

Il processo all'assente consapevole e il diritto dell'imputato di "difendersi non presenziando" dopo la riforma del 2014; gli snodi interpretativi e le ricadute sugli altri istituti che incidono sul diritto alla partecipazione.

1) Prologo

Inutilità; ingiustizia sostanziale; queste le sensazioni provate celebrando in passato processi nei confronti di imputati contumaci *inconsapevoli*; nei confronti di irreperibili, per lo più stranieri.

Io non sono ideologicamente contrario al processo contumaciale, se però l'assenza nel processo dell'imputato è frutto della sua libera e volontaria scelta di difendersi senza essere presente.

Il sistema processuale italiano è stato spesso criticato, anche dall'estero, per la scelta di processare i contumaci e soprattutto i contumaci inconsapevoli; il diritto di essere presente al processo è riconosciuto dal Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici¹ e dall'art. 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali². E poi ci sono state le condanne all'Italia da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo³ (il tema sarà trattato da altro relatore).

2) A sua insaputa

I giudici di merito non sono stati insensibili al tema; la questione sulla costituzionalità di un processo "*a sua insaputa*" è giunta più volte alla Corte Costituzionale. Ne cito due.

Il **Giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di Reggio Calabria**, con ordinanza del 2 giugno 1997, sollevò, con riferimento agli artt. 3, 11 e 24 della Costituzione, la questione di legittimità costituzionale degli artt. 159 e 160 del codice di procedura penale in un processo a carico di un imputato dichiarato irreperibile.

Secondo il giudice remittente, gli artt. 159 e 160 c.p.p. avrebbero consentito l'instaurazione e la definizione di un processo penale all'insaputa dell'interessato, con evidenti disparità di trattamento tra imputato (consapevole) e imputato (inconsapevole), con pregiudizio del diritto di difesa nel suo significato più essenziale di possibilità dell'imputato di essere presente al processo.

¹ art. 14, comma 3, lettera d); patto firmato a New York il 16 dicembre 1966, ratificato e reso esecutivo in Italia in base alla legge 25 ottobre 1977, n. 881.

² firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva in Italia in base alla legge 4 agosto 1955, n. 848.

³ cfr. in particolare Colozza contro Italia del 12 febbraio 1985; F.C.B. contro Italia del 28 agosto 1991; T. contro Italia del 12 ottobre 1992; Somogyi contro Italia del 18 maggio 2004; Sejdovic contro Italia del 10 novembre 2004.

I cd. rimedi ripristinatori (l'incidente di esecuzione ex art. 670 c.p.p. e la restituzione nel termine ex art. 175), furono ritenuti dal giudice remittente parziali ed inadeguati, poiché avrebbero fatto ricadere sul condannato l'onere di provare il caso fortuito, la forza maggiore o la mancanza dei presupposti per la valida dichiarazione di irreperibilità; inoltre, consentendo all'imputato solo di ottenere un nuovo giudizio di impugnazione, gli avrebbero precluso il diritto alla prova e l'accesso ai riti alternativi.

Nell'ordinanza il giudice remittente richiamò l'art. 6 della convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 12 febbraio 1985 nel cd. caso Colozza.

Il giudice remittente segnalò che il procedimento instaurato all'imputato irreperibile sarebbe una *fictio* (perché attuato mediante la notifica al difensore) ed “uno strappo” inaccettabile al diritto di difesa, “... *dando per altro luogo a procedimenti penali inutili a carico di stranieri casualmente presenti sul territorio, secondo una visione del processo penale come "macchina ineluttabile", che finirebbe con l'assumere caratteri esclusivamente burocratici ed autoritari infrangendo i diritti fondamentali della persona*”.

Dopo i riferimenti ai sistemi stranieri, nei quali era in vigore l'opposto principio del raggiungimento della conoscenza effettiva da parte dell'imputato del processo a suo carico e, negli ordinamenti di common law, della presenza necessaria dell'imputato dinanzi al giudice, la soluzione prospettata dal giudice remittente fu quella della “... *sospensione de facto di tutti quei processi in cui non si sia potuto eseguire una regolare notifica ai sensi degli artt. 157 e 158 cod. proc. pen., o, comunque, interpellare l'indagato ai fini della dichiarazione o elezione di domicilio prevista dall'art. 161 cod. proc. pen. ...*”.

Con la **sentenza n.399 del 1998 la Corte Costituzionale** dichiarò non fondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 159 e 160 del codice di procedura penale ritenendo, in estrema sintesi, che gli strumenti preventivi e successivi garantissero in pieno il diritto di difesa⁴.

La Corte Costituzionale però, quanto ai cd. strumenti preventivi affermò che *il sistema delle notifiche è improntato ad assicurare all'imputato la conoscenza del processo a suo carico*.

Riporto integralmente il passo della sentenza della Corte Costituzionale perché ritengo costituisca una guida per l'interpretazione delle nuove norme sul processo in

⁴ Afferma la Corte Costituzionale: “... 2. La questione, nei termini in cui è prospettata, non è fondata.

Il legislatore italiano non è rimasto insensibile ai richiami provenienti da diverse sedi europee (prima della citata sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 1985, vi era stata la risoluzione n. 11 adottata il 21 maggio 1975 dal Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, che conteneva sollecitazioni di analogo tenore). La legge 23 gennaio 1989, n. 22 (Nuova disciplina della contumacia) ebbe, sia pure parzialmente, ad anticipare, proprio avendo presente l'insieme dei doveri ai quali lo Stato italiano era vincolato in forza della convenzione europea e l'urgenza di adempiervi (cfr. la relazione al disegno di legge n. 1706 presentato alla Camera dei deputati il 19 ottobre 1987), le soluzioni date dal nuovo codice di procedura penale ai problemi suscitati dal processo contumaciale in generale, e dal rito degli irreperibili in particolare.

Di fronte al tema della conoscenza del processo da parte dell'imputato, la scelta del legislatore è stata di muoversi lungo due direttrici convergenti: da un lato l'introduzione di molteplici previsioni volte a far sì che la conoscenza del processo sia sicura ed incontrovertibile; dall'altro, per le ipotesi estreme in cui, nonostante l'impiego dei mezzi apprestati, tale conoscenza non sia stato possibile assicurare preventivamente, l'allestimento di rimedi successivi intesi comunque alla salvaguardia della posizione dell'imputato e del suo diritto di difendersi.

A questa logica, che combina insieme informazione preventiva e reintegrazione successiva, obbediscono tanto le disposizioni che regolano la notificazione all'imputato quanto quelle che danno rilievo alla mancata conoscenza della citazione ed introducono strumenti riparatori quando ne sia derivata l'instaurazione del processo in assenza dell'accusato...”.

absentia e per la costruzione di un'indagine che abbia come obiettivo anche quello di far giudicare un imputato consapevole della accusa che gli è rivolta:

Quanto all'informazione preventiva, posta la regola base della notifica con consegna a mani proprie del destinatario, il problema di come eseguire la notifica quando non sia possibile la consegna personale è stato risolto dall'art. 157 che individua i luoghi dove può ragionevolmente presumersi che si rinvenga un convivente dell'imputato. A questa previsione si affianca, con l'intento di ulteriormente circoscrivere le ipotesi in cui all'imputato rimanga di fatto ignoto il procedimento, l'art. 161, il quale, nel regolare la dichiarazione e l'elezione di domicilio, da compiersi non appena l'interessato venga a trovarsi in presenza dell'autorità giudiziaria o abbia a ricevere un atto da questa nella qualità di imputato o di persona sottoposta alle indagini, dispone che egli viene avvertito dell'obbligo di comunicare ogni mutamento del domicilio dichiarato o eletto e del fatto che, in mancanza, le notifiche successive saranno eseguite mediante consegna al difensore o nel luogo in cui l'atto è stato notificato.

Solo nelle ipotesi in cui gli accorgimenti predisposti non producano la conoscenza del processo alla quale tendono, la notifica deve avvenire secondo il rito della irreperibilità.

3) C'è un giudice a Pinerolo

che ... ebbe la vista lunga.

