

## Contumacia

### La resistibile affermazione delle garanzie europee in tema di giusto processo *in absentia*

di ELENA MARIA CATALANO

#### La decisione

**Restituzione nel termine- Sentenza contumaciale notificata presso il difensore d'ufficio- Effettiva conoscenza del procedimento da parte dell'imputato- Esclusione- Restituzione nel termine per impugnare- Ammissibilità (C.p.p. art. 175 co. 2 )**

*Le notificazioni effettuate al difensore d'ufficio sono di per sé inidonee a dimostrare l'effettiva conoscenza del procedimento da parte dell'imputato, con la conseguenza che qualora non vi sia alcun elemento dal quale poter desumere che il difensore sia riuscito a rintracciare l'imputato e ad instaurare con il medesimo un effettivo rapporto professionale, va ritenuto che l'imputato non abbia mai avuto effettiva conoscenza del processo a suo carico e non abbia rinunciato volontariamente a comparire.*

**CASSAZIONE PENALE, II SEZIONE, 23 marzo 2011 (ud. 8 febbraio 2011) - SIRENA Presidente - RAGO Relatore - DI CASOLA P.M. (diff.)- Safzafi, ricorrente.**

#### Il commento

1. La decisione che si annota si inserisce nel solco di quel processo di concretizzazione dei contenuti impliciti nell'art. 175 co. 2 c.p.p. intrapreso dalla giurisprudenza dopo la riforma del 2005, che, come è noto, ha riplasmato *ab imis* la disciplina della restituzione nel termine per proporre impugnazione avverso sentenza contumaciale. Tale intervento di riforma rispondeva a esigenze di armonizzazione del codice di rito italiano con le norme europee, rese ineludibili dalle numerose condanne pronunciate dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nei confronti dell'Italia <sup>(1)</sup>.

Infatti, il modello di disciplina previgente -aderente alla tradizio-

---

(1) V., da ultimo, Corte eur. dir. uomo, 18 maggio 2004, Somogyi c. Italia, in *Cass. pen.*, 2004, 3797, con nota di A. TAMIETTI, *Iniquità della procedura contumaciale ed equa riparazione sotto forma di restituito in integrum: un passo verso un obbligo giuridico degli Stati membri alla celebrazione di un nuovo processo?*; Id., 10 novembre 2004, Sejdovic c. Italia, in *Cass.pen.*, 2005, 989, con nota di A. TAMIETTI, *Processo contumaciale e Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo: la Corte di Strasburgo sollecita l'Italia ad adottare riforme legislative.*

nale configurazione dell'istituto della restituzione nel termine come rimedio eccezionale- veniva a negare al contumace inconsapevole del provvedimento pronunciato nei suoi confronti il diritto alla restituzione nel termine, qualora il fatto della mancata conoscenza fosse dovuto a sua colpa <sup>(2)</sup>. La configurazione della assenza di colpa quale presupposto applicativo della restituzione nel termine per impugnare non appariva compatibile con le disposizioni contenute nell'art. 6 co. 1 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e nella regola 6 della Risoluzione n. 11 del 1975 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa che consentivano di prescindere dalla effettività della conoscenza solo qualora l'imputato si fosse volontariamente sottratto alla giustizia <sup>(3)</sup>. L'art. 175 c.p.p., nel far ricadere sul condannato l'onere di provare l'ignoranza incolpevole del provvedimento, veniva ad approfondire lo strappo del sistema italiano rispetto ai principi europei. Infatti, il diritto vivente sviluppato dalla Corte europea in ordine alla Risoluzione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa imponeva alle autorità giurisdizionali nazionali obblighi di accertamento *ex officio* in ordine alla conoscenza effettiva del procedimento da parte dell'imputato.

L'assetto complessivo della normativa interna previgente comprometteva l'effettività della tutela accordata dai canoni del giusto processo europeo- e già dai principi costituzionali -a quel profilo del diritto di autodifesa costituito dal diritto dell'imputato ad esse-

---

<sup>(2)</sup> Cfr. G. UBERTIS, sub art. 175, in *Comm. nuovo C.P.P.*, a cura di Amodio, Dominioni, Milano, 1989, II, 254. V. anche V. CAVALLARI, *La restituzione in termine*, Padova, 1957, 289, che auspica l'attribuzione al giudice del potere di ammettere prove *ex officio*; G. GARUTI, *La restituzione nel termine*, Padova, 2001; A. GIARDA, voce "Restituzione in termini (dir.proc.pen.)", in *Enc. Dir.*, XL, Milano, 1992, 9; P. GUIDI, *La restituzione nel termine per proporre impugnazione a sentenza contumaciale o opposizione a decreto penale di condanna*, in *Arch.n.proc.pen.*, 1996, 839; D. VIGONI, *La restituzione in termini*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1984, 1033.

<sup>3</sup>V. la *Risoluzione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa*, 21 maggio 1975, n. 11, in *Ind. pen.*, 1976, 538. V. al riguardo D. VIGONI, *Giudizio senza imputato e cooperazione internazionale*, Padova, 1992, 46.

## QUESTIONI APERTE

re presente nel suo procedimento <sup>(4)</sup>. La riforma del 2005 è intervenuta sui profili di attrito dell'istituto con la normativa europea, riformulando i presupposti per la restituzione nel termine del contumace e differenziando il criterio risolutore del fatto incerto nei casi previsti, rispettivamente, dal primo e dal secondo co. dell'art. 175 <sup>(5)</sup>. Il testo novellato dell'art. 175 co. 2 c.p.p., da un lato, subordina la fondatezza della richiesta di restituzione nel termine alla

---

<sup>(4)</sup> Sulle rinnovate istanze giusnaturalistiche che pervadono la cultura processualpenalistica europea v. E. AMODIO, *Giusto processo, procès équitable e fair trial: la riscoperta del giusnaturalismo processuale in Europa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 93, anche con riferimento alla capillare penetrazione, negli ordinamenti giuridici dei diversi Stati europei, delle garanzie processuali sancite dalle norme sovranazionali in materia di tutela dei diritti dell'uomo. Sui canoni del giusto processo europeo v. A. GAITO, *Un processo penale verso il modello europeo*, in *Procedura penale e garanzie europee e processo penale*, Torino, 2006.

