

INTRODUZIONE.

LE NUOVE GARANZIE PER L'ASSENTE: QUALCHE CONSIDERAZIONE IMPOLITICA

di Giovanni Paolo Voena

SOMMARIO: 1. Una normativa che si propone di coniugare efficienza e garanzie. – 2. La sfida della disciplina sulle notificazioni all'imputato. – 3. L'assenza dell'imputato dal processo. – 4. L'eccentrica sentenza di non doversi procedere. – 5. La tipologia dei rimedi a favore dell'assente.

1. Una normativa che si propone di coniugare efficienza e garanzie

Una riforma che persegua l'efficienza del processo penale dovrebbe essere giudicata, anzitutto, dai risultati che è riuscita a conseguire su quel terreno. La non ancora piena operatività della riforma "Cartabia" impedisce di esprimere valutazioni complessive sulla manovra in materia processuale e pure su singoli profili disciplinari come quello oggetto del presente volume. È arcinoto che gli studiosi del processo penale non sono orientati ad elevare tributi all'efficienza del processo penale, anzi, da ultimo, la critica all'efficientismo sempre più perseguito a discapito delle garanzie sta diventando il *leitmotiv* delle considerazioni dottrinali sulla riforma¹. L'atteggiamento è ben comprensibile (e condivisibile) da studiosi avvezzi a considerare l'oggetto dei loro studi non come una pratica burocratica di cui si apprezza la rapidità di smaltimento, conseguita talvolta al beffardo prezzo della fuga dal processo, ma come uno scontro reale tra indivi-

¹ Cfr., tra i tanti, O. MAZZA, *Il processo che verrà: dal cognitivismo garantista al decisionismo efficientista*, in *Arch. pen.*, 22 luglio 2002, p. 1 s.; A. PULVIRENTI, *Dalla "Riforma Cartabia" una spinta verso l'efficienza anticognitiva*, in *Proc. pen. giust.*, 2022, p. 631 s.

duo ed autorità, innervato dalla tutela dei valori della persona umana costituzionalmente tutelati.

Vi sono, però, ambiti dove l'efficienza si salda con l'effettività delle garanzie costituzionali e internazionali: è quel che può dirsi dell'efficienza delle notificazioni della *vocatio in iudicium* rispetto all'obiettivo di porre l'imputato nelle condizioni di esprimere una scelta volontaria e consapevole circa la gestione dell'autodifesa, quale componente del diritto al contraddittorio nel momento saliente del processo. Una normativa incapace di coniugare i due aspetti è votata ad una cattiva riuscita, se non al fallimento: il nesso è a tal punto inscindibile che nel loro mancato coordinamento si è fatta consistere una delle ragioni dell'insuccesso delle reiterate manovre legislative dedicate, dapprima, alla correzione della contumacia, poi, alla elaborazione dell'assenza quale *status* personale e, infine, alla costruzione di un complesso assetto processuale². Il d.lgs. n. 150/2022 ha inteso operare quella saldatura ed il legislatore delegato non lo ha certo contraddetto nel tener graficamente distinta la questione circa la regolarità delle notificazioni da quella sulle condizioni per procedere o no in assenza dell'imputato³. Da qui una quasi totale riscrittura in chiave di aggiornamento tecnologico – ma non solo – del regime delle notificazioni, segnatamente di quelle all'imputato, mentre si è costruita *ex novo* la disciplina sull'assenza.

Lo sviluppo storico, *rectius* cronachistico, dei lavori preparatori evidenzia bene la diversità degli approcci. Fin dal disegno di legge del ministro Bonafede, la tematica delle notificazioni, pur da sempre poco frequentata dalle analisi dottrinali, era entrata prepotentemente a far parte della rubrica dell'art. 2, subito abbinata alle «disposizioni per l'efficienza dei procedimenti penali», nella convinzione che toccasse proseguire sulla via della c.d. transizione digitale⁴. Ben diversa è la matrice della normativa sull'assenza. L'adeguamento reclamato dall'art. 9 della direttiva europea 2016/343/UE del 9 marzo 2016 non aveva, da principio, trovato posto sul terreno accidentato della salvaguardia della presun-

² Sulla natura del nesso tutti concordano: v., tra i tanti, M. NOFRI, *Rimodulazione dei casi e superamento delle presunzioni*, in *questo volume*, § 1; V. ODDI, *Le notifiche all'imputato a mani proprie*, in *questo volume*, § 2; F. PERONI, *Sul controverso confine tra incidenti di esecuzione e rescissione del giudicato*, in *Arch. pen.*, 2023, n. 2, p. 4; G. VARRASO, *Il processo in assenza dell'imputato*, in D. CASTRONUOVO-M. DONINI-M.E. MANCUSO (a cura di), *Riforma Cartabia: la nuova giustizia penale*, Wolters Kluwer-Cedam, Milano, 2023, p. 574.