Con **ordinanza del 31 gennaio 2006**, sempre in un processo nei confronti di un imputato nei cui confronti fu emesso il decreto di irreperibilità, sollevò (la prima volta) la questione di legittimità costituzionale degli artt. 159, 160, 420-quater, comma 1, e 484 del codice di procedura penale *“nella parte in cui non prevedono la sospensione obbligatoria del processo nei confronti degli imputati ai quali il decreto di citazione a giudizio sia stato notificato previa emissione del decreto di irreperibilità”*.

Il giudice richiese alla Corte di rivedere l'indirizzo già espresso con la sentenza n. 399 del 1998 dopo le modifiche apportate all'art. 111 Cost., i cui commi secondo, terzo e quarto impongono lo svolgimento di un effettivo contraddittorio come requisito di qualsiasi processo, in conformità con le norme dell'art. 6, lettere a) e b), della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, assicurando all'imputato garanzie non minori di quelle in essa previste.

Affermò il giudice di Pinerolo che l'effettività del contraddittorio è richiesta a tutela del diritto di difesa e come *“garanzia oggettiva rispondente a un interesse di rilevanza pubblicistica”*. La modifica dell'art. 111 Cost. rese quindi irrilevanti le misure ripristinatorie, cioè dirette a tutelare il diritto di difesa dell'imputato una volta che fosse venuto a formale conoscenza del processo svoltosi in sua contumacia.

Il giudice di Pinerolo ricordò che le misure ripristinatorie furono rafforzate dopo la sentenza di condanna emessa dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nei confronti dell'Italia (sentenza Sejdovic del 10 novembre 2004): ma tali misure furono ritenute dal giudice remittente insufficienti a sanare il vizio d'origine di un processo celebrato e concluso senza effettivo contraddittorio, per essere l'imputato incolpevolmente ignaro dell'esistenza di un'accusa a suo carico.

Da qui il conflitto con l'art. 10, primo comma, Cost., per il contrasto esistente fra le disposizioni denunciate e l'art. 6, comma 3, lettere a) e b), della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

Il giudice di Pinerolo invocò anche, quale parametro costituzionale violato, quello dell'art. 97, primo comma, Cost., perché un processo svoltosi senza che l'imputato abbia

avuto conoscenza dell'accusa e possibilità di preparare la difesa sarebbe un processo inutile, con spreco di energie finanziarie e lavorative, con violazione del principio del buon andamento della pubblica amministrazione.

La soluzione della sospensione del processo nei confronti degli irreperibili fu mutuata dall'art. 71 cod. proc. pen. L'irreperibile, sostenne il giudice di Pinerolo, è in una posizione assimilabile a quella di chi, essendo incapace, non è in grado di conoscere e valutare la pendenza del processo e difendersi. La mancata estensione all'irreperibile del trattamento processuale previsto per l'incapace costituirebbe la violazione dell'art. 3 della Costituzione.

La **Corte Costituzionale**, con la **sentenza n.117 del 2007** dichiarò non fondata la questione di legittimità costituzionale in primo luogo sulla base di questa interpretazione dell'art. 111 cost.:

L'enunciazione del quarto comma dell'art. 111 Cost., secondo cui nel processo penale <<la formazione della prova è regolata dal principio del contraddittorio>>, non comporta che il cosiddetto profilo oggettivo del medesimo non sia correlato con quello soggettivo e non costituisca comunque un aspetto del diritto di difesa. Mentre, infatti, il remittente non chiarisce se l'inutilità dei processi svoltisi senza effettivo contraddittorio sia, in ipotesi, tale da riguardare anche quelli definiti con sentenza di proscioglimento e non dice a chi dovrebbe competere farla valere, il comma quinto della medesima disposizione costituzionale, nell'ammettere la deroga al principio, fa riferimento anzitutto al consenso dell'imputato.

In secondo luogo perché le misure ripristinatorie furono considerate garanzie sufficienti; in terzo luogo perché l'art. 97, primo comma, Cost. non riguarda la disciplina dell'attività giurisdizionale.

Quanto all'art. 3 cost. si ritenne che l'art. 71 comma 4 c.p.p. relativo all'incapace non potesse fungere da tertium comparationis.

4) Sintetica descrizione del nuovo processo in absentia

La legge n. 67 del 2014 ha segnato il passaggio dalla contumacia alla assenza.

Il primo controllo che il giudice è tenuto a compiere è sempre quello della verifica della regolare costituzione delle parti, della validità della notifica e della insussistenza di ipotesi di nullità (cfr. art. 420 e 420 quater c.p.p.).

Solo dopo, il giudice verificherà se può procedere in assenza dell'imputato.

Il 1° caso previsto dall'art. 420 bis comma 1 c.p.p., nel quale si può procedere in assenza, è quello della **rinuncia espressa** da parte dell'imputato ad assistere alla udienza.

La norma, che implica la *conoscenza del processo*, si applica all'imputato libero o detenuto e rende non applicabile la norma sull'impedimento dell'imputato.

Vi sono poi dei casi, descritti dall'art. 420 bis comma 2 c.p.p. (per alcuni sono casi di **rinuncia tacita**), nei quali il giudice procede ugualmente in assenza dell'imputato, se non impedito ai sensi dell'articolo 420 ter c.p.p.

Il giudice dispone di procedere in assenza dell'imputato quando questi ha **ricevuto personalmente la notificazione dell'avviso dell'udienza** (preliminare o per effetto di citazione diretta) e non è comparso all'udienza – ed ovviamente non è impedito ex art. 420 ter c.p.p.: la notifica a mani proprie costituisce infatti una prova certa della *conoscenza del processo*.

La norma poi prevede **tre casi** in cui il giudice dispone procedersi in assenza in base ad atti endoprocedimentali dai quali si può presumere che l'imputato abbia avuto *conoscenza del procedimento*; ciò accade quando l'imputato nel corso del procedimento:

- ha dichiarato o eletto domicilio;
- è stato arrestato, fermato (dal p.m. o dalla p.g.) o sottoposto a misura cautelare;
- ha nominato un difensore di fiducia.

La norma poi prevede che si può procedere in assenza quanto l'imputato si è **volontariamente sottratto** alla conoscenza del procedimento o di atti del procedimento; dal comportamento processuale tenuto dall'imputato si deduce la *conoscenza del procedimento*.

Infine, vi è un caso "di chiusura", collegato ad una *prova certa della conoscenza del procedimento* (quando ... *risulti comunque con certezza che lo stesso è a conoscenza del procedimento* ...)⁵.

È invece considerato presente, e come tale rappresentato dal difensore, l'imputato che, dopo essere comparso, si allontana dall'aula di udienza o che, presente ad una udienza, non compare ad udienze successive.

Se non può procedersi in assenza dell'imputato, non versandosi nelle ipotesi di cui all'art. 420 bis c.p.p., e se non sussistono impedimenti a comparire dell'imputato (art. 420 ter c.p.p.) e la notifica è regolare (art. 420 ter c.p.p.)⁶, non essendo presente l'imputato, ai sensi dell'art. 420 quater c.p.p., il giudice rinvia l'udienza e dispone che l'avviso sia notificato personalmente a mezzo Polizia Giudiziaria.

Se l'atto non può essere notificato personalmente, il giudice sospende il processo, sempre che non debba pronunciare sentenza ex art. 129 c.p.p.

Ogni anno, le ricerche devono essere ripetute; nella prassi è ormai invalso l'uso di rinviare l'udienza di un anno, disponendo le nuove ricerche a mezzo p.g., in modo tale che, ove l'imputato sia rintracciato, è contestualmente possibile notificargli anche il nuovo avviso dell'udienza (con gli atti relativi all'esercizio dell'azione penale).

La revoca dell'ordinanza di sospensione del processo (art. 420 quinquies), oltre che nel caso in cui debba emettersi sentenza a norma dell'articolo 129, è prevista quando le ricerche di cui al comma 1 hanno avuto esito positivo; se l'imputato ha nel frattempo nominato un difensore di fiducia; in ogni altro caso in cui vi sia la prova certa che l'imputato è a conoscenza del procedimento avviato nei suoi confronti.

