo della revisione europea è collocato in un momento successivo all'eventuale rigetto della richiesta di rescissione del giudicato. Ed anzi, anche a prescindere dall'inquadramento dell'istituto di cui all'art. 629 *bis* c.p.p. tra rimedi interni necessariamente esperibili per un accesso alla giurisdizione europea, la funzione di garanzia dei diritti assegnata alla Corte europea non potrebbe essere inibita dalla scelta operata nel Paese interno. Se così fosse si sottrarrebbe al controllo europeo l'eventuale violazione di diritti fondamentali realizzata nel Paese aderente. In altre parole, si svuoterebbe la funzione di garanzia assegnata al giudice europeo. Questo, infatti, nel settore specifico assume il ruolo di controllore; ruolo che non può essere limitato dall'attività di chi è sottoposto a controllo.

Ed è proprio la consapevolezza della funzione esercitata dalla Corte europea sulle eventuali violazioni di diritti fondamentali e/o del giusto processo che non consente ipotesi interpretative dirette a limitare l'ammissibilità di revisioni processuali quando già sia stato esperito il rimedio di cui all'art. 629-*bis* c.p.p.

regolati la cui perfezione ed efficacia postulano né più né meno che un esatto adempimento delle prescrizioni legali»⁹. L'argomento però è stato oggetto di evoluzioni interne le quali, sulla scorta di spinte europee¹⁰, si sono fatte carico di limitare l'operatività di prodotti normativi che, con riferimento alle notificazioni all'imputato, risultassero forieri di una divaricazione tra conoscenza reale e conoscenza legale del procedimento.

Come noto il presidio di tutela fu dapprima affidato ai rimedi restitutori disciplinati dall'art. 175, co. 2, c.p.p. il quale, nei casi di sentenza contumaciale o decreto penale di condanna, prevedeva che l'imputato fosse a sua richiesta restituito nel termine per proporre impugnazione od opposizione senza dover fornire la prova dell'incolpevole non conoscenza che invece era richiesta nella disciplina originaria¹¹. L'opzione normativa, tuttavia, evidenziava contrasti con le fonti costituzionali e con quelle convenzionali¹², da cui era ricavabile che solo la consapevole e volontaria scelta dell'imputato di non partecipare al processo avrebbe potuto consentire la dichiarazione di contumacia. Ed in questa prospettiva era agevole rilevare come anche la mutata disciplina dell'art. 175, co. 2, c.p.p. non soccorresse allo scopo perché, tutelando l'esplicazione di un diritto ad un rimedio giuridico avverso una decisione, di fatto consentiva comunque la celebrazione di un giudizio *in absentia*. In particolare la Corte EDU precisava come il rimedio restitutorio approntato dalla modifica dell'art. 175 c.p.p. non bastasse per giustificare l'irrevocabilità della decisione atteso che, comunque, «vi è un diniego di giustizia quando un individuo condannato *in absentia* non può ottenere successivamente che una giurisdizione statuisca di nuovo [...] sul merito dell'accusa, in fatto e in diritto, ove non sia stabilito in maniera non equivoca che egli ha rinunciato al suo diritto di comparire e difendersi»¹³. In quella sede si è inoltre evidenziata «l'assenza di un meccanismo effettivo volto a mettere in opera il diritto delle persone condannate in contumacia - che non siano informate in maniera effettiva delle pendenze a loro carico e che non abbiano rinunciato in maniera non equivoca al loro diritto di comparire - ad ottenere ulteriormente che una

⁹ Per tali considerazioni, nella vigenza del codice di rito del 1930, Cfr. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 1985, 592.

¹⁰ Cfr. Corte EDU, 12 febbraio 1985, Colozza c. Italia, cit.; Id., 18 maggio 2004, Somogy c. Italia; Id., 10 novembre 2004, Sejdovic c. Italia.

¹¹ In quella versione dell'art. 175 c.p.p. era escluso che la presunzione legale di conoscenza avesse sempre valore assoluto a discapito della conoscenza effettiva e comunque la prova della non conoscenza era sempre posta a carico dell'imputato. Inoltre, si contemplava una sostanziale equiparazione tra l'ignoranza del processo per colpa e la sottrazione volontaria alla conoscenza degli atti del processo.

¹² Agli artt. 24 e 111 Cost; art. 6 commi 2 e 3 lett. c), d) ed e) CEDU.

¹³ Così Corte EDU, 10 novembre 2004, Sejdovic c. Italia, cit.

giurisdizione statutaria di nuovo»¹⁴.

L'adeguamento normativo non si fece attendere¹⁵ modificandosi, come già anticipato, l'art. 175 c.p.p. nel senso che «se è stata pronunciata sentenza contumaciale o decreto 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 tale fine l'Autorità Giudiziaria compie ogni necessaria verifica»; in ogni caso, al contumace si garantiva in modo del tutto incondizionato il nuovo grado di giudizio salva la prova, a carico dell'accusa, della sua conoscenza effettiva del processo.

Tuttavia, tale avvicinamento alla regola della necessaria dimostrazione della conoscenza del processo manifestava limiti nella misura in cui non consentiva forme ripristinatorie delle condizioni iniziali. Infatti al contumace, per il quale le notifiche erano risultate regolari, si consentiva la proposizione dell'appello e non la nuova celebrazione del giudizio di primo grado¹⁶. Di qui la riforma della contumacia del 2014¹⁷, diretta ad estirpare la possibilità che il processo si svolgesse in assenza anche quando l'imputato avrebbe potuto non esserne a conoscenza. L'obiettivo declamato era individuato nell'esigenza di allinearsi ai comandi europei e costituzionali che non consentono la celebrazione del processo in ipotesi di mancata conoscenza effettiva dello stesso. Non a caso al valore tutelato viene assegnato un significato fondante al punto di introdurre a sua tutela lo specifico rimedio ripristinatorio della rescissione del giudicato. Inoltre, in linea con una tale scelta di campo, l'art. 420-*bis*, co. 1, c.p.p. collega l'assenza dell'imputato alla circostanza che il medesimo «anche se impedito, ha espressamente rinunciato ad assistere» all'udienza. Coerentemente, l'art. 420-*quater*, co. 2, c.p.p. prevede che il giudice sospenda il processo quando l'assenza dell'imputato non è riconducibile all'ipotesi di cui all'art. 420-*bis* c.p.p. né alla evenienza di un legittimo impedimento. Emerge come, sul punto, il legislatore incorra in imprecisioni linguistiche posto che definisce «assente» tanto l'imputato nei confronti del quale il processo può proseguire

¹⁴ Così ancora Corte EDU, 10 novembre 2004, Sejdovic c. Italia, cit.

¹⁵ V. D.L. n. 117 del 21 febbraio 2005, conv. con L. n. 60 del 22 aprile 2005.