³ Afferma che non è del tutto giustificata l'enfasi sulla scansione tra i due profili S. RENZETTI, *L'udienza preliminare ridisegnata e la nuova udienza di comparizione predibattimentale*, in E.M. CATALANO-R.E. KOSTORIS-R. ORLANDI (a cura di) *Riassetto della penalità, razionalizzazione del procedimento di primo grado, giustizia riparativa*, Giappichelli, Torino, 2023, p. 118, nt. 28. In effetti, è innegabile la priorità logica dell'accertamento sulla ritualità delle notificazioni rispetto a quello sull'effettività della conoscenza della *vocatio in iudicium* da parte dell'imputato.

⁴ V., per ulteriori ragguagli, M. NOFRI, *Rimodulazione dei casi*, cit., § 2.

zione di innocenza nei confronti dei mezzi di comunicazione di massa e neppure su quello del diritto dell'imputato a presenziare al suo processo, sebbene la direttiva figurasse tra quelle menzionate nell'allegato A della legge 25 ottobre 2017, n. 163, con termine di recepimento fissato al 1° aprile 2018. La meritoria spinta riformatrice impressa dalla Commissione "Lattanzi" è stata decisiva, ma, come si preoccupa di spiegare la Relazione ministeriale, l'impegno ricostruttivo affonda le sue radici nelle recenti decisioni della Corte di cassazione, espressasi nella sua composizione più ampia sulla scorta della giurisprudenza europea.

Dunque, le modifiche codicistiche sembrano rappresentare il frutto maturo della convergenza tra un moderato, ma non differibile adeguamento tecnologico e l'allineamento ad esiti giurisprudenziali di indiscutibile valenza garantista, ormai consolidati o in via di consolidazione. Risulterebbe così a prima vista confermata l'ispirazione sottostante alle modifiche legislative apportate negli ultimi anni al processo penale, spesso criticata per la sua intrinseca povertà progettuale: codificare, per l'appunto, meri sviluppi giurisprudenziali. Come si avrà modo di verificare⁵, non si sono però seguite fino in fondo né la direttiva europea 2016/343/UE, né la giurisprudenza europea a proposito degli oneri gravanti sull'imputato già assente, sia nello specifico caso di restituzione nel termine per impugnare, sia in rapporto ai rimedi straordinari di impugnazione. Del pari, sono state imposte all'assente pesanti quanto gratuite regole per scoraggiare la proposizione delle impugnazioni ordinarie. In conclusione, la spinta verso riforme di matrice europeistica esce fortemente ridimensionata dal prevalere di istanze di economia processuale, che circoscrivono a valle le garanzie approntate per l'imputato assente dall'udienza preliminare.

2. La sfida della disciplina sulle notificazioni all'imputato

La riforma "Cartabia" è stata ammirata⁶ perché segna l'avvento delle notifiche telematiche – più correttamente, digitali – quale ordinaria forma di notificazione anche per l'imputato. La scelta è coraggiosa ed il giudizio esatto, ma non si deve trascurare il fatto che le notificazioni per via telematica avevano, e da molti anni, vale a dire dal 2012, cittadinanza nel nostro ordinamento, benché ne fosse sempre rimasto escluso l'imputato. Per contro, l'asserzione che si sarebbe dovuto,

⁵ Cfr. *infra*, §§ 4 e 5.

⁶ Afferma la natura rivoluzionaria della scelta legislativa M. GIALUZ, *Per un processo penale più efficiente e più giusto. Guida alla lettura della riforma Cartabia. Profili processuali*, in *Sist. pen.*, 2 novembre 2022, p. 9.

sfruttando l'occasione, imporre all'imputato un recapito telematico⁷ appare una fuga in avanti, considerando il numero di coloro che non fruiscono ancora di aparati telematici o che non sono in grado di servirsene adeguatamente.

Nel complesso la riforma ha mostrato un approccio cauto verso l'adozione delle moderne tecnologie (c.d. *digital first* e non già *digital only*), sebbene l'intento della manovra legislativa, palesato fin dalla sua intitolazione, pretenda un forte impegno in tal senso. In via di prima approssimazione, le norme introdotte sulla partecipazione a distanza e sulla documentazione degli atti proseguono esperienze avviate da tempo e poi incrementate, talora in maniera velleitaria e scomposta, per fronteggiare la situazione pandemica. Solo la disciplina sulla forma degli atti può dirsi fortemente innovativa mercé la istituzione dell'atto nativo digitale.

La norma codicistica (art. 148, comma 1, c.p.p.) demanda la disciplina delle notificazioni telematiche anche a fonti di natura secondaria. Nessun dubbio che i regolamenti siano, per la loro agilità di emissione, lo strumento normativo maggiormente idoneo ad affrontare il rapido sviluppo della tecnologia⁸, ma si deve pur fare i conti con il principio di stretta legalità processuale *ex* art. 111, comma 1, Cost. La questione si è imposta all'attenzione al tempo della pandemia a proposito dello svolgimento del procedimento a distanza: la normativa in corso di approvazione, poi opportunamente ridimensionata, avrebbe aggirato la riserva di legge costituzionale, non potendosi demandare ad organi amministrativi la gestione delle regole processuali relative a tale procedimento⁹.