5) Dalla contumacia alla assenza; il pericolo del gioco dell'oca

L'intervento del legislatore, oltre ad essere confuso e parziale, è anche incoerente ed asistemico, privo di scelte di campo nette. Tutti i commentatori hanno osservato l'incongruenza di una modifica della contumacia non accompagnata da quella delle notifiche. Addirittura, ci si è dimenticati di cancellare la contumacia da alcune norme⁷.

⁵ Si pensi alla notifica a mani proprie dell'avviso ex art. 415 bis c.p.p., alla comunicazione all'imputato della nomina del difensore di ufficio.

⁶ Come nel caso della notifica della citazione a giudizio fatta ad un familiare convivente.

⁷ Nell'art. 429, comma 1, lett. f), vi è ancora l'obbligo di avvertire l'imputato "... che non comparendo sarà giudicato in contumacia"; nell'art. 552, comma 1, lett. d), vi è l'obbligo di avvertire nel decreto di citazione a giudizio l'imputato che non comparendo sarà giudicato in contumacia.

Le notifiche previste dal c.p.p., secondo la Corte Costituzionale, sono improntate *ad assicurare all'imputato la conoscenza del processo a suo carico*. Ma contemporaneamente il legislatore ha consentito che le notifiche fossero effettuate a mezzo posta: nella prassi tale ultima modalità di notifica è quella prevalente.

Si è passati da un sistema che impone di ricercare particolarmente⁸ l'imputato nel luogo di nascita, dell'ultima residenza anagrafica, dell'ultima dimora e in quello dove egli abitualmente esercita la sua attività lavorativa, nonché presso l'amministrazione carceraria centrale, ad un sistema (quello delle notifiche a mezzo posta) più flessibile fondato su maggiori presunzioni.

Forse anche noi giudici avremmo potuto adoperare di più l'art. 1 della legge 890/1982 imponendo, almeno per la prima notifica, all'ufficiale giudiziario di procedere personalmente alla notifica all'imputato.

Però le modifiche apportate dalla legge n. 67 del 2014 inevitabilmente incidono sull'interpretazione di alcune norme. Perché il regime giuridico che risulta dalle modifiche apportate dalla legge 67/2014 presenta il rischio del ritorno al via, come nel gioco dell'oca: il rischio di celebrare processi o di compiere attività processuali inutili, ledendo il diritto di difesa dell'imputato.

Va ricordato infatti che **se l'imputato fornisce la prova che l'assenza è stata dovuta ad una incolpevole mancata conoscenza della celebrazione del processo**⁹:

a) si ricomincia l'attività istruttoria (art. 420 bis comma 4 c.p.p.):

nell'udienza preliminare: ... , il giudice rinvia l'udienza e l'imputato può chiedere l'acquisizione di atti e documenti ai sensi dell'articolo 421, comma 3;

nel dibattimento: Nel corso del giudizio di primo grado, l'imputato ha diritto di formulare richiesta di prove ai sensi dell'articolo 493. Ferma restando in ogni caso la validità degli atti regolarmente compiuti in precedenza, l'imputato può altresì chiedere la rinnovazione di prove già assunte;

b) l'imputato in dibattimento è rimesso nei termini per l'accesso ai riti alternativi (abbreviato e patteggiamento: art. 489 comma 2);

c) è nulla la sentenza di primo grado, il processo torna in primo grado e l'imputato è rimesso nei termini per i riti alternativi (articolo 604 comma 5 bis c.p.p.: qualora l'imputato provi che l'assenza è stata dovuta ad una incolpevole mancata conoscenza della celebrazione del processo di primo grado);

d) è prevista la rescissione del giudicato (art. 625-ter c.p.p.: in caso di accoglimento della richiesta da parte della Corte di Cassazione, si torna davanti al giudice di primo grado).

6) Per una interpretazione sistematica e costituzionalmente orientata

Occorre allora un'interpretazione sistematica e costituzionalmente orientata delle norme sulla identificazione dell'indagato, sulle notifiche e sul processo in absentia. Anche per dare coerenza allo slalom che il legislatore ha operato tra la conoscenza del processo e la conoscenza del procedimento.

⁸ Sul significato di questo avverbio cfr. il passo della sentenza della sentenza n. 399/1998 della Corte Costituzionale

⁹ o se l'imputato compaia e dimostri che versava nell'assoluta impossibilità di comparire per caso fortuito, forza maggiore o altro legittimo impedimento e che la prova è pervenuta in ritardo senza sua colpa

Va ricordato che nell'art. 111 Cost. vi è un riferimento esplicito al fatto che nel processo penale la persona accusata deve essere informata, nel più breve tempo possibile e riservatamente, della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico.

Il processo penale è costituzionalmente fondato sul contraddittorio oggettivo e soggettivo: il contraddittorio, come metodo di conoscenza per il giudice e come il diritto alla prova e ad esaminare le fonti di accusa (ed a contro esaminarle), implica, quale espressione del diritto di difesa, che l'imputato sia a conoscenza dell'accusa: è da tale conoscenza che si delinea poi la scelta di partecipare o meno al processo, di difendersi compiutamente, anche a mezzo del solo difensore.

Sintetizzando al massimo i principi espressi dalla Cedu, per garantire l'effettiva conoscenza del processo, l'art. 6 della Convenzione impone che l'imputato sia posto a conoscenza della accusa che gli viene rivolta e della citazione a giudizio (cioè proprio della data del processo), e ciò anche affinché la rinuncia a comparire abbia un significato inequivoco.

È anche compatibile con l'art. 6 della convenzione un processo in cui per l'imputato l'unica conoscenza fu rinvenuta nello stadio procedimentale. Ma in tal caso la conoscenza del procedimento deve essere tale che le circostanze di fatto generino nell'imputato la convinzione che il procedimento si concluderà con l'esercizio dell'azione penale con ragionevole probabilità.

Se questo è il quadro costituzionale in cui ci dobbiamo muovere, per perseguire i reati ed i suoi autori, per giungere ad una sentenza di condanna, occorre che nel corso delle indagini preliminari siano raccolti anche tutti quegli elementi di fatto che consentano di celebrare il processo nei confronti di un imputato effettivamente a conoscenza del processo e dell'accusa che gli è rivolta.

Obiettivo delle indagini preliminari dovrebbe essere anche quello di arrivare alla notifica dell'avviso dell'udienza preliminare o del decreto di citazione a giudizio "a mani proprie": garantire cioè che l'imputato venga effettivamente a conoscenza della data dell'udienza e dell'addebito.

E ciò anche per un principio di economia dei mezzi giuridici. Per evitare il ritorno al via previsto dai rimedi ripristinatori.

7) Alcuni criteri interpretativi

Va detto che i problemi interpretativi sarebbero stati più facilmente risolti se il legislatore avesse anticipato la notifica obbligatoria "a mani proprie" all'inizio del processo e non l'avesse prevista solo con l'art. 420 quater c.p.p.; ma tant'è.

La **rinuncia espressa**, che deve essere inequivoca, consapevole e volontaria, presuppone la *conoscenza del processo*, perché l'imputato rinuncia ad assistere all'udienza; il che implica che l'imputato conosca anche l'accusa sul quale si fonda il processo.

Un serio problema interpretativo riguarda però la natura della rinuncia espressa; se infatti la si qualifica come un atto personalissimo, la rinuncia può essere effettuata esclusivamente dall'imputato e non dal difensore. Ritengo però che per la rinuncia possa essere conferita la procura speciale.

a) In favore della tesi della presunzione relativa

Occorre poi domandarsi se l'art. 420 bis c.p.p., soprattutto per quanto riguarda i tre casi sopra indicati (elezione di domicilio, nomina del difensore di fiducia, esecuzione di misure pre cautelari o cautelari) ponga una presunzione assoluta o relativa di conoscenza del procedimento.