<sup>(5)</sup> Sui contenuti della riforma v., con varietà di prospettive, M. CHIAVARIO, *Una riforma inevitabile: ma basterà*, in *Legislaz. pen.*, 2005, 253; G. LATTANZI, *Costretti dalla Corte di Strasburgo*, in *Cass. pen.*, 2005, 1125; G. GARUTI, *Nuove norme sulla restituzione nel termine per l'impugnazione di sentenze contumaciali e decreti di condanna*, in *Dir.pen. proc.*, 2005, 684; L. FILIPPI, *Rito contumaciale: quale equo processo?*, in *Cass. pen.*, 2005, 2193; P. MOSCARINI, *Il giudizio in absentia nell'ottica delle giurisdizioni internazionali e in una recente legge italiana*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 573. Differenti regole di giudizio disciplinano ora il dubbio sulla sussistenza dei presupposti per la restituzione nel termine nei casi previsti, rispettivamente, dal primo e dal secondo co. dell'art. 175. Al di fuori dell'ipotesi peculiare regolata dal 2 co. dell'art. 175 c.p.p., l'imposizione al richiedente dell'onere della prova relativa ai presupposti applicativi della restituzione nel termine caratterizza la disciplina dell'istituto secondo un modello coerente con la tradizionale configurazione di rimedio eccezionale impressa al procedimento in esame, valutato in rapporto sia all'interesse pubblico relativo all'ordinata attuazione della funzione giurisdizionale sia alle esigenze di speditezza connesse al meccanismo dei termini processuali. Il testo dell'art. 175, 1° co. c.p.p., nel condizionare la pronuncia della decisione a una data iniziativa della parte interessata, legittima la qualificazione della situazione del soggetto promotore del procedimento in termini di onere in senso stretto. Il principio dell'onere della prova a carico del richiedente si ricava nitidamente dalla lettura dell'art. 175 co. 1 c.p.p. In tal senso v., in giurisprudenza, Cass., sez. I, 9 dicembre 2010, Delehay, in *CED Cass.*, 249281; Cass., sez. V, 2 novembre 1995, Floretti, *Cass. pen.*, 1997, 2203. In dottrina v. G. GARUTI, *La restituzione nel termine*, Padova, 2000, 71.

mancata conoscenza effettiva del procedimento, dall'altro lato, solleva il richiedente da ogni onere probatorio e impone al giudice l'obbligo di compiere accertamenti *ex officio* circa la conoscenza o meno del procedimento da parte dell'imputato. La regola di giudizio stabilisce una sorta di presunzione *iuris tantum* di non conoscenza e pone a carico del giudice il dovere di reperire negli atti l'eventuale prova in contrario e in generale, di effettuare tutte le verifiche occorrenti al fine di accertare se l'imputato abbia avuto effettiva conoscenza del procedimento e abbia volontariamente rinunciato a comparire.

L'attuale disciplina giustifica il rigetto della richiesta di restituzione nel termine qualora sia accertato che l'imputato abbia avuto effettiva conoscenza del procedimento e al contempo abbia rinunciato a comparire oppure che l'imputato abbia avuto effettiva conoscenza del provvedimento e al contempo abbia rinunciato volontariamente a proporre impugnazione<sup>(6)</sup>. Ciascuno di tali presupposti alternativi è integrato da due condizioni - l'effettiva conoscenza del procedimento o del provvedimento e la rinuncia a comparire o a proporre impugnazione- che si combinano tra loro e che devono sussistere congiuntamente. Qualora residui il dubbio su uno solo dei due requisiti, il giudice è tenuto ad accogliere la richiesta di restituzione nel termine<sup>(7)</sup>. Al contrario, la ritenuta sussistenza di un

---

(6) V. Cass., sez. II, 9 maggio 2006, Ahmed, in *Mass. Uff.*, 233620, secondo la quale l'accoglimento dell'istanza di restituzione nei termini per l'impugnazione della sentenza pronunciata in contumacia è condizionata all'assenza di prova positiva della effettività della conoscenza del procedimento o del provvedimento. V. anche Cass., sez. II, 15 marzo 2006, Colonna, in *Mass. Uff.*, 233611; P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2010, V. invece *contra* Cass., sez. I, 15 febbraio 2008, S.P., in *Mass. Uff.*, 239137, che subordina il rigetto dell'istanza non solo al fatto che sia provata la conoscenza del procedimento da parte dell'imputato, ma anche alla acquisizione della prova - il cui onere incombe sull'autorità giudiziaria - che l'imputato fosse a conoscenza del provvedimento da impugnare.

(7) V. Cass., sez. I, 6 aprile 2006, Latovic, in *C.E.D. Cass.*, 233615; Cass., sez. V, 18 gennaio 2006, P. G., in *Cass. pen.*, 2006, 3138, con nota di G. ARIOLLI, *La richiesta di restituzione nel termine va accolta anche quando sia incerta la prova dell'effettiva*

## QUESTIONI APERTE

comportamento doloso e volontario dell'imputato deve essere congruamente motivata dal giudice<sup>(8)</sup>.