Una questione di legittimità in materia¹⁰ è stata dichiarata inammissibile dalla sentenza costituzionale n. 96/2021, ma le argomentazioni svolte in un momento di emergenza pandemica possono ben essere riconsiderate in tempi diversi, valutando l'entità della incidenza degli atti ministeriali sulle regole del procedere in senso stretto, fermo restando che all'attività regolamentare deve inevitabilmente spettare uno spazio adeguato.

La generalizzazione delle notificazioni telematiche comporta la revisione degli schemi correnti. L'organo tipico della fase esecutiva è ora il personale di can-

⁷ V. M. ALAGNA, *Le notificazioni dopo la riforma Cartabia o "Come l'eroe tecnologico fu sconfitto dal temibile Mostro verde"*, in *Giust. insieme*, 31 gennaio 2023.

⁸ Cfr., in tal senso, F. VIGGIANO, *La disciplina generale, le notifiche al difensore e ai soggetti diversi dall'imputato*, in *questo volume*, § 1.

⁹ V. O. MAZZA, *Distopia del processo a distanza*, in *Arch. pen.*, 4 aprile 2020, p. 4.

¹⁰ Cfr., se del caso per ulteriori ragguagli, G.P. VOENA, *Procedimento a distanza*, in G. ILLUMINATI-L. GIULIANI (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura penale. Appendice di aggiornamento Covid 19 e procedimento penale*, ed. web, Cedam, Milano, 2020, p. 21 s., dove sono rammentate le censure elevate dal Consiglio direttivo dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale del 13 aprile 2020 e dall'Osservatorio costituzionale dell'Unione delle Camere penali del 20 maggio 2020.

celleria o di segreteria¹¹ e non più l'ufficiale giudiziario, confinato in una posizione divenuta residuale. Sul piano soggettivo attivo viene valorizzata la polizia giudiziaria, nonostante resti fermo il principio che essa può intervenire nei soli casi previsti dalla legge (art. 148, comma 6, c.p.p.)¹². Si è così accantonato il proposito – accennato nel 2004, compiutamente manifestato dalla legge 31 luglio 2005, n. 144 e sopravvissuto nella vigente formula dell'art. 59, comma 3, c.p.p. – che ambiva a sottrarre alla polizia giudiziaria compiti che esulassero dalle sue funzioni istituzionali, all'epoca focalizzate sul contrasto al terrorismo internazionale. Alle nuove ricerche ordinate dal giudice quando la notificazione all'imputato non detenuto non sia andata a buon fine e prodromiche al decreto di irreperibilità (art. 159 c.p.p.) ed a quelle, in caso di assenza dell'imputato all'udienza preliminare, di provvedere alla notifica personale dell'avviso di udienza, della richiesta di rinvio a giudizio e del verbale d'udienza (art. 420-*bis*, comma 5, c.p.p.) altre se ne sono aggiunte. Viene reso esplicito questa volta che alla sola polizia giudiziaria compete l'attività di ricerca del soggetto nei cui confronti è stata emessa sentenza di non luogo a procedere anche se si continua a non indicare l'estensione dei poteri di indagine impiegabili allo scopo (art. 420-*quater*, comma 3, c.p.p.)¹³. L'autorità giudiziaria può poi disporre che le notificazioni degli avvisi di fissazione dell'udienza preliminare, delle citazioni a giudizio e del decreto penale di condanna siano eseguite, meglio «effettuate», dalla polizia giudiziaria (art. 157-*ter*, comma 2, c.p.p. come affinato dall'art. 2, lett. *e*], d.lgs. 19 marzo 2024, n. 31) quando ricorrono una serie di condizioni, dove la formulazione dell'ultima di esse finisce per assorbire tutte le altre («in ogni altro caso in cui sia ritenuto indispensabile e improcrastinabile, sulla base di specifiche esigenze»). Da ultimo, si è abilitata l'autorità giudiziaria a servirsi della polizia giudiziaria per le notifiche alla persona offesa degli atti introduttivi del giudizio quando incombono i termini di prescrizione e di improcedibilità *ex* art. 344-*bis* o sono in corso di misure cautelari (art. 154, comma 1-*bis*, c.p.p., immesso dall'art. 2, comma 1, lett. *d*], d.lgs. n. 31/2024). Comprensibile la *ratio* della novella alla luce dell'omogeneo obiettivo di celerità, poco comprensibile la previsione di ipotesi più circoscritte rispetto a quelle riguardanti l'imputato. Ad ogni modo, l'am-

¹¹ V. F. VIGGIANO, *La disciplina generale*, cit., § 1.

¹² Nel senso che la nuova formula codicistica appare assai meno perentoria di quella dell'abrogato art. 151 c.p.p. v. F. NICOLICCHIA, *Domicilio digitale e notificazioni*, in D. CASTRO-NUOVO-M. DONINI-M.E. MANCUSO (a cura di), *Riforma Cartabia*, cit., p. 435.