Tenuto conto dell'interpretazione data dell'art. 111 cost., dei richiami alle sentenze della Cedu e non da ultimo degli effetti del *ritorno al via* della prova della mancata conoscenza del processo, ritengo che debba prevalere una interpretazione "restrittiva", o che potremmo definire sostanzialista o di rigore, più che formalista (cioè che deduca l'assenza dalla mera ricorrenza dei tre casi).

Ritengo quindi che l'art. 420 bis c.p.p. preveda una **presunzione relativa** di conoscenza del procedimento.

Quello che ho definito il caso "di chiusura" (quando ... *risulti comunque con certezza che lo stesso è a conoscenza del procedimento* ...) previsto dall'art. 420 bis c.p.p. è anche un criterio interpretativo dei casi in cui il giudice dispone procedersi in assenza.

Occorre cioè evitare quella catena di presunzioni che, come sottolineato da molti, è contraria ai principi già posti a fondamento delle sentenze della Cedu.

La presenza in sé di una elezione di domicilio o della nomina del difensore non è sempre una prova certa della conoscenza del procedimento.

In primo luogo perché si tratta di atti che devono essere redatti *nel corso del procedimento*. Queste parole vanno interpretate nel senso che l'elezione di domicilio e la nomina del difensore di fiducia possono provare la conoscenza del procedimento se effettuate in *questo* procedimento *in corso*.

Le parole "*nel corso del procedimento*" richiamano un procedimento già sorto: ritengo debba prevalere un'interpretazione fondata sul criterio formale per la quale il procedimento sorge solo per effetto dell'iscrizione della notizia di reato.

b) Sulla elezione o dichiarazione di domicilio

Va poi ricordato che l'elezione (o dichiarazione) di domicilio ex art. 161 c.p.p. è un atto che può dimostrare la conoscenza del procedimento perché deve essere redatto o nel primo atto compiuto con l'intervento dell'indagato o dell'imputato non detenuto (comma 1) o è collegato alla informazione di garanzia o al primo atto notificato per disposizione dell'a.g.: sicché la conoscenza dell'esistenza del procedimento e dell'accusa dipende anche dal contenuto dell'atto a cui è collegato e dai dati forniti all'indagato nel verbale di elezione di domicilio.

Dunque, è utile, oltre che necessario, produrre al giudice non solo l'avviso ex art. 161 c.p.p. ma anche l'atto processuale collegato.

È però necessaria la comprensione del contenuto dell'atto, e ciò produce riflessi sulla traduzione dell'atto diretto allo straniero che non parli o comprenda la lingua italiana.

Dall'elezione o dichiarazione di domicilio sorge un onere di collaborazione per l'indagato, il quale assume su di sé l'obbligo di comunicare ogni mutamento del domicilio dichiarato o eletto posto che in mancanza (come nel caso di rifiuto) le notificazioni verranno eseguite mediante consegna al difensore.

Deve però osservarsi che l'atto ex art. 161 c.p.p., non impone all'indagato o all'imputato un obbligo o un onere di informazione sugli sviluppi successivi del procedimento, che potrebbe essere definito anche con decreto di archiviazione.

Tale onere è di fatto imposto dall'art. 420 bis c.p.p. ma pone significativi problemi quando l'esercizio dell'azione penale avvenga a distanza di un rilevante lasso di tempo o per fatti diversi.

c) Sulla nomina del difensore di fiducia

Quanto alla **nomina del difensore di fiducia**, va ricordato che la nomina può avvenire anche al di fuori del procedimento, per consentire lo svolgimento di indagini difensive ai sensi dell'art. 391 nonies c.p.p. Una tale nomina non dimostra affatto la conoscenza del procedimento.

Di conseguenza, la nomina del difensore può avere una efficacia dimostrativa della conoscenza del procedimento se risulti conferita proprio *nel corso del procedimento*: deve cioè contenere quanto meno dei dati oggettivi certi che la colleghino al procedimento in corso (come ad es. il riferimento al numero del procedimento, o ai fatti ascritti o alle norme che si assumono violate).

Dalla nomina del difensore di fiducia il legislatore ha dedotto l'interesse dell'imputato non solo a conoscere i fatti a lui ascritti ma anche gli sviluppi del procedimento; di conseguenza ha collegato alla nomina l'adempimento di un onere di informazione sull'esito del procedimento.

Tale onere di informazione deriva però, più che dalla nomina in se, dall'esistenza del rapporto fiduciario con il difensore, dal conseguente onere di comunicazione tra difensore e suo assistito e dal concreto svolgimento dell'attività difensiva da parte del difensore.

Ed allora, occorre verificare in concreto la costanza del rapporto fiduciario.

Può infatti accadere che dopo la costituzione delle parti, il difensore rinunci al mandato e non sussistano altri elementi di fatto per poter procedere in assenza.

Se interpretiamo la norma in senso formale, siamo in presenza di una nomina di difensore di fiducia che dimostra la conoscenza del procedimento.

Però, con la rinuncia al mandato viene meno il rapporto fiduciario con il difensore da cui deriva la conoscenza del processo (del processo, perché siamo già in un momento processuale successivo all'azione penale).

Ritengo allora che in tal caso non si possa procedere in assenza, anche perché in caso di rinuncia del difensore di fiducia, il giudice è tenuto ex art. 107 c.p.p. a nominare un difensore di ufficio. Il provvedimento di nomina, che è contenuto nel verbale di udienza contenente gli estremi del procedimento e la data di rinvio del processo, dovrà però essere notificato all'imputato (con l'avviso che l'imputato può nominare uno o due difensori di fiducia).

In tal caso dovrà procedersi ex art. 420-*quater* c.p.p., mediante la notifica personale.

Un caso frequente è quello dell'imputato che diviene irreperibile nel corso delle indagini preliminari – senza che risulti che l'imputato si sia volontariamente sottratto alla

conoscenza del procedimento - ma dopo la nomina del difensore di fiducia (e sempre in assenza di altri elementi di fatto che consentano di provare la conoscenza del processo).

Se ci limitiamo ad analizzare il dato formale dell'esistenza della nomina, dobbiamo concludere che in questo caso si può procedere in assenza dell'imputato, il quale ha avuto *conoscenza del procedimento* ed ha comunque un onere di informarsi presso il suo difensore dell'esito del processo.

Se guardiamo alla sostanza delle cose, l'imputato diviene irreperibile anche per il suo difensore: il rapporto fiduciario, su cui si fonda la presunzione di conoscenza, non è in concreto più sussistente. Tant'è che spessissimo in tali casi il difensore di fiducia di un imputato divenuto irreperibile dopo la nomina rinuncia al mandato, non potendo in concreto svolgere la difesa.

d) L'esecuzione di misure pre cautelari o cautelari

Per sottoposizione alla misura cautelare si intende la sua effettiva esecuzione e non la mera emissione del fermo o dell'ordinanza cautelare.

Il riferimento ad atti limitativi della libertà personale mi induce ad escludere che producano lo stesso effetto le misure cautelari reali (la cui esecuzione può avere rilevanza ai fini della prova della conoscenza da parte dell'imputato del procedimento) ed il fermo di identificazione nei confronti dell'indagato¹⁰.

L'avvenuta limitazione della libertà personale genera certamente l'interesse dell'imputato a conoscere gli sviluppi del procedimento; in tal caso, l'imputato è facilitato nel suo onere di conoscenza perché l'art. 409 comma 1 c.p.p. dispone che l'archiviazione sia notificata all'indagato che sia stato sottoposto a misura cautelare. Di conseguenza, la mancata notifica del decreto di archiviazione è un indice della prosecuzione del processo.

Però, può accadere che nel corso del procedimento i fatti già oggetto della misura cautelare mutino, possano anche aggravarsi: rispetto alla evoluzione del procedimento e dell'accusa, la pregressa sottoposizione a misura cautelare, in assenza di altri elementi di fatto, non ha di per sé la valenza di conoscenza del procedimento che la norma sembra attribuire.

8) Qualche ulteriore osservazione

Orbene, se è preferibile l'interpretazione sostanziale, sulla dichiarazione di assenza si apre una "fase istruttoria", che deve consentire al giudice l'acquisizione di quei dati che consentono la pronuncia.