2. Il nitore del quadro normativo rivela qualche sbavatura ove calato nella multiforme realtà processuale. Da un lato, la normativa nella sua ri-formulazione presenta qualche zona d'ombra in corrispondenza della mancata regolamentazione dei rapporti tra diritto di impugnazione del difensore e diritto dell'imputato alla restituzione nel termine a impugnare<sup>(9)</sup>. La Consulta ha riconosciuto all'imputato contumace il diritto alla restituzione nel termine per impugnare nonostante l'impugnazione già proposta dal difensore sulla base dell'esigenza di garantire l'effettività del diritto dell'imputato ad essere presente nel processo, diritto che trova fondamento «sia nel diritto al contraddittorio sancito dal suddetto art. 111 Cost., sia nel diritto di difesa, riconosciuto dall'art. 24, co. 2, Cost.:... norme costituzionali che entrambe risentono dell'effetto espansivo dell'art. 6 CEDU e della corrispondente giurisprudenza della Corte di Strasbur-

---

*conoscenza del procedimento o del provvedimento da parte dell'imputato.*

<sup>(8)</sup> V. Cass., sez. II, 21 febbraio 2006, Doum, in *Mass. Uff.*, 233514.

<sup>(9)</sup> Come è noto, le Sezioni unite avevano in un primo tempo adottato la soluzione -poi significativamente ribaltata dalla Consulta- secondo il quale doveva ritenersi preclusa all'imputato contumace la possibilità di ottenere la restituzione nel termine per proporre impugnazione qualora l'impugnazione fosse già stata presentata dal difensore, di fiducia o di ufficio, nell'interesse dell'imputato contumace e fosse già intervenuta la relativa decisione. V. Cass., Sez. un., 7 febbraio 2008, Huzuneanu, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 428. Sulla problematica v. le osservazioni di S. BUZZELLI, *Restituzione nel termine e sentenza contumaciale: dopo una riforma inappagante è necessaria una svolta*, in *Cass. pen.*, 2007, 3388; G. DE AMICIS, *Osservazioni in margine ad una recente pronuncia delle sezioni unite in tema di rapporti tra unità del diritto di impugnazione e restituzione nel termine per impugnare una sentenza contumaciale di condanna*, in *Cass. pen.*, 2008, 2370; F. GIUNCHEDI, *La tutela dei diritti umani nel processo penale*, Padova, 2006, 108; F. LI VOLSI, *Esercizio della potestà di impugnare del contumace dopo la pronuncia sul gravame del difensore diventata esecutiva: una questione aperta*, in *Ind. pen.*, 2008, 661; C. RUSSO, *Il principio dell'unicità del diritto ad impugnare e il diritto dell'imputato di partecipare al giudizio*, in *Giust. pen.*, 2009, 1.

go» (10). Come è noto, il legame genetico tra l'art. 111 Cost. e l'art. 6 Conv. eur. era già stato rafforzato da interventi della Corte costituzionale che avevano attribuito alle norme della Convenzione europea il ruolo di norme interposte, suscettibili in quanto tali da fungere da parametro del giudizio di costituzionalità (11). La decisione n. 317 del 2009 ha ulteriormente chiarito il rapporto tra i diritti riconosciuti dalla Costituzione e i corrispondenti diritti sanciti dalla normativa convenzionale, attraverso l'enunciazione di un «principio di massima espansione delle garanzie» che viene ad attribuire alle norme convenzionali la funzione di ampliare l'area di protezione che la Costituzione riconosce ai diritti fondamentali (12). Nel caso di specie, la proposizione personale dell'impugnazione da parte dell'imputato realizza proprio quello scopo istituzionale di autodifesa tipico del diritto di impugnazione valorizzato dalla riforma del 2005.

L'esigenza di garantire l'effettività di quel profilo del diritto

---

(10) C. Cost., 4 dicembre 2009, n. 317 in *Giur. it.*, 2010, 1911, con nota di F. LI VOLSI, *La restituzione nel termine per l'impugnazione delle sentenze contumaciali tra esigenze di coerenza del sistema e garanzie difensive*. V. anche M. MONTAGNA, *I rimedi per il contumace "incolpevole" nel "dialogo" tra Corte di Cassazione, Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Osservatorio del processo penale*, 2010, n.1.

(11) Il riferimento va, come è ovvio, alle decisioni costituzionali n. 347 e 349 del 2007, sulle quali v. le riflessioni di M. CHIAVARIO, *Diritto processuale penale. Profilo istituzionale*, Torino, 2009, 54.

(12) Resta salvo ovviamente il bilanciamento con interessi costituzionali in conflitto. V. P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2010, 58. L'ultimo tassello del mosaico che regola i rapporti tra diritto interno e diritto convenzionale europeo è rappresentato dalla recentissima decisione 7 aprile 2011 n. 113 in tema di effetti della sentenza di condanna pronunciata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. La Corte costituzionale con una tipica sentenza additiva ha introdotto un meccanismo di adeguamento alle decisioni definitive della Corte di Strasburgo, attraverso la declaratoria di incostituzionalità 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, paragrafo 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».

## QUESTIONI APERTE

di autodifesa costituito dal diritto di presenza dibattimentale deve, quindi, rappresentare il criterio orientativo dell'interprete nella soluzione delle altre questioni controverse sollevate dal testo novellato dell'art. 175 co. 2.

Infatti, i concetti di "effettiva conoscenza del procedimento" o di "volontaria rinuncia a comparire" costituiscono nozioni ad ampio spettro di significanza che presentano, intorno ad un nucleo centrale di significato sicuro, ampie aree di indeterminatezza ai margini. La giurisprudenza è stata quindi chiamata a un processo di concretizzazione della nuova normativa, i cui passaggi fondamentali vengono a coincidere con gli snodi problematici della pronuncia che si annota, la quale affronta in successione i temi della configurabilità di una rinuncia tacita a comparire, della delimitazione del concetto di effettiva conoscenza, nonché del significato rivestito dalla regolare effettuazione delle notifiche. Nel caso di specie, infatti, il giudice di merito aveva rigettato l'istanza di restituzione nel termine sul rilievo che l'imputato doveva ritenersi perfettamente a conoscenza del procedimento in quanto aveva eletto due volte un domicilio rivelatosi inidoneo, con la conseguenza che le notifiche erano avvenute presso il difensore d'ufficio e l'imputato era stato dichiarato irreperibile. In questa prospettiva, l'avvenuta elezione di un domicilio rivelatosi inidoneo è equiparata a conoscenza effettiva del procedimento.