¹³ L'art. 420-*quinqies* abr. non esplicitava se le ricerche dell'assente toccassero unicamente alla polizia giudiziaria a differenza di quanto stabiliva espressamente l'art. 420-*quater* abr. in ordine alle ricerche prodromiche all'emissione del provvedimento sospensivo. Tuttavia, la dottrina era orientata nel senso che le ricerche spettassero unicamente alla polizia giudiziaria: v., per tutti, S. QUATROCOLO, *Assenza e irreperibilità dell'imputato*, in *Enc. dir.*, Ann. IX, Giuffrè, Milano, 2016, p. 46 s.; A. TRINCI-V. VENTURA, *Notificazioni e processo senza imputato*, Giuffrè, Milano, 2016, p. 860.

piezza di queste prescrizioni aumenta il pericolo che il personale investito di funzioni di polizia giudiziaria non sia in grado di assolvere né ai vecchi né ai nuovi compiti, a causa delle note carenze di organico delle forze di polizia¹⁴.

In sintesi, resta ferma la classica distinzione tra notificazioni all'imputato detenuto o a lui equiparato e quelle all'imputato non detenuto. Rimarcato come dalle prime sia stato escluso, forse troppo affrettatamente alla luce dell'evoluzione del sistema penale, il ricorso alla modalità telematica, le seconde si articolano su più parametri di immediata comprensione. Giocano, in prima battuta, il tradizionale criterio di sceverare la prima notificazione all'imputato da quelle successive, in seconda battuta, il rango conferito all'atto oggetto della notificazione, a motivo che contenga o no la *vocatio in iudicium*. Infine, rileva pure la natura, fiduciaria o ufficiosa, della difesa tecnica.

Le notificazioni telematiche abbisognano, per loro natura, di un indirizzo che la riforma denomina domicilio digitale, inteso quale indirizzo elettronico certificato (stando ad una normativa risalente e destinata ad essere sostituita), e la circostanza che l'indirizzo lo fornisca il destinatario costituisce un dato di per sé considerato rassicurante¹⁵. Non ostandovi la legge delega, il legislatore delegato ha ammesso l'impiego da parte dell'imputato della posta elettronica certificata, benché non inserita in pubblici elenchi, come risulta dal tenore di numerose disposizioni, prima fra tutte l'art. 161, comma 1, c.p.p.

Nell'ambito degli equipollenti, il sistema rimane ancorato alla consegna all'imputato di copia dell'atto (forse non necessariamente in formato analogico¹⁶): soluzione ben comprensibile trattandosi di uno tra gli strumenti più sicuri, ed anche più pratici, per procurare conoscenza.

Nelle notificazioni successive alla prima viene poi indefettibilmente in gioco il difensore dell'imputato, di fiducia o d'ufficio, il quale diviene domiciliatario *ex lege*, senza che se ne possa sottrarre, a differenza di quanto accadeva in passa-

¹⁴ Esprime perplessità in tal senso V. ODDI, *Le notifiche all'imputato*, cit., § 2.

¹⁵ Così S. SIGNORATO *La gestione telematica dell'atto processuale nel dedalo del processo penale telematico*, in E.M. CATALANO-R.E. KOSTORIS-R. ORLANDI (a cura di), *Riassetto della penalità*, cit., p. 65. Altro discorso meriterebbe la previsione di un recapito elettronico. Malgrado le lucide critiche elevate, invocando il rasoio di Occam, da B. GALGANI, *Forme e garanzie nel prisma dell'evoluzione tecnologica. Alla ricerca di un processo penale virtuoso*, Wolters Kluwer-Cedam, Milano, 2022, p. 340 s., la riforma Cartabia utilizza l'espressione "recapito" nel modificato art. 349, comma 3, c.p.p., nell'art. 161, comma 1, c.p.p. e nell'art. l'art. 63-bis disp. att. con funzioni diverse. In argomento v., diffusamente, CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE UFFICIO DEL MASSIMARIO, *Relazione su novità normativa. La "riforma Cartabia"*, in *Cass. pen.*, 2023, 01, p. 51 s.

¹⁶ Nonostante l'acribia manifestata dal legislatore nel riferirsi reiteratamente al formato analogico, ritiene congrua la consegna *brevis manu* di copia digitale dell'atto (ad esempio, con pennetta USB) F. VIGGIANO, *La disciplina generale*, cit., § 2, osservando altresì come sia ragionevole che non si sia ricollegata alcuna invalidità al «principio di tassatività delle ipotesi di consegna cartacea».

to. Le successive notificazioni dovranno essere effettuate presso il legale anche con modalità telematiche, escluse quelle relative alla *vocatio in iudicium*. Naturale che, a sua volta, l'imputato abbia l'onere di comunicare al difensore ogni mutamento del domicilio dichiarato o eletto specie relativamente alle notificazioni della *vocatio in iudicium*¹⁷. In materia, il legislatore del 2017, immettendo l'art. 162, comma 4-*bis*, c.p.p., ha statuito che l'elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio abbia effetto solo se pervenga insieme all'assenso del legale. La cautela, già molto discussa nella sua interpretazione piuttosto che nella sua *ratio* riportabile al disegno di impedire che il difensore d'ufficio rimanga legato ad un'opzione che spesso è indotta dagli organi di polizia, vede ora aggiungersi ulteriori regole. Si prevede che il difensore, ove non presti l'assenso, sia tenuto ad attestare l'avvenuta comunicazione, da parte sua all'imputato, della mancata accettazione della domiciliazione oppure a spiegare «le cause che hanno impedito tale comunicazione». La formula resta oscura nel suo reale significato ma certo attribuisce un onere ulteriore al difensore.