¹⁶ Peraltro la proposizione dell'appello risultava preclusa laddove il relativo diritto fosse stato espletato dal difensore di ufficio con tutti i limiti di una diversa visione nella linea difensiva. Tale situazione critica fu risolta dalla Corte costituzionale che dichiarò la parziale illegittimità dell'art. 175, comma 2, c.p.p. riconoscendo in favore del contumace inconsapevole il diritto ad una nuova impugnazione anche se già proposta dal difensore. Cfr. Corte cost., n. 317 del 2009.

¹⁷ Introdotta con Legge n. 67 del 28 aprile 2014.

quanto invece quello che ha diritto alla sospensione del medesimo. Ma, a prescindere dal segnalato incidente di percorso lessicale, quel che emerge dalle differenti discipline è un comune denominatore costituito dalla previsione secondo cui non può celebrarsi l'udienza nel processo a carico di chi non abbia effettiva conoscenza della medesima.

3. *Le presunzioni valutative e le precisazioni giurisprudenziali.* In tale delineato quadro normativo, diretto a tutelare e privilegiare non la formale ma l'effettiva conoscenza del processo, stonano le presunzioni normative di cui all'art. 420-*bis*, co. 2, c.p.p. Tralasciando per un momento i casi che possono condurre ad un sapere presuntivo, sul piano del metodo deve rilevarsi come la presunzione costituisca una scorciatoia probatoria in forza della quale si dà per dimostrato ciò che non lo è e che potrebbe non esserlo. Si genera così una fattispecie conoscitiva semplificata, circostanza di non poco rilievo ove si consideri che il *thema probandum* è costituito da quei requisiti che incardinano il diritto dell'imputato a scegliere consapevolmente se partecipare o meno al processo. E il fatto che la possibilità di una tale opzione sia affidata ad un'inferenza logica che non si fonda su leggi scientifiche bensì su ipotesi puramente probabilistiche accentua il disvalore di una disciplina che assegna l'operatività di un diritto fondamentale dell'imputato ad archetipi probatori idonei solo a consumare un'ipotesi di equiprobabilità della conoscenza o della non conoscenza da parte dell'imputato del processo o dell'udienza.

Né sul punto varrebbe obiettare che si è in presenza di una presunzione *iuris tantum* e quindi con possibilità di prova contraria. L'obiezione non tranquillizza; basti considerare che le segnalate presunzioni di conoscenza del procedimento a fronte di una notifica regolare non risultano assistite nemmeno dalla possibilità che il giudice disponga la rinnovazione della citazione a giudizio anche quando appare solo «probabile che l'imputato non ne abbia avuto effettiva conoscenza» come contemplato dall'ormai abrogato art. 486 c.p.p.¹⁸. Significativa, in tale direzione, è la circostanza che l'art. 420-*ter*, co. 2, c.p.p. riserva il giudizio sulla probabilità, sia pure «liberamente valutata», solo all'evenienza in cui l'assenza dell'imputato sia dovuta «ad assoluta impossibilità a comparire per caso fortuito o forza maggiore»¹⁹. E sul punto sembra utile

¹⁸ La disposizione è stata abrogata dall'art. 39, co. 2, L. n. 479 del 16 dicembre 1999.

¹⁹ Occorre segnalare come, sia pur a fronte di distinte regole normative, la giurisprudenza abbia esteso il giudizio di "libera valutazione" anche all'ipotesi di legittimo impedimento non dovuto a caso fortuito o forza maggiore. Si è infatti affermato che «l'art. 420-*ter* c.p.p. disciplina le ipotesi di mancata comparizione dell'imputato all'udienza stabilendo che, ove risulti che essa sia dovuta a caso fortuito, forza maggiore o altro impedimento, il giudice deve disporre il rinvio a nuova udienza del processo. Analogamente

segnalare come gli artt. 420-*bis*, co. 4, e 629 *bis* c.p.p. non ipotizzino un errore nella dichiarazione di assenza²⁰. Si è al cospetto di espressioni normative che denotano la volontà di attribuire un forte peso probatorio agli indici presuntivi elencati nell'art. 420-*bis*, co. 2, c.p.p.. E tale è del resto l'intento che traspare non solo dall'elenco di situazioni rilevanti ai fini di una dichiarazione di assenza ma anche dalla esplicita regola normativa secondo cui il giudice, in presenza di quelle situazioni, «procede [...] in assenza dell'imputato». Messaggio normativo, questo, reso ancora più esplicito dall'art. 420-*quater* c.p.p. laddove, nel disciplinare la «sospensione del processo per assenza dell'imputato», prevede che se non ricorrono le condizioni dell'art. 420 *bis* c.p.p. il giudice «rinvia l'udienza e dispone che l'avviso sia notificato all'imputato personalmente»; quindi, per espressa volontà legislativa, l'assenza delle condizioni individuate nell'art. 420-*bis* c.p.p. impone il rinvio dell'udienza; il che sta a significare che normativamente quei presupposti denotano, sul piano probatorio, una conoscenza personale del giorno, luogo ed ora della celebrazione dell'udienza. Può non piacere ma si è in presenza di uno specifico indice di valutazione che dà per dimostrato ciò che viceversa costituisce il *quod demonstrandum*. In ogni caso quel che preme evidenziare è che il ricorso a soglie probatorie presuntive si scontra con quel dovere di controllo a che l'imputato assente abbia espressamente rinunciato ad assistere al processo. Non a caso le Sezioni Unite sono state costrette a prendere posizione; in quella sede si è contestata l'esistenza di indici presuntivi evidenziando che se le ipotesi delineate dall'art. 420 *bis*, comma 2, c.p.p. fossero tali dovrebbero annoverarsi tra le presunzioni assolute²¹; ed una tale evenienza comporterebbe una regressione delle garanzie «addirittura oltre la riforma del 2005, in quanto l'attuale sistema, letto nei termini di (re)introdurre presunzioni di conoscenza del procedimento a fronte di notifiche regolari, non prevede neanche la possibilità che il giudice valuti "probabile che l'imputato non ne abbia avuto effettiva conoscenza" come prevedeva il codice del 1989 per correggere il sistema a fronte delle carenze rilevate dalla sentenza della Corte EDU Colozza»²². Ma, si è correttamente rilevato, la conclusione risulterebbe

provvedimento, a norma dell'art. 420-*ter* c.p.p., co- 2, deve essere adottato non solo quando la circostanza dell'assoluto impedimento a comparire risulti in modo certo ma anche quando sussista solo la probabilità, la cui valutazione è rimessa all'apprezzamento discrezionale del giudice, dell'impedimento per le suindicate ragioni» (così, Cass., Sez. III, 26 giugno 2012, Liccardo, in *D&G*, 2012; in termini analoghi, v. Cass., Sez. III, 17 dicembre 2001, Martinelli, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2002, 315).

²⁰ In tal senso Cass., Sez. un., 28 novembre 2019, Pg C/ Ismail Darwish Mhame, in *D&G*, 2020.

²¹ Così ancora Cass., Sez. un., 28 novembre 2019, Pg C/ Ismail Darwish Mhame, cit.