In secondo luogo, il provvedimento del giudice con cui si dichiara che può procedersi in assenza deve dare atto degli elementi di fatto analizzati e della valutazione del giudice. Non è sufficiente scrivere nel verbale "assente". È proprio il percorso di fatto e logico seguito che dà garanzie sulla valutazione della conoscenza ed evita il ritorno al via.

Quanto invece al provvedimento con cui si dispone ai sensi dell'art. 420 quater c.p.p. che l'avviso sia notificato personalmente a mezzo Polizia Giudiziaria, è bene

¹⁰ È invece favorevole ad una interpretazione diversa, Giuseppe Biscardi, *processo penale e giustizia*, pag. 103 e ss. n. 6/2014, che estende l'applicazione della norma anche alle misure reali ed al fermo di identificazione eseguito nei confronti dell'indagato.

indicare che per procedere a tale notifica la p.g. deve procedere alle opportune ricerche sui luoghi di residenza, dimora, di lavoro, accertando l'eventuale stato di detenzione, presso il domicilio eventualmente eletto all'atto della scarcerazione.

Gli atti da notificare sono tutti quelli che garantiscono la conoscenza del processo.

È poi utile inserire nel provvedimento la richiesta alla p.g., ove riesca a procedere alla notifica personale, di far eleggere domicilio all'imputato ex art. 161 c.p.p., con i necessari riferimenti al processo in corso, in modo da garantire anche le future notifiche.

9) Le revoche

Nel sistema sono poi state inserite tre ipotesi di revoca.

L'ordinanza che dispone di procedere in assenza dell'imputato è revocata o quando l'imputato compare prima della decisione o se l'imputato dimostra che versava nell'assoluta impossibilità di comparire per caso fortuito, forza maggiore o altro legittimo impedimento e che la prova dell'impedimento è pervenuta con ritardo senza sua colpa (comma 4 dell'art. 420 bis c.p.p.).

Il comma 5 dell'art. 420 bis c.p.p. ha la seguente formulazione:

5. Il giudice revoca altresì l'ordinanza e procede a norma dell'articolo 420-quater se risulta che il procedimento, per l'assenza dell'imputato, doveva essere sospeso ai sensi delle disposizioni di tale articolo

La norma vuole in realtà dire che l'ordinanza è revocata quando risulti, nel corso del processo, che in realtà, per le circostanze di fatto esistenti subito dopo la costituzione delle parti, il giudice non avrebbe dovuto disporre di procedere in assenza dell'imputato, ma avrebbe dovuto applicare l'art. 420 quater c.p.p. e disporre il rinvio l'udienza e che l'avviso fosse notificato all'imputato personalmente ad opera della polizia giudiziaria.

Si tratta dunque di una rivalutazione "ora per allora", sulla quale non incidono fatti successivi al momento della costituzione delle parti.

La revoca dell'ordinanza di sospensione del processo (art. 420 quinquies), oltre che nel caso in cui debba emettersi la sentenza a norma dell'articolo 129, è prevista quando:

a) *le ricerche di cui al comma 1 hanno avuto esito positivo;*

ritengo che in tal caso l'imputato non solo debba essere stato rintracciato ma debba aver avuto anche la notifica *a mani proprie* dell'avviso;

b) *se l'imputato ha nel frattempo nominato un difensore di fiducia;*

c) *in ogni altro caso in cui vi sia la prova certa che l'imputato è a conoscenza del procedimento avviato nei suoi confronti.*

Il riferimento al *procedimento* nella lett. C) è inappropriato, dovendo interpretarsi la norma nel senso che emerga la prova della conoscenza del processo: i casi sub a) e b) si riferiscono entrambi a casi di avvenuta conoscenza del processo, in coerenza anche con il momento processuale in cui avviene la revoca (a processo in corso).

10) Alcuni casi problematici

Lasciando volutamente al dibattito, alle osservazioni dei colleghi, ed allo svolgimento dei gruppi di lavoro ogni necessario approfondimento, segnalo una serie,

chiaramente non esaustiva, di **casi problematici** che possono essere risolti in maniera diametralmente opposta a seconda della interpretazione formale o sostanziale che si dà alle norme sulla assenza.

- a) l'elezione di domicilio o la nomina di difensore effettuate in un procedimento trasmesso poi per competenza territoriale ad altra a.g. nella fase delle indagini preliminari o in un procedimento separato possono essere poste a fondamento dell'ordinanza ex art. 420 bis c.p.p.?
- b) che accade in caso di mutamento della iscrizione del titolo di reato o di iscrizione di altri reati successivamente all'elezione di domicilio ed alla nomina del difensore di fiducia?
- c) Che valore ha l'elezione di domicilio ex art. 161 c.p.p. redatta dalla p.g. ai sensi dell'art. 349 comma 3 c.p.p. prima ancora che la notizia di reato sia iscritta?
- d) Che valore ha l'elezione di un domicilio fatta da parte dello straniero che non conosce la lingua italiana?
- e) l'elezione di domicilio fatta da un indagato, fermato dalla p.g., senza documenti, con generalità dichiarate, senza che si compiano altri atti di identificazione può essere posta a fondamento dell'ordinanza ex art. 420 bis c.p.p.?
- f) e l'elezione di domicilio presso "il difensore d'ufficio che verrà nominato"?
- g) e l'elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio?

11) Chi è l'assente?

Ho prima osservato che occorre un'interpretazione sistematica e costituzionalmente orientata delle norme sulla identificazione dell'indagato, sulle notifiche e sul processo in absentia.

In passato, ad esempio, si riteneva che potesse essere processato *l'indagato, fermato dalla p.g., senza documenti, che dichiarava delle generalità, senza che fossero compiuti altri atti di identificazione.*

Questa prassi fu supportata anche dalla Corte di Cassazione (cfr. Cass. Sez. 5^a, Sentenza n.643 del 5/02/1999), poiché si ritenne nel caso in esame che, conoscendosi la fattezze fisiche dell'indagato, fosse certa la sua identità fisica.

La certezza dell'identità fisica della persona non pregiudicava il compimento di attività processuali ai sensi dell'art. 66 c.p.p.

L'incertezza sulle generalità (anche in conseguenza di false dichiarazioni provenienti dal medesimo imputato) non poteva far ritenere "ignoto" l'autore del fatto; ciò perché è previsto che le erronee generalità di un "sedicente" possano essere corrette mediante la procedura ex art. 130 c.p.p. (art. 66 c.3 c.p.p.).

Questa interpretazione è oggi superata; lo stesso concetto di identità fisica è mutato, attraverso una interpretazione sistematica dell'art. 66 c.p.p.

In base ai più recenti orientamenti della Suprema Corte, occorre che vi sia l'"identità tra persona nei cui confronti è stato instaurato il processo e quella che si giudica".

Nel caso dell'indagato, fermato dalla p.g., senza documenti, che dichiarava delle generalità, senza che fossero compiuti altri atti di identificazione, è incerta l'identità fisica dell'indagato, tanto che il fatto deve ritenersi commesso da ignoto (cfr. Cassazione, Sez. 2^a, n. 3603 del 18/01/2011).

L'art. 66 c.p.p., comma 2, prevede che l'impossibilità di attribuire all'imputato le sue esatte generalità non pregiudica il compimento di alcun atto da parte dell'autorità procedente, quando sia certa l'identità fisica della persona; però:

“... nel caso di specie, il problema consiste proprio nel fatto che non appare certa l'identità fisica della persona. Infatti la Polizia locale non ha effettuato alcun accertamento sull'identità fisica della persona sottoposta alle indagini, che non è stata ne' foto segnalata, ne' sottoposta a rilievi dattiloscopici. Né l'identità dello stesso risulta controllata attraverso l'esibizione del passaporto o di altro documento di identità ...”.

Va infatti ricordato che compito fondamentale della p.g. è di fornire all'autorità giudiziaria nell'informativa di reato (**art. 332**: Contenuto della denuncia) “quando è possibile, le generalità, il domicilio e quanto altro valga alla identificazione della persona alla quale il fatto è attribuito”.