Palese è il disegno, da tempo prospettato, di assegnare a quest'ultimo un ruolo attivo in materia di notificazioni per ragioni di economia, efficienza e tempestività. Nessuno dovrebbe dubitare che in un sistema processuale a modello tendenzialmente accusatorio i difensori, proprio perché investiti di maggior poteri, siano destinatari di maggiori oneri in senso proprio a differenza di quanto accadeva nel sistema misto. Gli obblighi che nascono dall'impiego delle moderne tecnologie non è questione nuova: ad esempio, le Sezioni Unite, fin dal lontano 2002, hanno affermato, a proposito di notifiche di atti urgenti (nella specie: avviso dell'udienza di convalida dell'arresto in flagranza), che sui difensori ricade l'onere di assicurarsi della funzionalità delle apparecchiature di ricezione e di ascoltare le comunicazioni registrate¹⁸. Fin qui non vi è nulla da eccepire. Per contro, la classe forense ha, e da anni, stigmatizzato la dimensione pubblicistica conseguente a modifiche legislative suscettibili di stravolgere la qualità di parte (ossia di partigiano) del difensore.

Un dibattito davvero proficuo sul tema non può esaurirsi sul piano astratto dei principi circa il dovere di collaborare lealmente quale espressione dei doveri deontologici del difensore. Ci si deve misurare, invece, sulla concretezza delle conseguenze delle scelte legislative di volta in volta adottate, prestando la giusta attenzione a dati elementari di sociologia giudiziaria e alle possibili divergenze tra le posizioni processuali dell'imputato e del suo difensore. Al primo riguardo, da tempo si lamenta la difficoltà di intrattenere validi rapporti con l'assistito ad

¹⁷ Sottolinea tale aspetto, nonostante che l'art. 161, comma 1, c.p.p. alluda ad un «obbligo», G. UBERTIS, *Atti*, in ID. (a cura di), *Sistema di procedura penale*, vol. II, Giuffrè, Milano, 2023, p. 163.

¹⁸ V. Sez. Un., 30 ottobre 2002, Arrivoli, in *Cass. pen.*, 2003, p. 1284, n. 383 con nota A. BASSI, *Un ulteriore passo avanti nella semplificazione degli avvisi urgenti al difensore*.

opera dei difensori di ufficio, spesso considerati, specie ad opera di imputati extracomunitari, quali difensori dello Stato nemico. Inoltre, è parsa equivoca la previsione che esclude che costituisca «inadempimento degli obblighi derivanti dal mandato professionale» (art. 157, comma 8-*quater*, c.p.p.) l'omessa o ritardata comunicazione dell'atto notificato all'assistito allorquando il fatto è addebitabile a quest'ultimo¹⁹. Al di là del criticabile profilo dell'onere probatorio gravante sul difensore, tocca evidenziare che anche in ambito disciplinare, e non solo penale, non può esservi responsabilità per il fatto altrui. Al secondo riguardo sono state messe in piena evidenza²⁰ una serie di eventualità in cui si delineano contrasti insuperabili tra le posizioni dei due soggetti, non risolvibili alla luce del canone per il quale la volontà dell'imputato prevale su quella del difensore.

Residua un ambito dove la regola primaria della consegna dell'atto al difensore non opera perché ritenuta, all'evidenza, uno strumento inidoneo a garantire l'effettività della conoscenza: ci si riferisce alle solite notificazioni dell'avviso di udienza preliminare e degli altri atti introduttivi del giudizio, nonché al decreto penale di condanna. Di più, il legislatore delegato ha bandito per tali atti pure il ricorso generale alle notificazioni telematiche. Le notificazioni vengono eseguite presso il domicilio dichiarato o eletto *ex art.* 161 c.p.p. e, in mancanza, «nei luoghi e con le modalità di cui all'art. 157, con esclusione delle modalità di cui all'art. 148 comma 1». Nondimeno, taluni dei primi esecuti ritengono valida la notificazione telematica tutte le volte in cui l'elezione di domicilio sia stata fatta ad un domicilio elettronico certificato²¹, quindi, se del caso, anche presso il difensore.