²² In tal senso sempre Cass. Sez. un., 28 novembre 2019, Pg C/ Ismail Darwish Mhame, cit.

in contrasto con i postulati europei e reintrodurrebbe la valorizzazione del sistema legale delle notifiche che, a ben vedere, altro non è che una presunzione di conoscenza. Ed allora l'*impasse* viene superata attraverso un richiamo a valutare la regolarità della notifica non solo attraverso i modi con cui la stessa è stata effettuata dovendosi avere riguardo al «risultato sostanziale»²³ che tranquillizzi sulla conoscenza effettiva da parte dell'imputato dell'udienza.

Si è indiscutibilmente al cospetto di un pregevole intervento di adeguamento interpretativo diretto a prevenire momenti applicativi in contrasto con i principi europei e costituzionali; tuttavia non può non rilevarsi che il richiamo al «risultato sostanziale» se da un lato garantisce il controllo sulla conoscenza effettiva da parte dell'imputato del processo o dell'udienza, dall'altro lato rafforza elementi di valutazione libera che, in un settore così nevralgico, sarebbe bene fossero limitati. La distonia trova origine nella inadeguatezza del tessuto normativo, incapace ad allinearsi agli obblighi derivanti dalle fonti sovraordinate; situazione questa che obbliga l'interprete a dare fondo alle risorse esegetiche in attesa di una diortosi legislativa.

Le perplessità manifestate sono destinate ad incrementarsi se solo si pone mente ai «casi normativi» che consentono di presumere la decisione dell'imputato di rinunciare ad assistere all'udienza.

L'aver effettuato una dichiarazione di elezione di domicilio; l'aver subito una misura precautelare o cautelare²⁴; l'aver nominato un difensore di fiducia²⁵ costituiscono parametri normativi che non necessariamente consentono a livello conoscitivo di sostenere razionalmente la presunzione che l'imputato abbia «espressamente rinunciato» ad assistere all'udienza. Al contrario, la genericità del fatto noto non oggetto di prova da cui, attraverso l'inferenza logica, si perviene all'affermazione del fatto ignoto oggetto di prova svela l'equivocità dimostrativa del risultato probatorio, il cui metodo non esclude decorsi alternativi che conducono con lo stesso grado di credibilità razionale a diverse soluzioni: la circostanza rileva non solo sotto il già segnalato diritto dell'imputato a

²³ V. ancora una volta Cass., Sez. un., 28 novembre 2019, Pg C/ Ismail Darwish Mhame, cit.

²⁴ Pur facendosi un generico riferimento alle misure cautelari è da ritenere che tra le stesse, ai fini in esame, non siano annoverabili le cautele reali perché i beni su cui sarebbero eseguite potrebbero non essere di proprietà dell'imputato e ciò a prescindere dal dato testuale, posto che l'uso del sostantivo «sottoposto» risulta evidentemente riferibile solo ad una persona. Sul punto, in tal senso, Cfr. MARCOLINI, *I presupposti del giudizio in assenza*, in *Il giudizio in assenza dell'imputato*, a cura di Vigoni, Torino, 2014, 154.

²⁵ A tali previsioni si aggiunge quella dell'aver l'imputato ricevuto personalmente la notificazione dell'avviso di udienza; previsione che assume, rispetto alle precedenti, ben diversa concretezza con riferimento alla prova della conoscenza effettiva dell'udienza da cui ricavare l'espressa e consapevole rinuncia dell'imputato a parteciparvi.

decidere in modo consapevole e volontario se partecipare o meno all'udienza, ma denuncia uno schema legale che assegna un'eccessiva libertà valutativa in ordine all'esistenza o meno dei requisiti preposti alla tutela di un diritto fondamentale dell'imputato²⁶. E che questo sia il vero messaggio normativo emerge dall'ultima previsione contemplata dall'art. 420-*bis*, co. 2, c.p.p. la quale, con la tipica tecnica della fattispecie di chiusura, ritiene possa definirsi provato che l'imputato ha espressamente rinunciato ad assistere all'udienza quando risulta con «certezza che lo stesso è a conoscenza del procedimento o si è volontariamente sottratto alla conoscenza del procedimento o di atti del medesimo». Il requisito di “certezza” non è affidato ad alcun parametro valutativo e, quindi, rappresenta un criterio “libero” in linea, del resto, con lo sfondo ideologico emergente dal microsistema che presidia la tutela del diritto dell'imputato a comparire²⁷. Non si dimentichi che l'art. 420-*ter*, co. 2, c.p.p., nel disciplinare il giudizio in ordine all'esistenza di un impedimento dell'imputato dovuto «ad assoluta incompatibilità a comparire per caso fortuito o forza maggiore» precisa che tale situazione è «liberamente valutata dal giudice»²⁸. Emerge un quadro di disciplina dove la valutazione in ordine

²⁶ Nella medesima direzione v. NEGRI, *Il processo nei confronti dell'imputato "assente" al tortuoso crocevia tra svolgimento e sospensione*, in *Strategie di delazione penale e rimodulazione del giudizio in absentia*, a cura di Daniele e Paulesu, Torino, 2015, 201.

²⁷ In ordine alle confusioni linguistiche, in cui incorre lo stesso codice di rito, tra scelte facoltative e scelte discrezionali v. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2001, p. 486, dove, con riferimento all'arresto facoltativo in flagranza afferma che «se le parole fossero meno vischiose o le pesassimo meglio, l'art. 381 non sarebbe intitolato “arresto facoltativo in flagranza”, come l'art. 236 cod. Rocco, da cui discende, nè esordirebbe con lo stesso movimento assertivo: ufficiali e agenti “hanno facoltà d'arrestare...”. Proprie loquendo, appare facoltativo l'atto che N possa (nel senso corrispondente al verbo tedesco “*dürfen*” o all'inglese “*to be allowed*”) compiere od omettere. Non è l'ipotesi qui considerata, e che non lo sia, era chiaro da un contorcimento verbale del vecchio art. 254, co. 2, sulla cattura “facoltativa”: quando stabilisce “se debba valersi della facoltà d'emettere il mandato”, quel giudice “deve tener conto del pericolo...”; se lo omettesse, non avendo “tenuto conto del pericolo” *et caetera*, agirebbe male; dunque, doveva emetterlo. Ora, ha un predicato l'atto che N deve compiere, se gli constano situazioni ellitticamente definite dalla norma: “discrezional(i)”; ma i compilatori, talvolta inclini a discutibili purismi, ripetono quello sciatto gesto nomenclatorio. Che l'atto cosiddetto facoltativo sia dovuto, viene fuori anche all'ultimo comma: “si procede all'arresto ... soltanto se la misura è giustificata dalla gravità del fatto ovvero dalla pericolosità del soggetto desunta dalla sua personalità o dalle circostanze”. Formula imperfetta ma l'autentico significato traspare nitido: deve essere arrestato chi abbia commesso un fatto “grave” o risulti “pericoloso”; tanto più se fosse l'autore pericoloso d'un fatto grave».