Il principio di massima espansione delle garanzie enunciato dalla Consulta deve orientare l'analisi della fattispecie. Così le radici europee della nuova disciplina contribuiscono a chiarificare i contenuti impliciti nella locuzione "effettiva conoscenza del procedimento" che acquista il significato di sicura consapevolezza della pendenza del processo collegata alla comunicazione di un atto formale <sup>(13)</sup>. In questa prospettiva parte della giurisprudenza individua l'oggetto della effettiva conoscenza nella *vocatio in iudicium* <sup>(14)</sup>.

---

<sup>(13)</sup> V. la motivazione della decisione che si annota.

<sup>(14)</sup> Esige la conoscenza dell'accusa contenuta in un provvedimento formale di "vocatio in iudicium", e ritiene insufficiente ai fini della conoscenza del proce-

I tentativi di imprimere una più forte caratura tecnico giuridica al concetto di effettiva conoscenza approdano naturalmente alla analisi del raccordo tra garanzie della autodifesa e garanzie della difesa tecnica. La profonda differenziazione, misurabile non solo in termini di effettività, tra il rapporto professionale che si instaura tra l'imputato e il difensore di fiducia, da un lato, e il rapporto che lega l'imputato e il difensore d'ufficio, dall'altro, non può non ripercuotersi pesantemente sul grado di conoscenza del procedimento da parte dell'imputato. Sotto un diverso profilo, la novella legislativa, nel porre una esigenza di conoscenza effettiva, mette a nudo l'intrinseca debolezza delle presunzioni di conoscenza legale alle notificazioni effettuate *ex art.* 159, 165 e 161 co. 4 c.p.p. a mani di un difensore nominato d'ufficio all'imputato irreperibile o latitante. Le notificazioni al difensore d'ufficio appaiono «inidonee a dimostrare l'effettiva conoscenza del procedimento o del provvedimento in capo all'imputato, a meno che nel caso specifico la conoscenza non emerga aliunde ovvero non si dimostri che il difensore d'ufficio è riuscito a rintracciare il proprio assistito ed a instaurare con lui un effettivo rapporto professionale»<sup>(15)</sup>. Correlati-

---

dimento la ricezione dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari Cass., sez. I, 17 luglio 2009, C.J., in *Mass. Uff.*, 244316. In senso analogo con riferimento al caso della conoscenza del mero atto di perquisizione v. Cass., sez. I, 30 maggio 2006 Mohamet, in *Cass. pen.*, 2006, n. 3, 262. Nel senso che ai fini del diniego della restituzione in termini per la proposizione dell'impugnazione avverso sentenza contumaciale la effettiva conoscenza del procedimento non può coincidere con la conoscenza di un atto posto in essere d'iniziativa dalla polizia giudiziaria, anteriormente alla formale instaurazione del procedimento, che si realizza con l'iscrizione del nome della persona sottoposta a indagini nel registro di cui all'art. 335 c.p.p. v. Cass., sez. V, 27 novembre 2007, M.N., in *Mass. Uff.*, 237973.

<sup>(15)</sup> Al riguardo assume il ruolo di *leading case* la pronuncia della Cassazione, sez. I, 3 ottobre 2006, Somogyi, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 396, con nota di P. MO-SCARINI, *Condanna in contumacia e restituzione nel termine per impugnarla: la Cassazione ri-decide il "caso Samogyi"*. Nel senso che in tema di restituzione nel termine, non può farsi discendere dalla notifica dell'estratto contumaciale della sentenza a mani del difensore d'ufficio domiciliatario l'effettiva conoscenza da parte dell'imputato contumace, qualora la stessa non sia desumibile "aliunde" v. Cass.,

## QUESTIONI APERTE

vamente acquista rilievo la distinzione tra elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio e elezione di domicilio presso il difensore di fiducia.

Lo spostamento dell'angolo di indagine dal piano dell'esegesi normativa al piano della *law in action* ovvero al piano della concreta prassi processuale attrae l'attenzione dell'interprete sulla diffusione di prassi devianti in tema di elezione del domicilio presso il difensore di ufficio. Vengono in rilievo le ipotesi di elezione del domicilio presso il difensore d'ufficio da nominarsi in un secondo momento. In questi casi la persona sottoposta alle indagini - usualmente un migrante irregolare- nel corso del primo contatto con la polizia giudiziaria, «procede a una elezione di domicilio sostanzialmente al buio, una elezione di domicilio in cui .... il domicilio non è individuato dall'interessato, ma [sarà individuabile] solo successivamente quando sarà designato il difensore d'ufficio» (16).