L'art. **347 comma 2** (Obbligo di riferire la notizia del reato) prevede che la p.g.:

2. Comunica, inoltre, quando è possibile, le generalità, il domicilio e quanto altro valga alla identificazione della persona nei cui confronti vengono svolte le indagini,

L'art. **349 comma 1** c.p.p. impone alla p.g. di procedere (il testo della norma recita: “la polizia giudiziaria procede ...”) alla identificazione della persona nei cui confronti vengono svolte le indagini, anche ove occorra – come quando manchino i documenti - con le modalità previste nei commi 2 e 3 dell'art. 349 c.p.p. (eseguendo rilievi dattiloscopici, fotografici e antropometrici nonché altri accertamenti); o anche, procedendo ai sensi del comma 2-bis dell'art. 349¹¹

Ha così affermato la Corte di Cassazione (sentenza n. 3603 del 18/01/2011):

"Le sole dichiarazioni rese dall'imputato, privo di documenti e non fotosegnalato, alla polizia giudiziaria in ordine alle proprie generalità non sono sufficienti a fondare con sicurezza l'identificazione dello stesso, incombando in tal caso alla polizia giudiziaria di procedere ai rilievi di cui all'art. 349 c.p.p., commi 2 e 2 bis".

Cfr. nello stesso senso anche Cass. Sez. 3[^], Sentenza n. 22777 del 11/05/2010 (richiamata dalla sentenza che precede):

¹¹ Se gli accertamenti indicati dal comma 2 comportano il prelievo di capelli o saliva e manca il consenso dell'interessato, la polizia giudiziaria procede al prelievo coattivo nel rispetto della dignità personale del soggetto, previa autorizzazione scritta, oppure resa oralmente e confermata per iscritto, del pubblico ministero.

Le sole dichiarazioni rese dall'imputato, privo di documenti e non fotosegnalato, alla polizia giudiziaria in ordine alle proprie generalità non sono sufficienti a fondare con sicurezza l'identificazione dello stesso, incombendo in tal caso alla polizia giudiziaria di procedere ai rilievi di cui all'art. 349, commi secondo e secondo bis, cod. proc. pen.. (Fattispecie di intervenuta sentenza di non doversi procedere perché l'azione penale non doveva essere esercitata per essere ignoto l'autore del reato).

Nel caso esaminato dalla Corte, la p.g. avrebbe dovuto accertare l'identità fisica della persona controllata ai sensi dell'art. 349 c.p.p., comma 1.

Gli accertamenti previsti dai commi 2 e 2 bis dello stesso articolo non furono effettuati, nonostante l'indagato fosse privo di documenti e non fotosegnalato.

Afferma la Corte di Cassazione:

Non bastava, quindi, per ritenere certa l'identificazione il fatto che l'imputato, al momento della constatazione dell'illecito, avesse, nel verbale di dichiarazione di domicilio, dichiarato generalità perché le stesse, non sottoposte a verifica, non possono essere poste a base di una sicura identificazione.

12) Le indagini sulla compiuta identificazione dell'indagato

È oggi quanto mai opportuno, dopo le norme sul processo in absentia, collegare le norme sugli obblighi per la p.g. su una corretta identificazione/identità fisica dell'indagato con quelle sulle notifiche, proprio perché, come ha detto la Corte costituzionale con la sentenza n.399 del 1998, il sistema dei rimedi preventivi è *improntato ad assicurare all'imputato la conoscenza del processo a suo carico*.

L'art. 157 c.p.p. dispone che al di fuori delle ipotesi di domicilio dichiarato o eletto, che la prima notifica all'imputato non detenuto debba essere eseguita mediante consegna di cosa alla persona. Disciplina poi i casi in cui non si riesca ad eseguire la notifica mediante consegna di copia alla persona.

Ed allora, è necessario che la p.g., anche eventualmente su delega del p.m., nel fornire informazioni su “... *quanto altro valga alla identificazione della persona ...*”, all'atto della identificazione o della comunicazione della notizia di reato, accerti:

- non solo la residenza anagrafica ma il luogo di effettiva dimora (la casa di abitazione);
- il luogo in cui l'imputato esercita abitualmente l'attività lavorativa;
- dove l'imputato ha temporanea dimora o recapito (comma 2 dell'art. 157 c.p.p.).

E ciò soprattutto in vista della redazione del verbale ex art. 161 c.p.p. o a maggior ragione, in vista degli accertamenti di cui all'art. 159 c.p.p.

Si impone poi un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 159 c.p.p.

Come già affermato dalla Corte costituzionale con la sentenza n.399 del 1998, e diversamente da quanto accade nella prassi, i luoghi indicati nell'art. 159 c.p.p. non sono esaustivi. È utile riportare integralmente la motivazione della sentenza della Corte Costituzionale:

“... Solo nelle ipotesi in cui gli accorgimenti predisposti non producano la conoscenza del processo alla quale tendono, la notifica deve avvenire secondo il rito della irreperibilità.

Ma anche con riferimento ad esso la disciplina vigente è assai più rigorosa che in passato proprio in tema di ricerche prodromiche all'instaurazione del rito, in relazione alle quali si fa, se possibile, ancor più evidente il fatto che la scelta è stata quella di evitare con ogni mezzo che il procedimento penale abbia corso all'insaputa dell'interessato.

L'imputato deve, infatti, essere ricercato, cumulativamente e non alternativamente, in una serie di luoghi nei quali è più verosimile che possano essere acquisite notizie circa la sua attuale dimora.

Diversamente da quanto previsto dal vecchio codice, l'art. 159, comma 1, configura ora in termini di obbligatorietà le ricerche dell'imputato "particolarmente nel luogo di nascita, dell'ultima residenza anagrafica, dell'ultima dimora e in quello dove egli abitualmente esercita la sua attività lavorativa, nonché presso l'amministrazione carceraria centrale".

E non è un mero accidente che, nella citata disposizione, compaia l'avverbio "particolarmente", poiché è proprio questo elemento lessicale a rendere chiaro che **l'indicazione dei luoghi nei quali devono essere eseguite le ricerche non è esaustiva, e che pertanto l'eventuale decreto di irreperibilità non può essere adottato nei casi in cui emergano elementi che impongano di estendere le ricerche in luoghi diversi da quelli menzionati**. Nè è privo di rilievo, ai fini della identificazione del carattere della scelta legislativa e del suo essere protesa a realizzare una situazione di conoscenza del procedimento, il fatto che l'art. 160 introduca limiti temporali alla efficacia del decreto di irreperibilità, stabilendo che ad ogni mutamento di fase le ricerche devono essere rinnovate e che solo nel caso di esito ancora negativo deve essere emesso un nuovo decreto ...".

Proprio aderendo a tale interpretazione, ad esempio, è stato ritenuto nullo il decreto di irreperibilità dell'imputato:

- iscritto nel registro dell'Anagrafe degli Italiani Residenti all' Estero (A.I.R.E.) se non sia preceduto dal tentativo di notifica all'estero (Sez. 2, Sentenza n. 35712 del 28/05/2013);
- emesso senza verifica presso l'autorità di polizia dell'eventuale rilascio di un permesso di soggiorno dal quale desumere il recapito dell'imputato straniero (Sez. 5, Sentenza n. 35103 del 17/07/2014).

13) Gli stranieri e la dichiarazione di irreperibilità

Il tema degli imputati stranieri, non assistiti da difensore di fiducia, dichiarati irreperibili è attuale, perché per effetto della norma transitoria, nei processi in corso, dovrà essere effettuata la cd. prova di resistenza: si dovrà cioè verificare se sussistono i presupposti per procedere in assenza.

L'art. 159 c.p.p. prevede che, quando non sia possibile procedere alle notifiche ex art. 157 c.p., si debbano disporre nuove ricerche in un serie di luoghi fra cui quello di nascita.

Ovviamente, tale disposizione si applica anche agli imputati stranieri, poiché altrimenti vi sarebbe una disparità di trattamento.