²⁸ Si evoca così su una fattispecie a contenuto facoltativo un criterio di valutazione assorbito completamente dal libero convincimento il quale, come esattamente posto in evidenza, ha subito negli anni una forte degenerazione (sul punto si rimanda a NOBILI, *Storia di un'illustre formula: il “libero convincimento” negli ultimi trent'anni*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2003, 71. Sul tema in genere, dello Stesso cfr. l'approfondito studio, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano, 1974) che ha condotto a concepirlo come «vorace potenza superlogica, che trae il proprio alimento da tutto ciò che anche per un solo istante sia comparso sulla scena del processo» (Così, CORDERO, *Diatriba sul processo accusato-*

ad un diritto primario dell'imputato non risulta ancorata a parametri di valutazione legale ma a momenti di mera facoltatività che, in quanto tali, risultano difficilmente sindacabili salvo l'assoluta inadeguatezza dell'apparato motivazionale²⁹. Infatti, mentre la scelta discrezionale si basa comunque su parametri di valutazione legale i quali possono agire tanto su criteri di decisione quanto sull'esistenza od inesistenza di una fattispecie, l'opzione facoltativa è disancorata da limiti di predeterminazione normativa e, per ciò stesso, ne diventa difficile la controllabilità con il rischio di uno sconfinamento nell'arbitrio.

Il tema del contenuto decisorio in ordine alla prova della conoscenza o meno da parte dell'imputato della data di udienza assume rilievo anche con riferimento all'ipotesi in cui il medesimo compaia in un momento successivo; in tale evenienza, infatti, l'art. 420-*bis*, co. 4, c.p.p. prevede che l'imputato possa accedere ai meccanismi riparatori³⁰ solo se fornisce la «prova che l'assenza è stata dovuta ad una incolpevole mancata conoscenza della celebrazione del processo» ovvero « (al)l'assoluta impossibilità di comparire per caso fortuito, forza maggiore o altro legittimo impedimento e che la prova dell'impedimento (sia) pervenuta con ritardo senza sua colpa». Le dinamiche probatorie che caratterizzano la materia espongono al rischio che il formante giurisprudenziale tenda a recuperare l'obsoleto requisito della conoscenza legale del procedimento. La considerazione assume particolare valore ove si consideri che il meccanismo deputato a disciplinare le forme del processo *in absentia* è strutturato in modo tale per cui solo coloro che non abbiano avuto contatti con le autorità che agiscono nelle indagini possono sottrarsi alle regole di cui all'art. 420-*bis* c.p.p. laddove non compaiano in udienza³¹. Conclu-

rio, in *Ideologie del processo penale*, Milano, 1966, p. 213); situazione questa, da cui, non è difficile immaginare, possono derivare «errori o l'arbitrio del giudice» (In tal senso GIULIANI, *Il concetto di prova*, Milano, 1961, 160).

²⁹ Sul tema dei controlli resi possibili nei limiti imposti da una motivazione adeguata cfr. MOSCARINI, *Udienza preliminare e presenza dell'imputato: un'anticipazione (quasi) completa degli istituti di garanzia predibattimentale e dibattimentale*, in *Il processo penale dopo la riforma del Giudice Unico*, a cura di Peroni, Padova, 2000, 310.

³⁰ Se l'imputato dimostra che l'assenza è dovuta ad un'incolpevole mancata conoscenza del processo ovvero ad un'impossibilità a comparire per caso fortuito, forza maggiore o altro legittimo impedimento, sempre che la prova dell'impedimento sia pervenuta con ritardo senza sua colpa, può riformulare richieste istruttorie (v. art. 489, co. 2, c.p.p.), nonché chiedere la rinnovazione delle prove già assunte; inoltre, se l'impedimento dovesse avergli impedito la partecipazione all'udienza preliminare, può essere rimesso nel termine per la richiesta di riti alternativi. Anche per il giudizio di appello si prevede con l'art. 604, co. 5-*bis*, c.p.p., «se vi è la prova che si sarebbe dovuto provvedere ai sensi dell'art. 420 *ter* o dell'art. 420-*quater*», un annullamento della sentenza di primo grado con invio degli atti a quel giudice; tutto ciò, ovviamente, sempre sul presupposto che l'imputato dimostri che l'assenza è dovuta ad un'incolpevole mancata conoscenza del processo.

³¹ Sul punto cfr. NEGRI, in *Fondamenti del processo penale*, Padova, 2020, 486.

sione che deriva dalla constatazione secondo la quale l'apparato normativo di riferimento impone all'indagato, dal primo contatto col procedimento, un onere di "collaborazione" in assenza del quale la mancata conoscenza del processo gli sarà imputata a titolo di colpa, con la conseguenza che il processo seguirà comunque il suo corso.

Sul punto, al di là di ulteriori rilievi sulla compatibilità di una tale disciplina con il diritto dell'imputato a poter decidere liberamente se presenziare o meno all'udienza, quel che preme rilevare è l'ideologia di fondo che permea la materia. L'imputato infatti è chiamato ad obblighi di collaborazione che svelano una funzione "servente" rispetto alle finalità di giustizia. Quel che però sembra sfuggire è la natura antagonistica degli interessi in gioco; natura che determina l'impossibilità di pretendere od imporre all'imputato forme collaborative a pena di travolgere il diritto di difesa ed autodifesa³². A ben vedere, si è molto oltre quelle forme di responsabilizzazione della funzione difensiva od autodifensiva; qui si pretende che l'individuo nel conflitto processuale con l'autorità coadiuvi quest'ultima nell'aggrederlo.

4. *Le prospettive del progetto di riforma.* Se si è consapevoli di tale realtà desta seri dubbi di compatibilità la disciplina disegnata dal progetto di legge delega. Con l'art. 2 lett. l) - p) si propone una riforma delle notificazioni all'imputato non detenuto dove si prevede che dopo la prima notificazione da effettuarsi con le forme dell'art. 157 c.p.p., tutte le altre notifiche vengono effettuate presso il difensore anche con modalità telematiche. Già qui il generico riferimento al difensore evidenzia la volontà di equiparare, a tali fini, la difesa fiduciaria e quella d'ufficio. Equiparazione oggettivamente difficile da digerire ove si ponga mente alla diversa natura del rapporto che insorge con l'assistito. Chiunque abbia un minimo di pratica operativa non può non cogliere la difficoltà del difensore di ufficio anche solo a contattare l'assistito. Non a caso di tale realtà sembra essersi reso conto il legislatore delegato, il quale ha ritenuto di poter superare la criticità con la previsione dell'art. 2 lett. l) in cui si contempla la necessità di stabilire «opportune deroghe alla notificazione degli atti mediante consegna di copia al difensore, a garanzia della effettiva conoscenza dell'atto da parte dell'imputato nel caso in cui questi sia assistito da difensore di ufficio e la prima notifica non sia stata eseguita mediante