---

sez. I, 16 gennaio 2009, in *Mass. Uff.*, 242535. Particolarmente significative le affermazioni contenute in Cass., sez. VI, 25 marzo 2010, Mammi, in *Mass. Uff.*, 246666, che esclude la possibilità di ricavare il requisito della effettiva conoscenza dal solo fatto che la sentenza fosse stata notificata al difensore d'ufficio presso cui l'imputato aveva in precedenza eletto domicilio e che questi avesse nel corso del giudizio avanzato istanza di rinvio al fine di valutare la possibilità di accedere a riti alternativi, essendo invece necessaria la prova positiva che lo stesso difensore fosse effettivamente entrato in contatto con il suo assistito. V. anche Cass., sez. IV, 10 giugno 2009, Rocco, in *Mass. Uff.*, 244393, che reputa che, nel caso di notifica dell'estratto contumaciale della sentenza eseguita all'imputato detenuto nel domicilio eletto presso il difensore, non solo non può dirsi provato che l'imputato, a conoscenza della pronuncia di condanna emessa a suo carico, abbia rinunciato ad impugnarla, ma esiste un forte elemento di segno contrario, in quanto lo stato di detenzione non può non aver inciso gravemente sul mantenimento dei contatti tra l'imputato e il suo difensore d'ufficio, ancorchè domiciliatario.

(16) Puntualmente evidenziate da A. CAPUTO, *Domicilio eletto presso il difensore d'ufficio ed effettiva conoscenza del procedimento*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2008, 2, 84. Deve per altro aggiungersi che la più recente giurisprudenza della Cassazione ha ritenuto invalida l'elezione di domicilio effettuata al momento dell'arresto presso un difensore d'ufficio affatto sconosciuto per l'arrestato, facendo riferimento ai principi costituzionali e europei e sottolineando come «...il requisito della personalità delle notificazioni degli atti non può essere e-

Tale prassi suscita molte perplessità sia in relazione alla dubbia consapevolezza da parte dell'indagato circa le implicazioni della elezione effettuata, sia in relazione alla possibilità per il difensore d'ufficio di adempiere i propri doveri deontologici.

Allo stesso modo, il concetto di volontaria rinuncia a comparire va inteso nel senso di volontaria sottrazione alla giustizia, come suggerito da un'interpretazione attenta alla matrice europea della normativa <sup>(17)</sup>. Entro la zona d'ombra che circonda il concetto di rinuncia volontaria rifluiscono i casi di omessa comunicazione, da parte dell'imputato, all'autorità giudiziaria precedente delle variazioni del domicilio dichiarato in precedenza <sup>(18)</sup>. Ancora più ambiguo il caso in cui l'imputato indichi un domicilio *ab origine* fittizio, ipotesi che ha dato luogo a soluzioni giurispru-

---

cluso se non in caso di situazioni sicuramente riferibili a scelta consapevole dell'imputato stesso o alla comprovata impossibilità, originaria o sopravvenuta, di portare il contenuto dell'atto nella effettiva sfera di conoscibilità del destinatario, considerata altresì la regola che in ogni caso di accertata non volontaria sottrazione al processo e rinuncia all'autodifesa l'imputato dovrà essere restituito nelle sue facoltà [con la conseguenza che] il sistema delle notificazioni ad interposta persona e mediante *fictio iuris* deve dunque essere oggetto di stretta interpretazione, perchè quello di partecipare al giudizio è un diritto fondamentale dell'imputato, riconducibile all'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, riprodotto nell'art. 111 Cost., e l'ordinamento processuale deve tendere ad evitare che il giudizio penale si svolga in assenza dell'imputato se questa assenza non dipende da una sua volontà». In tal senso v. Cass., sez. I, 20 aprile 2010, n. 17706, Pmt in proc. Medhi, in *CED Cass.*, 247066.

<sup>(17)</sup> V. Cass., sez. I, 30 marzo 2010, in *Mass. Uff.*, 247403.

<sup>(18)</sup> V., nel senso che l'omessa comunicazione, da parte dell'imputato, all'autorità giudiziaria precedente delle variazioni del domicilio in precedenza eletto costituisce una precisa manifestazione di rinuncia a prendere parte al processo, essendo la condotta finalizzata a impedire il rintraccio dell'imputato che si pone nella volontaria condizione di non avere conoscenza degli atti processuali Cass., sez. IV, 20 novembre 2006, Bellopede, in *Mass. Uff.*, 235975. V. anche Cass., sez. II, 9 marzo 2006, Perrella, in *C.E.D. Cass.*, 233693, che ravvisa gli estremi della volontaria rinuncia a comparire nel caso di notifica mediante consegna al difensore, per l'impossibilità della notificazione al domicilio dichiarato, dovuta alla omessa comunicazione da parte dell'imputato della variazione anagrafica.

## QUESTIONI APERTE

denziali incerte. Qualche decisione, fortemente ancorata alla prospettiva europeistica, attribuisce il giusto rilievo alla distinzione tra la volontà di sviare le indagini, palesata, ad esempio dalla dichiarazione di false generalità, e la volontà di non difendersi personalmente nel processo <sup>(19)</sup>.

La soluzione delle ipotesi dubbie non può che affidarsi a un approccio olistico il quale dia rilievo a tutte le circostanze del caso. Correttamente la decisione annotata enumera una serie di indici ritenuti indicativi, in concorso tra loro, della conoscenza del procedimento da parte dell'imputato e della rinuncia ad assistervi, riconducibili in sostanza alla nomina di un difensore di fiducia e alla effettività del rapporto fiduciario, corroborata dall'elezione di domicilio presso il difensore <sup>(20)</sup>.