La norma però è stata interpretata nel senso che *“L'obbligo di disporre le ricerche all'estero, ai fini del decreto di irreperibilità, sorge soltanto se le ricerche svolte nel territorio dello Stato consentano di individuare la località ove l'imputato dimori o eserciti abitualmente la sua attività ed in cui, quindi, possano utilmente effettuarsi le ricerche per l'accertamento di un esatto indirizzo”* (Sez. 5, Sentenza n. 17690 del 18/02/2010)12.

La Corte di Cassazione ha infatti affermato che le ricerche, ai sensi dell'art. 169 c.p.p., comma 4, non debbono avere un ambito più esteso di quello previsto dall'art. 159 c.p.p. in relazione alle ricerche da effettuarsi nel territorio dello stato. Dunque, quando

¹²Cfr. anche Cass. Sez. 1^a, Sentenza n. [27552](#) del 23/06/2010: Ai fini del decreto di irreperibilità, non sussiste obbligo di disporre apposite ricerche all'estero dell'imputato colà residente, del quale si ignori l'esatto recapito.

non si abbia conoscenza dell'esistenza all'estero, di alcuno dei luoghi indicati nel citato art. 159 c.p.p. “... *legittimamente l'imputato viene dichiarato irreperibile, a nulla rilevando che taluno di quei luoghi - in epoca successiva - divenga nota la possibile reperibilità dell'imputato.*

Nella situazione qui esaminata, non essendo emerse indicazioni di una precisa dimora fuori dal confine nazionale, non vi era obbligo processuale di ulteriore indagine all'estero.

Infatti, l'obbligo di disporre le ricerche all'estero, ai fini del decreto di irreperibilità, sorge soltanto se le ricerche svolte nel territorio dello Stato consentano di individuare la località ove l'imputato dimori o eserciti abitualmente la sua attività ed in cui, quindi, possano utilmente effettuarsi le ricerche per l'accertamento di un esatto indirizzo ...”.

Cfr. anche per l'interpretazione degli artt. 159 e 169 c.p.p. la sentenza della Corte di Cassazione, sez. 2^a, n. 22662 del 18/02/2009, della quale si riporta la motivazione:

L'art. 159 c.p.p., riguardante le notificazioni all'imputato in caso di irreperibilità, individua in modo puntuale i luoghi (nascita, ultima residenza anagrafica, ultima dimora, luogo ove abitualmente viene esercitata l'attività lavorativa, amministrazione carceraria centrale) in cui le ricerche vanno effettuate nel territorio dello Stato italiano, prima della declaratoria di irreperibilità, mentre l'art. 169 c.p.p. disciplina le notificazioni all'imputato all'estero. In particolare, la citata norma al comma quarto dispone che "quando dagli atti risulta che la persona nei cui confronti si deve procedere risiede o dimora all'estero, ma non si hanno notizie sufficienti per provvedere a norma del comma 1, (invio della raccomandata ed invito a dichiarare o eleggere il domicilio nel territorio dello Stato), il giudice o il pubblico ministero, prima di pronunciare il decreto di irreperibilità, dispone le ricerche anche fuori del territorio dello Stato nei limiti consentiti dalla convenzioni internazionali", ma tale obbligo sorge unicamente allorché dagli atti risulti la località dello Stato estero in cui si è trasferito o comunque dimori l'imputato, come si rileva agevolmente dal dato letterale, e quindi dall'uso (nell'art. 169 c.p.p., comma 4 e non nell'art. 159 c.p.p.) della congiunzione "anche", che implica il concetto di mera possibilità o eventualità. L'obbligo di disporre le ricerche anche all'estero è quindi previsto unicamente nel caso in cui dalle ricerche effettuate in Italia siano emersi elementi analoghi a quelli indicati dall'art. 159 e, cioè, elementi che consentano l'individuazione di una precisa località nello stato estero ove l'imputato dimori o eserciti abitualmente la sua attività ed in cui, quindi, possano essere effettuate le ricerche per accertarne l'esatto indirizzo ...

Orbene, nella gran parte dei processi con stranieri dichiarati irreperibili, in assenza degli altri casi descritti nell'art. 420 c.p.p., dovrà procedersi ex art. 420 c.p.p. prima attraverso il tentativo di notifica a mani proprie e poi, nel più che probabile caso di impossibilità, alla sospensione del processo.

Ma se questo è l'esito, non è forse il caso di sganciare l'interpretazione dell'art. 159 da quella dell'art. 169 c.p.p.? Non è forse più utile ritenere che per gli stranieri le ricerche nel luogo di nascita siano comunque doverose, attivando, ove possibile anche in considerazione delle situazioni locali, i canali internazionali o i contatti con le ambasciate, per verificare se esiste all'estero una residenza o una dimora presso la quale effettuare le notifiche ex art. 169 c.p.p.?

Insomma, è forse il caso di anticipare alla fase della regolare costituzione delle parti accertamenti che dovranno essere successivamente ugualmente svolti.

14) Sulla latitanza

Come abbiamo già notato, uno dei casi in cui si può procedere in assenza si ha quanto l'imputato si è **volontariamente sottratto** alla conoscenza del procedimento o di

atti del procedimento; in tale caso può rientrare il rifiuto di ricevere la notifica del decreto di citazione diretta a giudizio o dell'avviso dell'udienza preliminare; oppure la fuga dell'indagato per evitare l'arresto.

Vi rientra certamente la **latitanza**.

La definizione della latitanza è data dall'art. 296 c.p.p.: *è latitante chi volontariamente si sottrae alla custodia cautelare, agli arresti domiciliari, al divieto di espatrio, all'obbligo di dimora o ad un ordine di carcerazione.*

Secondo l'interpretazione tradizionale della giurisprudenza, la volontarietà della sottrazione andava valutata secondo un giudizio prognostico: la volontarietà non postula che l'interessato sia a conoscenza dell'avvenuta emissione a suo carico del provvedimento restrittivo della libertà, essendo sufficiente che sappia che un ordine o mandato può essere emesso nei suoi confronti; ma è tuttavia comunque necessario che risulti che egli si è posto in condizioni di irreperibilità avendo notizia delle sue pendenze giudiziarie. Tale dimostrazione non può certamente essere offerta solamente dalla estrema gravità dei fatti commessi.

Ritengo che oggi le norme sul processo in absentia impongano una interpretazione della latitanza più restrittiva.

Sottrarre, nel senso riflessivo, significa *sfuggire, riuscire a evitare*. **Volontariamente** è un avverbio che significa *con libera e spontanea decisione, di propria volontà*.

Pertanto, per poter dichiarare un soggetto latitante, occorre che vi siano elementi di prova che dimostrino che l'indagato si sia sottratto volontariamente al provvedimento limitativo della libertà personale: ma per sottrarsi volontariamente alla cattura occorre che l'imputato sia stato a conoscenza dell'esistenza del provvedimento.

Di recente, sulla latitanza sono intervenute anche le Sezioni Unite, con la sentenza n. 18822 del 27/03/2014, le quali hanno definito la latitanza il "*frutto di una scelta volontaria del soggetto di sottrarsi ad un provvedimento custodiale e conseguentemente di non presenziare al procedimento ...*".

Senza ripercorrere tutto l'iter della sentenza, è però necessario sottolineare che le Sezioni Unite hanno affermato che, per "*... evitare procedimenti in absentia che si presentino, in concreto, di dubbia compatibilità con i valori del giusto processo tracciati tanto dall'art. 111 Cost. che dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ...*", l'accertamento dei presupposti per la declaratoria della latitanza deve essere necessariamente rigoroso.

Va in primo luogo accertato se la p.g. abbia correttamente effettuato le ricerche indicate nell'art. 295 c.p.p.

Nel cd. verbale di vane ricerche devono essere infatti indicate specificamente le indagini svolte. Dunque, non solo la p.g. deve constatare il mancato "rintraccio" dell'indagato ma compiere indagini che possono "*... anche assumere caratteri di notevole complessità. Delle indagini svolte deve poi essere fornita indicazione "specifica" nel relativo verbale, dal momento che è proprio dalla analitica rassegna degli accertamenti che può apprezzarsi il "merito" delle scelte compiute dalla polizia giudiziaria e della impossibilità di battere altre strade che possano condurre alla cattura del latitante ...*".