³² Tale conclusione è colta da LA ROCCA, *La prima delega del decennio per la riforma del processo penale*, in *questa Rivista, web*, 2020, 1, 5, dove correttamente si evidenzia una deviazione del ruolo del difensore che viene ad assurgere «ad ausiliario dell'autorità tenuta ad effettuare le comunicazioni e le notificazioni».

consegna dell'atto personalmente all'imputato o a persona che con lui conviva anche temporaneamente o al portiere o a chi ne fa le veci». Sul punto tuttavia non deve trascurarsi la genericità del riferimento alle «opportune deroghe»; genericità ancora più rimarchevole laddove si consideri che le ipotizzate eccezioni dovrebbero introdurre una garanzia in grado di tutelare la posizione di chi, risultando assistito da un difensore d'ufficio, non abbia già ricevuto la notifica personalmente o ai sensi degli artt. 156 e 157 c.p.p.. Ma, al di là delle problematiche di una delega dai contenuti eccessivamente discrezionali, quel che occorre evidenziare è che la fattispecie principale, ovvero sia la notifica tramite contatto diretto o nelle forme degli artt. 156 e 157 c.p.p., costituisce un presupposto di operatività della fattispecie secondaria concretizzatasi nella possibilità di notifica al difensore. Tuttavia, nel momento in cui il presupposto di operatività della fattispecie secondaria viene recuperato attraverso l'evanescente richiamo alle «opportune deroghe», ne discende il rischio di una declinazione dell'operatività della fattispecie meno garantita caratterizzata da un potere discrezionale privo di qualsivoglia limite di predeterminazione legale. Di qui l'apertura di spazi ad un metodo di notifica non in grado di tutelare l'effettiva conoscenza del processo.

La considerazione svela il reale intento del legislatore, e cioè quello di estendere l'archetipo normativo dell'art. 157, co. 8-*bis*, c.p.p. anche ai difensori non fiduciari con l'aggravante che i difensori, a differenza di quanto in quella sede disciplinato, non «potranno rifiutare le notificazioni presso il proprio studio»³³. L'opzione normativa postula una *ratio* di c.d. responsabilizzazione, posto che il difensore di ufficio dovrebbe farsi carico di instaurare col proprio assistito un rapporto idoneo ad una comunicazione effettiva tra loro³⁴. Tutto ciò però impone un cambio di prospettiva tra i difensori di ufficio ed i propri assistiti, imponendosi la necessità di avviare una relazione comunicativa che consenta al procedimento di andare avanti senza «intoppi di sorta»³⁵. E proprio per facilitare tale cambio di prospettiva si prevede l'onere in capo agli assistiti di indicare al loro difensore un recapito dove effettuare ogni successiva comunicazione³⁶; nel contempo si introduce una causa di esenzione dalla responsabilità professionale dell'avvocato nel caso in cui l'omessa o ritardata comunicazione ad un assistito sia imputabile ad un fatto di quest'ultimo³⁷.

³³ Così, Relazione illustrativa al D.D.L. C 2435, p. 3.

³⁴ Sul punto cfr. DELLA TORRE, *Il progetto governativo di riforma della giustizia penale approda alla camera: per avere processi rapidi (e giusti) serve un cambio di passo*, in *Sistema penale*, 2020, 4, 155.

³⁵ L'espressione è di DELLA TORRE, *Il progetto governativo di riforma*, cit., 155.

³⁶ V. art. 2 lett. m).

³⁷ V. art. 2 lett. n).

Non può nascondersi come la previsione di un'esenzione di responsabilità per un fatto imputabile ad altro soggetto sveli, nella sua illogicità, la volontà di rendere il difensore, sia fiduciario che di ufficio, responsabile del funzionamento della regolarità delle notifiche e, con essa, della spedita celebrazione del processo. Qui sembra davvero che si sia andati oltre il limite costituito dalla consapevolezza della presenza di interessi contrapposti³⁸. Raffigurare il difensore non come partecipante ad una funzione di giustizia ma come servitore strumentale al funzionamento della relativa macchina significa porlo in una situazione di incompatibilità strutturale. La considerazione, al di là di ovvie problematiche derivanti da frizioni costituzionali e convenzionali, evidenzia come possano introdursi eventuali situazioni di contrasto tra difensore e assistito. Per convincersene basti pensare all'evenienza dell'omessa, irrituale o ritardata comunicazione della notifica da parte del difensore. La situazione potrebbe aprire scenari controversi in tema di responsabilità professionale³⁹ posto che il difensore, risulta evidente, non potrebbe assolvere correttamente il proprio mandato difensivo quando ha interessi confliggenti, anche solo potenzialmente, con quelli del proprio assistito. Il tema attraversa innervature della necessaria effettività dei territori difensivi e degli stessi profili deontologici, situazioni queste che hanno l'indiscutibile risultato di inquinare la concreta attuazione del diritto di difesa. Ma non è tutto qui. Dal momento in cui la notifica la si ritiene perfezionata anche a fronte della sua effettuazione solo presso il difensore, si determina una situazione che riapre la forbice tra conoscenza legale e conoscenza effettiva del processo. Tale realtà è colta in sede di riforma e si tenta di superarla onerando la difesa di un obbligo di informazione all'assistito. Tuttavia, anche qui, le scelte legislative manifestano la loro ambiguità nella misura in cui, pur fondando la loro tenuta sull'attività ausiliaria della difesa, non sembrano includere tale segmento comportamentale nella fattispecie "notificazione". Non è un caso che, sia pure in una delega caratterizzata da estrema genericità, nulla si dica in ordine alla regolamentazione sui "tempi e modi" attraverso i quali il difensore deve avvisare il proprio assistito. In sostanza l'effettiva conoscenza da parte dell'imputato del processo viene tutelata con l'attività del difensore la quale, però, non solo non è disci-

³⁸ Il tema è stato correttamente colto dall'Unione delle camere penali italiane, in *Le osservazioni critiche di UCPI sui punti indicati nella bozza proposta dall'ufficio legislativo del ministero*, in www.camerepenali.it, 13 marzo 2019, 1, dove si evidenzia il rischio di snaturare la funzione difensiva rendendo il difensore «collaboratore attivo ai compiti che dovrebbero spettare alle autorità procedenti».

³⁹ Basti pensare ad una non improbabile richiesta di risarcimento danni da parte dell'assistito laddove il difensore non abbia provveduto ad informarlo, o ad informarlo in tempo utile, della notifica dell'udienza.

plinata, ma è collocata al di fuori della fattispecie normativa di riferimento; in altre parole, sul piano giuridico, è una circostanza neutra. Così, però, si pone al di fuori della tutela della previsione normativa proprio quell'attività in grado di garantire con la maggiore approssimazione possibile la conoscenza effettiva, da parte dell'imputato, del processo. L'attività del difensore diretta a conseguire tale risultato diventa una "terra di nessuno" ratificandosi così un'ideologia normativa che si preoccupa di garantire solo la conoscenza legale dell'udienza. Ma tutto ciò, come noto, si scontra con il diritto dell'imputato di potere scegliere consapevolmente se partecipare o meno al processo.