Per questa via viene ritenuta accertata per fatti concludenti la ri-

---

<sup>(19)</sup> Cass., sez. V, 29 novembre 2006, Karabache, in *Cass. pen.*, 2006, p. 3380, secondo la quale il comportamento dell'imputato che rifiuti di indicare il domicilio e alleggi false generalità non esclude la possibilità di accedere alla restituzione in termini, che può essere negata solo al soggetto che abbia avuto effettiva conoscenza del procedimento o del provvedimento e che abbia rinunciato a partecipare. V. *contra* con riferimento all'indicazione di un domicilio che risulti fin dall'origine fittizio Cass., sez. V, 27 novembre 2007, M.N., in *C.E.D. Cass.*, 237973

<sup>(20)</sup> V. Cass., sez. I, 20 giugno 2006, Iljazi, in *Giust. pen.*, 2007, III, 519. V. anche Cass., sez. VI, 2 dicembre 2009, n. 66, Condello, in *C.E.D. Cass.*, 245343, nel senso che «quando si realizza un tale contesto (difesa fiduciaria in atto ed assenza di comunicazione alcuna sull'avvenuta interruzione dei rapporti con l'assistito), quella sorta di presunzione "iuris tantum" di non conoscenza della pendenza del procedimento da parte dell'imputato viene meno. E ciò non perché operi una presunzione legale, astratta, formalistica, in senso contrario, ma perché si è in presenza di un "fatto concreto e specifico" - la "pendenza del rapporto di difesa fiduciaria senza comunicazione di interruzione alcuna" - per sé idoneo a provare la conoscenza dell'imputato, secondo regola di comune consolidata esperienza». Cass., sez. I, 15 giugno 2010, in *Mass. Uff.*, 248008 ha ritenuto corretto il rigetto dell'istanza avanzata dall'imputato, che si è reso latitante, provvedendo alla nomina di più difensori di fiducia ed avvalendosi della loro assistenza durante tutte le fasi processuali, sino al giudizio di cassazione. V. anche Cass., sez. I, 30 marzo 2010, in *Mass. Uff.*, 247403, che ha ritenuto che l'imputato, assistito da due difensori di fiducia e volontariamente sottrattosi al giudizio, pur essendone a conoscenza, non potesse lamentarsi del fatto di non avere appreso il suo esito.

nuncia volontaria a partecipare al processo. La stessa angolazione di analisi consente di inquadrare il tema della configurabilità e dei limiti di quell' onere di allegazione -a carico dell'imputato- prospettato da qualche sporadica decisione. I rapporti tra obblighi di accertamento del giudice e oneri di allegazione dell'imputato vanno risolti sul piano della ragion pratica. Non è infatti configurabile un onere di allegazione in senso tecnico che verrebbe a configgere con la lettera e con la *ratio* della normativa in tema di restituzione nel termine <sup>(21)</sup>. Piuttosto in relazione alle circostanze del caso si può delineare in capo all'imputato l'interesse -ovvero l'onere in senso atecnico- di rappresentare circostanze difensive che rientrano della sua esclusiva sfera di conoscenza e che ben difficilmente possono emergere nel processo al di fuori di una allegazione dell'imputato medesimo <sup>(22)</sup>. Il mancato adempimento di tale onere non preclude a priori il conseguimento di un risultato favorevole all'imputato, ma lo rende più improbabile, in quanto comporta il rischio di un accertamento giudiziale incompleto e sbilanciato, con conseguente sopravvalutazione degli elementi indicativi di una conoscenza effettiva del procedimento da parte dell'imputato. In questo senso e entro questi limiti andrebbero ripensate le decisioni in cui si afferma che spetta all'imputato allegare le ragioni per le quali, pur essendo avvenute le notifiche presso il domicilio da lui

---

<sup>(21)</sup> Sul concetto di onere in senso stretto v. per tutti F. CORDERO, *Il giudizio di onore*, Milano, 1959.

<sup>(22)</sup> Sia consentito sul punto il rinvio a E. M. CATALANO, *La prova d'alibi*, Milano, 1998. V. anche Cass. sez. V, 21 novembre 2006, Vargas Cabrera, *Giust. pen.*, 2007, III, 519, che attribuisce al giudice il compito di «accertare l'effettiva conoscenza del procedimento o del provvedimento, soprattutto in presenza di allegazioni da parte dell'imputato». In tal senso andrebbe riformulata la troppo perentoria affermazione secondo la quale «il compimento da parte della autorità giudiziaria di ogni necessaria verifica ai fini della decisione sulla richiesta di restituzione nel termine per proporre opposizione a decreto penale di condanna presuppone che l'interessato abbia indicato le ragioni della mancata conoscenza». V. Cass., sez. I, 22 gennaio 2009, F. S., in *Giur. it.*, 2009, p. 2767, con nota critica di G. SOLA, *Decreto penale di condanna e restituzione nel termine per proporre impugnazione*.

## QUESTIONI APERTE

eletto e a mani dei suoi difensori di fiducia, cionondimeno egli non ne abbia avuto notizia <sup>(23)</sup>. In realtà, assume rilievo non tanto la ritualità della notifica, ma l'esistenza di un complesso di circostanze - collegate ma distinte rispetto alle condizioni di regolarità della notifica - capaci di indebolire la presunzione di non conoscenza stabilita dal testo novellato dell'art. 175 co. 2 <sup>(24)</sup>. Infatti, per "effettiva conoscenza" si intende l'evento psichico dell'apprensione del messaggio da parte del destinatario, il quale opera su un piano parzialmente diverso rispetto a quello delle forme processuali. Può infatti accadere che al regolare perfezionamento della procedura di notificazione non corrisponda il raggiungimento dello scopo perseguito <sup>(25)</sup>.

Il piano della effettiva conoscenza va tenuto ben distinto da quello della regolarità della notifica al fine di evitare che un giudice poco attento inferisca l'una dall'altra <sup>(26)</sup>. Al riguardo la decisione che si annota giustamente riporta entro le giuste proporzioni il rapporto tra presupposti per la restituzione nel termine e regolarità della notifica, osservando come la concessione del rimedio non solo non sia preclusa dalla rituale effettuazione della notifica ma la presupponga.