La complessa disciplina²² contenuta nel titolo quinto del libro sugli atti non si occupa del controllo circa l'effettività della conoscenza della *vocatio in iudicium* sicché si ricade entro sistemazioni concettuali consolidate. Come notava molti anni fa un'autorevole dottrina processualcivilistica²³, la provocazione di

¹⁹ V. F.R. DINACCI, *Le prospettive di riforma delle notifiche all'imputato e processo in absentia: inconsapevolezze legislative*, in *Arch. pen.*, 2021, n. 1, p. 13; B. MERCURI, *Notifiche all'imputato tramite il difensore*, in *questo volume*, § 3.

²⁰ Cfr. ancora F.R. DINACCI, *Le prospettive di riforma*, cit., p. 16; B. MERCURI, *Notifiche all'imputato*, cit., § 3.

²¹ Prendono posizione in tal senso, CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE UFFICIO DEL MASSIMARIO, *Relazione su novità normativa*, cit., p. 59; F. NICOLICCHIA, *Domicilio digitale*, cit., 436, osservando giustamente che la generale esclusione della notificazione telematica è inspiegabile alla luce della possibilità di procedere alla notificazione a mezzo posta che non offre maggiori garanzie di effettiva conoscenza; nonché, implicitamente, V. ODDI, *Le notifiche all'imputato*, cit., § 5.

²² Esprime un giudizio critico sulla ricostruzione della disciplina delle notificazioni, giudicandola labirintica, S. SIGNORATO, *La gestione telematica dell'atto*, cit., p. 62, nonché nello stesso ordine di idee, cfr. C. SCACCIANOCE, *La nuova disciplina delle notificazioni all'imputato*, in *Dir. pen. proc.*, 2023, p. 953. Discorre di "frammentazione" delle notificazioni all'imputato, F. NICOLICCHIA, *Domicilio digitale*, cit., p. 436.

²³ Cfr. E. MINOLI, *Le notificazioni nel processo civile*, Giuffrè, Milano, 1937, p. 1 ss.

conoscenza, propria di un istituto la cui matrice è il *notum facere*, presenta un limite intrinseco: il ruolo preponderante lo svolge il *facere* e non la *notitia*. Ciò significa che l'effettivo raggiungimento della conoscenza non è essenziale ai fini del perfezionamento della notificazione e, quindi, della validità, del relativo procedimento: basta la mera conoscibilità discendente dalla puntuale osservanza delle forme prescritte. Lo strumento di volta in volta impiegato rileva allo scopo di assicurare che il destinatario, magari poco cooperante, apprenda il contenuto dell'atto, ma la probabilità di un miglior risultato conoscitivo non è, di per sé, sufficiente ad alterare l'impostazione di fondo.

Anche le notificazioni telematiche non sono in grado di fornire la certezza assoluta dell'apprendimento dell'atto, mirando a garantire uno stato di conoscenza che rimane pur sempre di natura legale perché «la ricevuta di avvenuta consegna, generata dal sistema, assume valore di relazione di notificazione» (art. 168, comma 1, c.p.p.). E la dottrina più attenta²⁴ non ha mancato di indicare una serie di situazioni in cui non si realizza affatto una conoscenza effettiva, per le quali – tocca aggiungere non opera la speciale fattispecie di restituzione nel termine che riguarda il malfunzionamento dei sistemi informatici pubblici (art. 175-*bis* c.p.p.). Superfluo dire che la stessa conclusione vale, sol che si rifletta, pure per la consegna a mani proprie.

Il vero è che la ricerca dell'effettività della conoscenza è affidata alle norme dedicate all'accertamento circa la mancata presenza dell'imputato all'udienza preliminare e non alla normativa sulle notificazioni. Da qui il configurarsi di obiettive quanto – forse – inevitabili disarmonie sistematiche. Si consideri l'avviso alla persona sottoposta alle indagini dello svolgimento dell'incidente probatorio: nell'istruttoria dibattimentale la presenza della stessa persona, ma in qualità di imputato, risulterà ben altrimenti garantita.

3. L'assenza dell'imputato dal processo

La normativa introdotta sul controllo dell'assenza dell'imputato dal processo accentua ancora la scelta strategica di continuare ad attribuire un ruolo centrale all'udienza preliminare, nonostante le critiche da tempo elevate alla sua scarsa funzionalità e destinate ad aprire un varco alle proposte radicali di sopprimerla. La riforma, salvo che manchi strutturalmente la fase, concentra in questo conte-

²⁴ Cfr. S. SIGNORATO, *La gestione telematica dell'atto*, cit., p. 65: «si pensi a disguidi tecnici, a casella di posta elettronica piena, all'intervenuta senescenza o malattia del titolare della pec che gli faccia dimenticare i codici di accesso, e così via». Per analoghi esempi v., altresì C. SCACCIANOCE, *La nuova disciplina delle notificazioni*, cit., pp. 952-953, nt. 10.

sto i controlli sulla validità e sull'efficacia della citazione a giudizio. Il proposito è spinto fino in fondo: lo dimostra, a tacer d'altro, la scomparsa dell'espressione «udienza di comparizione», sostituita dall'«udienza per la prosecuzione del processo davanti al giudice del dibattimento»²⁵.