La situazione induce a "rimeditazioni" rese possibili dalla genericità della delega la quale, non sembra precludere la previsione di una forma di notificazione a "fattispecie complessa" che si perfezioni nel momento in cui il difensore avvisi l'assistito della notifica ricevuta. In tale evenienza, pur residuando un'inaccettabile frizione di sistema che onera la difesa a compiti con essa incompatibili, quanto meno si assottiglierebbe il divario tra conoscenza legale e conoscenza reale del processo; e a tal fine sarebbe necessario disciplinare i "tempi e i modi" attraverso cui il difensore deve informare il proprio assistito della notifica ricevuta. Sennonché, anche in tali casi, è facile prospettare problematicità; al netto di eventuali illegittimi accordi tra difensore ed assistito tendenti a imbrigliare la regolarità delle notifiche e con esse l'ordinato e spedito progredire del processo, occorre rilevare come anche nella diversa situazione prospettata gli interessi interni alla "squadra difensiva" possano entrare in conflitto. Ma qui la situazione può condurre anche a riflessi processuali. Si pensi all'art. 182 c.p.p. secondo cui le nullità non possono essere eccepite da parte di chi «vi ha dato o concorso a darvi causa»⁴⁰.

La questione assume rilevanza nella misura in cui non si discuta di omessa notifica⁴¹, per definizione insanabile, ma della diversa prospettiva di una notifica irrituale la quale, rientrando nelle ipotesi di nullità contemplate dall'art. 180 c.p.p., risulta attinta dal limite di deducibilità di cui all'art.182 c.p.p.. Per

⁴⁰ Sul punto, GALATI, *Il comportamento delle parti nel regime delle nullità processuali penali*, Milano, 1970, 89, dove si afferma che «se la causa della nullità va esclusivamente individuata in quel tipico vizio che si risolve nella divergenza, positivamente sanzionata, tra la fattispecie astratta configurata dal legislatore e la fattispecie concreta realizzata nel processo, "dare causa" alla nullità non può che indicare il comportamento di chi pone le condizioni perché si attui questa divergenza, di chi, in altri termini, si attivi perché nel compimento di un atto non si osservi una disposizione prescritta appunto a pena di nullità». Sul tema cfr. pure RAFARACI, *Nullità*, in *Enc. Dir.*, App. II, Milano, 1998, 617.

⁴¹ Occorre precisare che vertendosi, nell'ipotesi prospettata, in una "fattispecie complessa" che si perfeziona con l'avvenuta informazione all'imputato da parte del difensore dell'avvenuta notifica, laddove quest'ultimo non dovesse adempiere a tale onere si incorrerebbe in un'omessa e non in una irrituale notifica.

meglio comprendere gli effetti operativi del limite di deduzione, risulta necessario stabilire se la mancata conoscenza della notifica sia imputabile al difensore o all'assistito e ciò proprio al fine di individuare su chi ricada il limite di eccezione contemplato dall'art. 182 c.p.p..

Deve sin da subito porsi in evidenza come, sul piano lessicale, quella disposizione operi un distinguo. Mentre, infatti, al comma 1 dichiara che “le nullità... non possono essere eccepite da chi vi ha dato o concorso a darvi causa...”, al co. 2 il pronome relativo viene sostituito con la “parte” la quale, se assiste al compimento di un atto nullo, deve eccepire la nullità prima del suo compimento o, se non è possibile, subito dopo. Diversità linguistica a cui consegue una diversità di significato. Infatti, mentre nella prima ipotesi la preclusione all'eccezione colpisce chi nel compimento di un atto non osservi o faccia in modo di non fare osservare l'osservanza delle forme previste a pena di nullità, nella previsione del co. 2 dell'art. 182 c.p.p. il riferimento alla “parte” è evocativo di un centro di imputazione di interessi che coinvolge la difesa nel suo complesso. Pertanto nell'ipotesi dell'art. 182, co. 1, c.p.p., se è il difensore che col suo comportamento da causa o concorre a dare causa ad una nullità, non sembra possa affermarsi che la preclusione alla relativa deduzione si estenda anche all'assistito e ciò in particolar modo quando la nullità derivi dall'inadempimento dell'obbligo del difensore di avvisare l'imputato dell'avvenuta notifica. In tale evenienza quest'ultimo, infatti, risulterebbe danneggiato della condotta del proprio difensore; di qui la conclusione che l'assistito non può incorrere nella preclusione deduttiva di cui alla prima parte dell'art. 182, co. 1, c.p.p.. Nè sul punto sarebbe di soccorso l'obiezione secondo cui la situazione potrebbe comunque comporsi alla luce dell'art. 420-*bis*, co. 4, c.p.p. laddove si disciplina l'ipotesi che l'imputato compaia e «fornisca la prova che l'assenza è stata dovuta ad una incolpevole mancata conoscenza della celebrazione del processo». Basti pensare che la previsione di meccanismi di recupero, in quella sede contemplati, non opererebbe laddove l'imputato non dovesse comparire. Certo rimane il rimedio repressivo della rescissione del giudicato ma, prima della formazione di quest'ultimo, solo l'eccezione di nullità¹² può garantire il pieno ripristino del diritto dell'imputato a partecipare al processo.

Dai rilievi formulati emerge come, qualunque sia la soluzione normativa che il legislatore delegato intenderà adottare, le opzioni di riforma scontino il vizio di origine di onerare la difesa di compiti tipici dell'Autorità procedente. Ne

¹² A tale realtà è riconducibile l'art. 604, co. 5-*bis*, c.p.p.

derivano inevitabili squilibri di sistema che, non è difficile immaginare, consegneranno una dimensione operativa in controtendenza rispetto all'inviolabilità effettiva del diritto di difesa ed alla stessa necessità di garantire una tutela della conoscenza reale del processo⁴³.