Peraltro, la decisione annotata rileva come le notificazioni effettuate al difensore d'ufficio siano di per sé inidonee a dimostrare l'effettiva conoscenza del processo. Di conseguenza, la Corte di cassazione, sul presupposto che non vi era «elemento alcuno dal quale poter desumere che il difensore suddetto fosse riuscito a rintracciare l'imputato e a instaurare con il medesimo un effettivo rapporto professionale» e, in applicazione dei principi svolti nel corso dell'*iter* argomentativo, è approdata alla conclusione che dovessero ritenersi integrati i requisiti per la restituzione nel ter-

---

<sup>(23)</sup> Cass., sez V, 10 maggio 2006, Gherasim, in *Riv. pen.*, 2007, p. 234.

<sup>(24)</sup> Così testualmente Cass. pen., sez. VI, 2 dicembre 2009, n. 66, Condello, in *C.E.D. Cass.*, 245343.

<sup>(25)</sup> Cass., sez. V 10 maggio 2006, Gherasim, in *Riv. pen.*, 2007, 234.

<sup>(26)</sup> Spunti poco rassicuranti si rinvengono in Cass., sez. I, 22 gennaio 2009 F.S, in *Giur. it.*, 2009, 2767.

mine.

Ne esce plasticamente scolpita la necessità di una rivisitazione delle forme di conoscenza presunta caratterizzanti il rito degli irreperibili.

3. Le prevalenti tendenze giurisprudenziali mostrano di avere assimilato i principi ideali sottesi alla riforma dell'art. 175, che peraltro non è stata sufficiente a ricondurre nell'orbita del giusto processo europeo la disciplina del giudizio contumaciale italiano. Lo spirito garantista che pare permeare le tendenze della giurisprudenza è costretto ad arretrare allorchè incontra lo zoccolo duro rappresentato dal *quantum di restitutio in integrum* assicurato al contumace. I canoni del giusto processo europeo riconoscono il diritto a un nuovo giudizio all'imputato, qualora sia accertato che la mancata comparizione e il mancato preavviso siano dovuti a una causa indipendente dalla volontà dell'imputato medesimo <sup>(27)</sup>. L'art. 603 c.p.p. offre al contumace restituito in *integrum* la più modesta [possibilità del]la rinnovazione del dibattimento in appello, che continua a essere condizionata dal presupposto della mancanza di colpa recepito nel testo originario dell'art. 175 co. 2 c.p.p. e subordinata all'adempimento di pesanti oneri probatori da parte dell'imputato. La situazione che vede ora restituzione nel termine e rinnovazione dell'istruzione dibattimentale regolate da presupposti -e da regole di giudizio- differenti introduce un elemento di squilibrio sistematico e soprattutto rischia di vanificare la tutela assicurata al contumace dal testo novellato dall'art. 175 co. 2. La giurisprudenza non ha mancato di sottolineare come il provvedimento che concede la restituzione nel termine per impugnare la sentenza di primo grado non vincoli o condizioni il giudice di secondo grado in ordine alla rinnovazione della istruttoria dibatti-

---

(27) Così la Risoluzione n. 11 del 1975 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, regola 9, con riferimento ai soggetti condannati in un processo celebratosi in contumacia per cause indipendenti dalla loro volontà. Sul tema v. G. GARUTI, *Nuove norme sulla restituzione nel termine per l'impugnazione di sentenze contumaciali e decreti di condanna*, in *Dir.pen. proc.*, 2005, 684.

## QUESTIONI APERTE

mentale, dovendo egli sempre valutare, in modo autonomo, la sussistenza di ipotesi che la rendano necessaria <sup>(28)</sup>. Una piena attuazione delle garanzie europee avrebbe dovuto comportare la trasformazione dell'appello, nel caso di specie, in un giudizio rescindente seguito da una successiva fase rescissoria affidata al giudice di primo grado, secondo un'ipotesi di lavoro non ignota né alle riflessioni della dottrina né ai lavori preparatori della riforma del 2005 <sup>(29)</sup>.

Non soddisfa le aspettative espresse dagli organi del Consiglio d'Europa neppure la disciplina in tema di presupposti del giudizio contumaciale. Accentuate valenze garantiste caratterizzano la regola di giudizio contenuta negli artt. 420 *bis* e 420 *ter*, 2° co., c.p.p., che, dando risalto – in funzione impeditiva della dichiarazione di contumacia – alla probabilità della mancata conoscenza incolpevole dell'atto di citazione o dell'impossibilità di comparire per caso fortuito o forza maggiore, dispensano l'imputato dall'onere di fornire la rigorosa dimostrazione delle predette circostanze e impongono al giudice di farsi carico della loro eventuale esistenza pur in assenza di eccezioni difensive <sup>(30)</sup>.

Si sottrae però a una ragionevole giustificazione la disparità di trattamento emergente dal raffronto con l'art. 420 *ter*, 1 co., c.p.p. che, nell'escludere analoga rilevanza della probabilità di un legittimo impedimento, segna un arretramento rispetto agli interventi realizzati con la novella del 1989. Il testo dell'art. 420 *ter* c.p.p. non supporta in modo inequivoco la configurabilità del dovere giudiziale di indagine sui temi addotti dall'imputato, ma, al contrario, fornisce una base normativa al discutibile orientamento giurisprudenziale, che attribuisce all'imputato l'onere perfetto di provare il proprio impedimento <sup>(31)</sup>. Ne consegue la tendenza giurispruden-

---

<sup>(28)</sup> Cass., sez. VI, 25 marzo 2010, in *Mass. Uff.*, 246666.

<sup>(29)</sup> Sia consentito il rinvio a E. M. CATALANO, *sub Art. 603*, in *C.P.P. ipertestuale*, a cura di Gaito, II, Torino, 2008, II, 3055.

<sup>(30)</sup> V. E. AMODIO, *Il dibattimento*, in AA.VV., *Il nuovo processo penale. Dalle indagini preliminari al dibattimento*, Milano, 1989.