L'ulteriore potenziamento dell'udienza preliminare non assume carattere esclusivo perché gli stessi compiti sono affidati pure all'«udienza di comparizione predibattimentale» nei procedimenti davanti al tribunale in composizione monocratica: soluzione comprensibile perché trattasi di una sorta di compensazione della mancanza dell'udienza preliminare²⁶. Ne segue che la ventilata soppressione dell'udienza preliminare e la sua sostituzione con un istituto assimilabile all'udienza di comparizione predibattimentale non dovrebbe suscitare rilevanti effetti sul controllo giudiziale circa la validità e l'effettiva conoscenza della *vocatio in iudicium*.

Si aggiunga l'elementare considerazione che gli obiettivi di economia processuale sono meglio perseguibili quando il giudizio sull'effettività delle garanzie scatta fin dall'inizio del processo in senso proprio, anziché operare in un momento successivo, determinando, in caso di violazioni, inevitabili regressioni del rito.

Lo sgravio dell'udienza dibattimentale da attività che esulano dal suo nucleo essenziale – l'assunzione delle prove – genera, nondimeno, effetti negativi. Tanto l'udienza preliminare quanto l'udienza di comparizione predibattimentale si svolgono senza la presenza del pubblico al quale viene sottratto il diritto di constatare personalmente il reale funzionamento del sistema delle notificazioni e, merita aggiungere, le scelte sull'ammissibilità della costituzione di parte civile, spesso cariche di valenze sociopolitiche.

Chi scrive era del parere che la natura costituzionale della garanzia della pubblicità delle udienze penali fosse desumibile dall'obbligo di motivare i provvedimenti giurisdizionali (ora art. 111, comma 6, Cost.) che, nella sua proiezione esterna, comporta il necessario raffronto con quanto è avvenuto nel corso dell'istruzione probatoria. La garanzia del controllo popolare è poi integrata dalla (pur generica) proclamazione *ex art.* 101, comma 1, Cost., la cui valenza era già stata evidenziata dalla Corte costituzionale fin dalla lontana sentenza n. 11/1971. La giurisprudenza costituzionale con numerose prese di posizione e la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo hanno progressivamente ampliato l'area della rilevanza costituzionale della pubblicità delle udienze in materia penale ben oltre lo svolgimento dell'istruttoria dibattimentale: gioca qui anche la portata dell'art. 117, comma 1, Cost. con riguardo all'art. 6 Cedu. Le

²⁵ Per questa osservazione, a proposito dell'art. 429, comma 1, lett. f), c.p.p., cfr. già S. RENZETTI, *L'udienza preliminare ridisegnata*, cit., p. 117.

²⁶ Così. E. MARZADURI, *Procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica*, in M. BARRIS, (a cura di), *Compendio di procedura penale*, XI ed., Wolters Kluwer-Cedam, Milano, 2023, p. 787.

ragioni che hanno giustificato l'assenza della pubblicità dall'udienza preliminare, considerata nella sua unitarietà, inducono tuttavia a ritenere che l'assenza di pubblicità per le attività di cui qui si discorre possa superare il vaglio di legittimità costituzionale. Lo stesso risultato, invece, potrebbe non riuscire – va pur detto – alla creata udienza camerale nel giudizio d'appello.

La profondità del controllo circa la presenza dell'imputato all'udienza svolta in contesti spaziali-temporali da questo punto di vista unitari (eccezion fatta per i ristretti ambiti del giudizio direttissimo con imputato a piede libero e per il giudizio immediato) costituisce uno dei passaggi salienti della riforma "Cartabia". Ai fini della validità della *vocatio in iudicium* la mera osservanza delle forme dell'attività notificativa diviene parametro insufficiente: decisivo è il raggiungimento di un risultato conoscitivo – dal contenuto mai generico ma specifico – da parte dell'imputato. In breve, richiamando la terminologia prima menzionata, la conformità del *facere* alle regole del processo non basta più: quel che conta è la conoscenza effettiva della *notitia*. La qualità del controllo del giudice, da effettuarsi – è appena il caso di precisarlo – secondo il parametro dell'al di là di ogni ragionevole dubbio, assume un valore centrale nell'assicurare l'effettività della conoscenza. Ineliminabile sarà il profilarsi di discrasie applicative ma eccessivo scorgervi il rischio di uno scardinamento della legalità processuale²⁷.

Ponendosi nella dimensione dell'effettività del diritto di difesa personale, ben ci si può lamentare che il legislatore si sia limitato a disciplinare il diritto a presenziare all'udienza e non si sia, con l'occasione, occupato dell'effettività della partecipazione personale all'istruttoria dibattimentale da parte dell'imputato. Ad esempio, poteva prevedersi che anche l'imputato, pur con le necessarie cautele specie nei riguardi del teste persona offesa, possa rivolgere direttamente le domande al testimone, modificando l'art. 498, comma 1, c.p.p.: è risaputo, però, come la riforma "Cartabia" abbia dedicata modesta attenzione alla fase dibattimentale.