5. *Verso una disciplina di sfida ai pronunciati costituzionali e alle indicazioni europee.* Le segnalate criticità di disciplina si arricchiscono di ulteriori profili di incompatibilità di sistema a cui si aggiungono ulteriori contorni i quali evidenziano come la riforma delegata non regga nemmeno sotto il diverso versante della concreta praticabilità. Prendendo la mosse da quest'ultima, la volontà di equiparare la difesa fiduciaria a quella officiosa si pone al di fuori della realtà. Ed è proprio la mancata coscienza delle situazioni reali che rischia di costruire un "libro delle favole" dove però il personaggio assente è proprio l'effettività della difesa. Non è realistico pensare di garantire quest'ultima onerando il difensore di compiti estranei ed anche incompatibili al mandato difensivo, per di più da realizzare in contesti socioculturali dove persino le autorità statali non riescono a raggiungere lo scopo. Tutti sappiamo che la previsione di onerare l'indagato - imputato ad indicare al difensore un recapito dove effettuare ogni successiva comunicazione non può soccorrere soprattutto se calato in ambiente di difese di ufficio verso soggetti allogliotti o senza fissa dimora. Persistere quindi in tale politica legislativa significa solo introdurre una garanzia formale e non effettiva del diritto dell'imputato a poter decidere se partecipare o meno al proprio processo. Il discorso non muta laddove si abbia riguardo alle incompatibilità di sistema. Infatti, proprio con riferimento alla volontà di equiparare la difesa fiduciaria con quella d'ufficio, la Corte EDU ha affermato che mentre la «nomina di un difensore di fiducia induce a ritenere una conoscenza del processo sufficientemente idonea a giustificarne il prosieguo, non altrettanto può dirsi quando la difesa sia affidata ad un difensore di ufficio»⁴⁴. L'affermazione si inserisce in quel solco giurisprudenzia-

⁴³ Non potendo in questa sede approfondire il tema *de iure condendo*, preme comunque rilevare come sarebbe certamente più rispettosa dei diritti della difesa una soluzione normativa che preveda come obbligatoria la presenza dell'imputato alla prima udienza, dopodiché sarà quest'ultimo a decidere liberamente e consapevolmente se partecipare alle udienze successive od informarsi delle stesse. In tal modo si raggiungerebbe l'obiettivo di garantire una conoscenza effettiva del processo e, nel contempo, di responsabilizzare la condotta dell'imputato che potrà effettuare le scelte che ritiene più confacenti ai suoi interessi senza potersene poi lamentare. Si realizzerebbe, così, un indiscutibile efficientamento del sistema in armonia, e non a discapito, di un'effettività dei diritti difensivi che, lo si ricordi, concorrono a realizzare il giusto processo.

⁴⁴ In tal senso il documento del Consiglio Direttivo dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale, *Prime osservazioni sui trentadue punti*, in questa Rivista, *web*, 2019, 1, 2.

le in forza del quale se l'art. 6 CEDU consente ad una persona di rinunciare al diritto di presenziare al proprio processo⁴⁵, tuttavia tale rinuncia deve essere frutto di una scelta libera e consapevole che si verifica solo quando l'imputato ha conoscenza del processo a suo carico, in assenza della quale nessuna rinuncia può essere considerata valida⁴⁶. A livello europeo, quindi, si pone l'accento sul dovere di garantire un'effettiva conoscenza dell'esistenza del procedimento; conoscenza che non sembra potersi garantire con una notifica al difensore di ufficio cui si demanda un onere, tipicamente statutale, di trasferire la conoscenza di tale notifica al proprio assistito. Non occorre peraltro dimenticare l'obbligo nel Paese interno di interpretazioni europeisticamente orientate⁴⁷. Non a caso il massimo Consesso nomofilattico ha avuto modo di precisare che «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* c.p.p., 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»⁴⁸. Enunciato che, allineandosi alle indicazioni europee, era di fatto stato anticipato dalla stessa Corte costituzionale la quale, in una simile situazione, richiedeva «un'effettiva instaurazione di un rapporto professionale tra il legale domiciliatario e l'imputato e, quindi, se siano o meno realizzate le condizioni da cui dedurre l'esistenza di un rapporto di informazione tra il legale, benché nominato d'ufficio, e l'assistito»⁴⁹.

In sostanza si affermava la necessità di una prova di un rapporto reale «per verificare nel caso di specie, se gli imputati fossero, effettivamente venuti a conoscenza della *vocatio in iudicium*»⁵⁰. Si evoca in tal modo l'esigenza che la elezione di domicilio risulti seria e reale dovendo rinvenirsi un effettivo collegamento tra la persona ed il luogo eletto incorrendosi, in mancanza di una

⁴⁵ Cfr. in tal senso, tra le tante, Corte EDU, 26 giugno 2012, Sayd-Akhmed Zubayrayev c. Russia; Id., 28 febbraio 2008, Demebukov c. Bulgaria; Id., Grande Camera, 18 ottobre 2006, Hermi c. Italia; Id., Grande Camera, 1 marzo 2006, Seydovic c. Italia.

⁴⁶ Nella direzione prospettata V., Corte EDU, 12 giugno 2018, M.T.B. c. Turchia; Id., 4 marzo 2014, Dikipak e Karakaya c. Turchia.

⁴⁷ Sul tema sia consentito il rinvio a DINACCI, *Interpretazione "europeisticamente" orientata: tra fonti normative e resistenze giurisprudenziali*, in *Cass. pen.*, 2016, 3055.

⁴⁸ Cass., Sez. un., 28 novembre 2019, n. 23948, cit.

⁴⁹ Cfr. Corte cost., n. 31 del 2017.

⁵⁰ Così, ancora, Corte cost., n. 31 del 2017, cit.

tale caratterizzazione, in un'ipotesi di «domicilio inidoneo»⁵¹.

Tali approdi interni risultano scontrarsi con la prospettiva di riforma. Non deve infatti sfuggire che con riferimento all'art. 157, comma 8 *bis*, c.p.p. nella parte in cui il medesimo contempla che, in caso di nomina di un difensore di fiducia le notifiche successive alla prima possano essere effettuate presso il difensore medesimo, si era dubitato della legittimità costituzionale della previsione. In quell'occasione il Giudice delle leggi salvò la norma dall'incostituzionalità sul rilievo della relazione fiduciaria tra imputato ed avvocato nominato e, nel contempo, sulla possibilità per il difensore di sottrarsi all'onere di realizzare tale attività comunicativa dichiarando di non accettare le notificazioni per conto del proprio assistito⁵². Di tale monito si è fatto carico lo stesso legislatore il quale, introducendo il co. 4-*bis* all'art. 162 c.p.p.⁵³, ha ribadito la necessità che l'elezione di domicilio debba essere seria e reale. Si prevede infatti in quella sede che «l'elezione di domicilio presso il difensore di ufficio non ha effetto se l'autorità che procede non riceva, unitamente alla dichiarazione di elezione, l'assenso del difensore domiciliatario».

Emerge quindi un quadro di disciplina fortificato da un monito costituzionale, in relazione al quale la prospettiva di riforma delegata ha operato scelte di campo decisamente dissonanti ed in contrasto con le stesse indicazioni europee.

A questo punto non è difficile immaginare che a fronte della prospettata riforma ben presto il Custode delle leggi sarà nuovamente chiamato in causa e, in questa evenienza, probabilmente non si limiterà ad un "monito".