<sup>(31)</sup> Cfr. Cass., sez. V, 10 novembre 2004, Nicolini, in *CED Cass.*, 230366; Cass.,

ziale a far ricadere sull'imputato il rischio del dubbio circa la sussistenza dell'impedimento, in caso di *semiplena probatio* e in specie in caso di produzione di certificati medici con indicazione generica della patologia <sup>(32)</sup>. Si impone, tuttavia, al riguardo la necessità di una interpretazione evolutiva della norma, attenta all'osservanza del disposto pattizio. L'esercizio da parte al giudice di poteri istruttori officiosi orientati all'accertamento del legittimo impedimento in sede di incidente contumaciale costituisce attuazione degli obblighi assunti dall'Italia, così come definiti dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, che impone al giudice di provvedere d'ufficio alla verifica della circostanza impeditiva allegata dall'imputato <sup>(33)</sup>. Tale orientamento caratterizza una recente decisione delle sezioni unite, secondo la quale il giudice è tenuto nei casi di dubbio a disporre la visita di controllo al domicilio dell'imputato <sup>(34)</sup>. Ancora più significativi appaiono gli orientamenti della giurisprudenza di merito che fanno registrare l'esercizio di poteri del giudice volti a verificare, attraverso l'assunzione di perizia, la sussistenza del legittimo impedimento <sup>(35)</sup>.

---

sez. VI, 6 aprile 1995, Primavera, in *Cass.pen.* 1996, 3672; Cass., sez. IV, 11 marzo 1992, Maradona, in *Cass.pen.*, 1993, 2018.

<sup>(32)</sup> Cass. sez. II, 2 luglio 2004, M., in *Dir. pen. proc.*, 2005, 573 con nota critica di R. OLIVERI del CASTILLO, *L'impedimento per motivi clinici dell'imputato: le logiche variabili della Suprema Corte in tema di valutazione del certificato medico*.

<sup>33</sup> V., al riguardo, P. MOSCARINI, *La contumacia dell'imputato*, Milano, 1997, 300. V. anche, in materia, G. DE ROBERTO, *Brevi osservazioni sulla contumacia tra "novelle" legislative e codice 1988*, in *Giur.it*, 1990, II, 58; F. SIRACUSANO, *L'udienza preliminare. Preparazione e svolgimento*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. SPANGHER, III, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, a cura di G. GARUTI, Torino, 2009.

<sup>(34)</sup> Cass., sez. un., 11 ottobre 2005, Gagliardi, in *Cass.pen.*, 2006, 27.

<sup>(35)</sup> V. Corte d'assise di Milano, sez. I, ord. 22 settembre 2010, Bernardini, inedita. Nel caso di specie la difesa aveva altresì provveduto alla nomina di un proprio consulente tecnico. Sull'intera materia v., anche, di recente, le osservazioni di P. MOSCARINI, *L'onere di provare l'impedimento ministeriale*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 310.

## QUESTIONI APERTE

Qualche sporadico revirement giurisprudenziale non basta, tuttavia, a compensare l'insufficiente adeguamento ai canoni europei della normativa italiana relativa ai presupposti per la declaratoria di contumacia che, unitamente alla mancata rivisitazione della disciplina sulla rinnovazione del dibattimento in appello, viene a proiettare un cono d'ombra sul grado di effettività delle garanzie assicurate al contumace restituito nel termine. Ne esce, peraltro, confermata la necessità di un intervento a monte su quelle forme di notificazione che non autorizzano in alcun modo la presunzione di conoscenza della *vocatio in iudicium* da parte del destinatario<sup>(36)</sup>. Riacquistano mordente le critiche della dottrina che investono in *toto* la compatibilità del rito degli irreperibili con i principi informativi del sistema<sup>(37)</sup>.

La decisione che si annota evidenzia il paradosso di un meccanismo di notifica che non solo non incrina ma corrobora quella presunzione di non conoscenza prevista dal nuovo art. 175 co. 2 c.p.p., mettendo a nudo l'intima contraddizione tra la notifica all'irreperibile e la funzione di strumento di conoscenza legale o presunta istituzionalmente attribuita all'istituto delle notificazioni<sup>(38)</sup>.

---

<sup>(36)</sup> Sulla mancata necessaria rivisitazione del sistema delle notificazioni in una con la riforma della restituzione nel termine v. per tutti P. MOSCARINI, *Il giudizio in absentia*, cit., 587. V. sul tema anche N. LA ROCCA., *Il nuovo rito degli irreperibili nella giurisprudenza della Corte di Cassazione e la concretizzazione del principio ne absens damnetur*, in *Ind. pen.*, 2007, 191.

<sup>(37)</sup> V. F. CAPRIOLI, *Giusto processo e rito degli irreperibili*, in *Legislaz. pen.*, 2004, 590, con riferimento all'esigenza di garantire il pieno rispetto dei principi del contraddittorio. Come è noto la Consulta ha ritenuta infondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 159 e 160 c.p.p. laddove, e ciò anche in contrasto con l'art. 6 c. 3 C.e.d.u., consentendo l'instaurazione e la definizione del processo a totale insaputa dell'imputato, pregiudicherebbero il diritto di difesa dell'interessato. V. Corte Cost., 11 dicembre 1998, n. 399. Nello stesso senso con riferimento al principio del contraddittorio sancito dal testo novellato dell'art. 111 Cost., v. Corte Cost., 21 marzo 2007, n. 117. V. in dottrina G. VARRASO, *La Corte costituzionale "salva" il rito degli irreperibili*, in *Giur. cost.*, 2007, 1142.

<sup>(38)</sup> V. in generale sulle funzioni dell'istituto delle notificazioni, N. GALANTINI, *Notificazioni*, in *Comm. nuovo C.P.P.*, a cura di Amodio, Dominioni, Milano, 1989,