La redazione del verbale di vane ricerche non determina poi automaticamente la dichiarazione di latitanza.

Infatti, il giudice deve in primo luogo ritenere *«le ricerche esaurienti»*.

Affermano le Sezioni Unite:

Si tratta, però, di una esaustività investigativa che deve essere concretamente misurata in una duplice e concorrente prospettiva: da un lato, infatti, le indagini svolte per pervenire al rintraccio del latitante devono essere tali da escludere possibilità ulteriori ai fini della esecuzione della misura ...

E nel caso in cui "... sussistano concreti elementi che indichino un preciso luogo di rifugio all'estero del soggetto, gli strumenti di cooperazione internazionale di polizia non possono non essere attivati ...".

Quindi "... le ricerche e le correlative indagini devono consentire al giudice di affermare la sussistenza del presupposto della volontaria sottrazione alla esecuzione della misura, giacché, altrimenti, la declaratoria di latitanza risulterebbe priva dell'accertamento "sostanziale" che qualifica la condizione normativa di quello status.

Tutto ciò sta quindi a significare che, ove non risulti positivamente riscontrata la completezza delle ricerche, nella duplice prospettiva di cui innanzi si è detto, il giudice sarà chiamato a disporre ulteriori accertamenti, proprio perché non risultano positivamente acclarati, alla luce delle peculiarità che possono caratterizzare le singole vicende, fra le quali - anche e forse soprattutto - le condizioni personali del ricercato, i presupposti cui l'ordinamento subordina la declaratoria dello stato di latitanza ...".

Le Sezioni Unite hanno affermato la differenza tra il procedimento per la dichiarazione di irreperibilità e quello di latitanza, ma hanno affermato il seguente principio di diritto:

Tenuto conto delle differenze che rendono non comparabili fra loro la condizione della irreperibilità e quella della latitanza, le ricerche effettuate dalla polizia giudiziaria ai sensi dell'art. 295 cod. proc. pen. non devono necessariamente comprendere quelle nei luoghi specificati dal codice di rito ai fini della dichiarazione di irreperibilità e, di conseguenza, anche le ricerche all'estero quando ricorrano le condizioni previste dall'art. 169, comma 4, dello stesso codice. La polizia giudiziaria, tuttavia, deve compiere le ricerche e svolgere le relative indagini in modo tale che le stesse risultino esaustive al duplice scopo di consentire al giudice di valutare, in sede di adozione del decreto di latitanza, da un lato, l'impossibilità di procedere alla esecuzione della misura custodiate per l'assenza di ulteriori elementi che consentano di pervenire al rintraccio dell'imputato, e, dall'altro, la volontarietà del ricercato di sottrarsi alla esecuzione della misura emessa nei suoi confronti. Con la conseguenza che, ove dalle indagini emergano concreti elementi che denotino la presenza in un determinato luogo all'estero della persona ricercata, la polizia giudiziaria sarà chiamata ad attivare gli strumenti di cooperazione internazionale, atti a consentire il rintraccio dell'imputato, in vista della eventuale instaurazione del procedimento di consegna attraverso i canali della collaborazione giudiziaria ..".

Subito dopo aver ritenuto le ricerche esaustive, dovrà operarsi la valutazione della volontarietà della sottrazione in base alle circostanze di fatto.

15) Alcuni casi pratici

Ad esempio, ho ritenuto le ricerche non esaustive poiché non fu svolto alcun accertamento sullo stato di detenzione degli imputati (o se svolto non ne fu dato atto); in un altro caso, non fu effettuato alcun accertamento rispetto ai luoghi di dimora abituale noti alla p.g. ed indicati negli stessi atti del procedimento (gli accertamenti furono effettuati solo nelle residenze risultanti dai certificati).

In un caso recente, nel quale non ho ritenuto le ricerche esaurienti, si verificò che la p.g. era già a conoscenza, prima dell'esecuzione della misura cautelare, che i due imputati si erano trasferiti nella loro terra di origine, come risultava proprio dal verbale di vane ricerche: il che avrebbe imposto, come affermato dalle Sezioni Unite, di attivare i canali internazionali o quanto meno di tener conto del tempo decorso tra la commissione dei fatti, la partenza e l'emissione della ordinanza applicativa della custodia in carcere.

In un altro caso, le ricerche sono state ritenute non sufficienti perché dalla stessa informativa finale risultava che l'indagato viveva principalmente in Albania, paese dal quale andava e veniva. Dunque vi erano delle notizie certe della sua presenza nel territorio di quello Stato; stato con il quale, per altro, vi è un accordo di reciproca collaborazione giudiziaria.

Ancora, la p.g. accertò che i due imputati (stranieri) avevano dato mandato ad una agenzia di vendere la loro proprietà: dunque, di certo dovevano aver fornito recapiti presso cui essere ritracciati, per poter ricevere poi il prezzo della vendita. Alcun accertamento era stato effettuato dalla p.g. presso l'agenzia immobiliare, che pure avrebbe potuto fornire elementi utili al rintraccio degli imputati.

In altro caso, ho ritenuto non sussistente la prova della volontaria sottrazione perché era decorso un ampio lasso di tempo tra i fatti ed il provvedimento restrittivo; si trattava di un tempo tale da poter far ragionevolmente ritenere all'indagato che alcuna reazione vi sarebbe stata rispetto ai fatti commessi. Il tempo può rendere insussistente la possibilità di conoscenza della emissione del provvedimento restrittivo.

Ancora, ho ritenuto il requisito della volontarietà del tutto incerto perché dagli atti risultò che l'imputato si allontanò per ignota destinazione per sottrarsi alla notifica di un ordine di esecuzione – emesso all'esito di un altro processo - alla pena di anni 2 giorni 16 di reclusione, nel giugno 2010, quindi un anno ed un mese prima della emissione dell'ordinanza cautelare.

In un altro caso ho invece ritenuto che l'indagato si fosse sottratto volontariamente all'esecuzione del provvedimento coercitivo, posto che la conoscenza dell'ordinanza o della sua imminente esecuzione nei suoi confronti si deduceva:

- dall'allontanamento repentino dai luoghi di abituale dimora e di frequentazione, allontanamento avvenuto subito dopo aver commesso l'ultimo episodio criminoso;
- dalle ricerche effettuate dalla p.g. nei luoghi di abituale residenza o dimora alla presenza di persone collegate all'indagato, quindi indirettamente messe al corrente delle stesse ricerche per l'esecuzione del provvedimento restrittivo;
- dall'aver appreso dell'emissione dell'ordinanza essendo stato reso edotto della presenza presso la sua abitazione di personale di p.g. che lo stava cercando.

In un altro procedimento, nel quale le ricerche furono ritenute esaurienti perché gli imputati erano scappati in Marocco, paese rispetto al quale le procedure di estradizione non sono attivabili, l'effettiva conoscenza dell'ordinanza applicativa della custodia in carcere emessa nei confronti degli imputati emerse perché:

- gli imputati si allontanarono repentinamente dai luoghi di abituale dimora dopo essere sfuggiti all'arresto in flagranza (dopo la consegna di un rilevante quantitativo di hashish);

- gli imputati vennero a conoscenza dei sequestri di sostanze stupefacenti e dell'arresto in flagranza di altri coindagati nel corso del procedimento (come risultò dalle intercettazioni telefoniche in corso);
- gli imputati vennero a conoscenza dell'esecuzione della misura cautelare nei confronti dei loro prossimi congiunti per gli stessi fatti reato;
- dalle ricerche effettuate dalla p.g. nei luoghi di abituale residenza o dimora alla presenza di persone collegate agli indagati, indirettamente le stesse persone furono messe al corrente delle stesse ricerche per l'esecuzione del provvedimento restrittivo.

Buon proseguimento dei lavori a tutti.

Luca Semeraro