6. Conclusioni: il necessario recupero ideologico dell'inviolabilità del diritto di difesa. Le criticità emergenti dal progetto di riforma risultano di non poco rilievo; anzi, l'opzione che si è intrapresa pare sfidare apertamente pronunce della Corte costituzionale e consolidate indicazioni europee. Inoltre, ed è quel che più conta, si delinea un sistema delle notifiche all'imputato che rischia di privilegiare la conoscenza formale rispetto alla conoscenza effettiva del processo. Solo a fronte di quest'ultima può con certezza ritenersi che l'imputato abbia «espressamente rinunciato ad assistere al processo» anche perché il settore, non lo si dimentichi, è fortemente presidiato da rimedi ripristinatori inquadabili sia in termini di revisione processuale a fronte dell'accertata violazione delle regole del giusto processo, quanto in termini di

⁵¹ In questo senso, Cass., Sez. un., 28 novembre 2019, n. 23948, cit.

⁵² Corte cost., n. 136 del 2008.

⁵³ Tale comma è stato inserito con Legge n. 103 del 23 giugno 2017.

rescissione del giudicato. La delineata situazione costituisce il precipitato del fatto che non si è ancora compreso come la contrapposizione efficienza-garanzia non sia più attuale. L'estremizzazione di una visione efficientistica pone in pericolo il risultato processuale e cioè l'obiettivo che con quella visione si intende tutelare; di qui l'inevitabile riscoperta del valore della legalità processuale a cui il legislatore e l'interprete devono in pari modo osservare. Ma, anche a prescindere da ciò, non deve sfuggire come la programmata riforma costituisca un "passo indietro" sul piano della consapevolezza della rilevanza ed autonomia della funzione difensiva.

Si pongono, infatti, a carico del difensore obblighi collaborativi potenzialmente in conflitto con gli interessi del proprio assistito. Questa del resto è una conseguenza naturale quando si pretende che l'attività della difesa si surrogi a funzioni pubbliche espressione tipica di un diritto potestativo nei confronti dell'imputato. Se poi tale diritto potestativo è funzionalizzato a rendere possibile una eventuale affermazione di responsabilità il quadro di incompatibilità diventa evidente. Il processo, infatti, è antagonismo, è composizione di interessi contrapposti e tale realtà non consente di assegnare alla funzione difensiva compiti non ad essa pertinenti ed anzi con essa potenzialmente contrastanti. Il difensore è chiamato a curare, nel rispetto delle norme, gli interessi del proprio assistito e non ad evadere pratiche di pertinenza del potere statale divenendo per volontà legislativa ausiliario ufficiale notificatore. Né si confonde tale realtà con forme di responsabilizzazione processuale delle parti. La responsabilizzazione delle parti, se richiesta in maniera sana, è benvenuta; si pensi, in via esemplificativa, all'onere della specificità dei motivi di impugnazione ovvero all'obbligo di eccepire la nullità se alla realizzazione della stessa si assiste prima del suo compimento. Ma qui si discute di altro; qui si realizza uno sviamento della funzione difensiva facendole assumere compiti non solo potenzialmente in contrasto con gli interessi della difesa ma che, come si è visto, possono generare limiti alla formulazione di eccezioni, quando non addirittura forme di incompatibilità nella difesa.

Tutto ciò denota poco rispetto o comunque scarsa consapevolezza del valore inviolabile del diritto di difesa. La Carta dei valori nel definire quest'ultimo «inviolabile» con l'art. 24, co. 2, lo ha collocato in quelle previsioni normative dirette «a soddisfare, attraverso l'attribuzione a talune situazioni di una posizione costituzionalmente privilegiata, una delle istanze primarie dell'ordinamento, quella di assicurare l'«inserimento» nel sistema di determi-

nati valori giudicati fondamentali»⁵⁴. Si è peraltro precisato che «ad un esame più attento emerge una più specifica rilevanza, nel senso che il ricollegamento ad una data situazione della garanzia di inviolabilità obbedisce ad una istanza ulteriore, diretta a garantire non solo l’inserimento nel sistema di certi valori, ma altresì la loro “effettività”. Ciò sta a significare che la garanzia non si esaurisce nello statuire la presenza nell’ordinamento di determinati valori, ma si estende sino alla salvaguardia della loro realizzazione attraverso l’esclusione della liceità di possibili “fatti” impeditivi della realizzazione medesima»⁵⁵. Risultano pertanto attratti nella tutela dell’inviolabilità non solo il diritto di difesa, ma tutti quei diritti intesi a consentirne l’effettiva attuazione. Peraltro, il diritto di difesa assume, a sua volta, un valore strumentale⁵⁶; risulta cioè garantito in quanto consente di tutelare certi diritti; acquisisce la qualifica di diritto “inviolabile” anche in modo riflesso, essendo il mezzo attraverso il quale l’individuo conserva alcuni ulteriori diritti “inviolabili” di cui è titolare. D’altra parte, sarebbe del tutto vano il riconoscimento di un diritto in assenza degli strumenti per farlo valere; non è un caso che l’art. 2 Cost. prevede che la Repubblica non solo riconosce ma, soprattutto, garantisce i diritti inviolabili dell’uomo, laddove la locuzione «garantisce» implica il dovere di assicurare la loro effettiva operatività. Di qui, la tutela costituzionale non solo al diritto ma anche agli strumenti per farlo valere. Del resto, l’assenza di questi ultimi escluderebbe concretezza di tutela.

Tali consapevolezze non consentono di condividere una proposta di riforma in tema di notifiche all’imputato così come delineata dal disegno di legge c 2435, il cui effetto è il recupero della conoscenza legale a discapito di quella effettiva. Risultato, questo, inutile ribadirlo, che conduce a conflitti con i principi ordinamentali, costituzionali ed europei a cui l’enunciato normativo, vi-

⁵⁴ In tal senso, MAIORCA, *Una occasione mancata: la sentenza della Corte costituzionale sul “rifiuto di difesa”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1980, 1370. L’opinione riportata nel testo è stata avanzata, tra gli altri, da AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, cit., 316.

Al riguardo si può ricordare che l’aggettivo “inviolabile” era usato dall’art. 29 dello Statuto albertino (peraltro una costituzione flessibile) in riferimento al diritto di proprietà; è sufficiente una rapida lettura degli artt. 42 ss. Cost. per rendersi conto del mutamento della scala di valori che ha informato i due testi costituzionali.

⁵⁵ Così, ancora, MAIORCA, *Una occasione mancata: la sentenza della Corte costituzionale sul “rifiuto di difesa”*, cit., 1370. In senso parzialmente critico, v. PASTA, *Tra individuo e Stato: il diritto di difesa*, in *Processo penale e Costituzione*, a cura di F.R. Dinacci, cit., 157.

⁵⁶ È affermazione ricorrente che il secondo comma dell’art. 24 Cost. si colleghi «idealmente alla garanzia dei diritti inviolabili dell’uomo di cui all’art. 2 [...] essa garantisce al titolare di quei diritti la possibilità di tutelarli nel processo contro l’attacco che venga loro mosso con qualsiasi procedura giudiziaria» (SCAPARONE, *Il secondo comma dell’art. 24. Il diritto di difesa nel processo penale*, in *Commentario della Costituzione, Rapporti Civili*, a cura di Branca, Roma-Bologna, 1981, 82).

ceversa, deve osservanza.