In tema di mancata presenza all'udienza preliminare sarebbe stato opportuno che risultassero nettamente scandite, già sul piano lessicale, la posizione dell'imputato non presente fisicamente e nei cui confronti il processo prosegue da quella dell'imputato nei cui confronti il processo è destinato a chiudersi perché è giudizialmente provato che egli non ha avuto conoscenza effettiva della *vocatio in iudicium*. A differenza di quanto hanno proposto alcuni tra i primi interpreti discorrendo di imputato assente consapevole o inconsapevole, la riforma del 2022 – per il vero, al pari di quella del 2014²⁸ – non ha escogitato etichette di sorta. Dalla lettura dell'art. 420-*bis* c.p.p. si ricava che si è attribuita la qualità, pur sen-

²⁷ Così, invece, S. RENZETTI, *L'udienza preliminare ridisegnata*, cit., p. 126.

²⁸ Per la tempestiva segnalazione che nella riforma del 2014 il termine "assente" comprendeva tutte le ipotesi di mancata comparizione dell'imputato alla prima udienza, v. G. UBERTIS, "Truffa delle etichette" nel processo penale: la "contumacia" è divenuta "assenza", in *Cass. pen.*, 2015, p. 935.

za nominarla espressamente, di “assente” all’imputato nei confronti del quale sia stata accertata dal giudice la conoscenza effettiva della pendenza del processo ovvero la deliberata volontà di sottrarsi, anche tramite condotte elusive di una misura cautelare²⁹. Sull’altro versante si è proceduto per esclusione: l’art. 420-*quater*, comma 1, c.p.p. discorre di “imputato non presente» a proposito di coloro nei confronti dei quali il giudice abbia accertato che non sussistono le condizioni né per procedere in assenza (art. 420-*bis*, commi 1, 2 e 3, c.p.p.), né per dichiarare un legittimo impedimento (art. 420-*ter* c.p.p.). Rinviata l’udienza ed affidato alla polizia giudiziaria il compito di tentare la notifica personale, il soggetto diviene, se non rintracciato, destinatario della sentenza di non doversi procedere «per mancata conoscenza della pendenza del processo».

L’inconveniente lessicale di cui si discorre non è sfuggito alla Relazione ministeriale, che si è cavata d’impaccio utilizzando la formula “assenza impediante” per riferirsi alla posizione dell’imputato che non è stato rintracciato dopo la fallita notifica ad opera della polizia giudiziaria³⁰. La prassi linguistica che si formerà nel foro dirà quale espressione diventerà quella corrente.

Come se non bastasse, in una condizione, per così dire, intermedia tra presenza ed assenza, continua a collocarsi quella dell’imputato il quale è fisicamente non comparso ma viene *ex lege* equiparato a quello presente. La figura, costruita sulla base di una *fictio iuris* già conosciuta dal sistema, viene riposizionata ed estesa – ecco la novità – all’imputato che ha richiesto, per iscritto e ritualmente, di essere ammesso ad un procedimento speciale o che è rappresentato in udienza da un procuratore speciale nominato allo scopo (art. 420, comma 2-*ter*, c.p.p.).

L’introduzione di questo caso, a causa della sua innegabile diversità rispetto a quelli considerati nello stesso comma, prospetta più di un quesito. Si è addebitato alla norma di non aver introdotto l’indicazione del momento del rilascio della procura speciale, consentendo che il soggetto possa provvedere prima di essere venuto a conoscenza della *vocatio in iudicium* nella sua interezza. Da qui il suggerimento di ritenere necessario che la nomina avvenga dopo la notificazione dell’avviso di udienza³¹. Manifesta è la eterogenesi dei fini nei confronti

²⁹ Cfr. M. NOFRI, *Rimodulazione dei casi*, cit., § 4.

³⁰ Accoglie la distinzione tra assenza non impeditiva e impeditiva ai fini della prosecuzione del processo, A. CONTI, *L’imputato assente alla luce della riforma Cartabia. Note a prima lettura del d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150*, in *Arch. pen.*, 2023, f. 1, p. 6. Nel senso che «il legislatore odierno ha opportunamente bandito l’impiego onnicomprensivo del termine assente, a designare tanto lo sviluppo quanto la stasi del procedimento [rectius processo], finendo per smarrire ogni capacità connotativa alle differenti ipotesi di mancata comparizione» cfr. S. RENZETTI, *L’udienza preliminare ridisegnata*, cit., p. 119, nt. 30.

³¹ La tesi è largamente circolante: v. G. MANTOVANI, *I presupposti del processo in assenza*, in *Legisl. pen., Speciale LP*, 20 maggio 2023, p. 3, all’interno di un’approfondita analisi della norma; G. VARRASO, *Il processo in assenza*, cit., p. 579.

dell'imputato: una libera opzione semplificativa del rito da lui esercitata diviene la causa di un trattamento meno favorevole perché il soggetto non sarà ammesso ad avvalersi della restituzione nel termine *ex art. 175*, comma 2.1, c.p.p., proponibile solo da chi è giudicato in assenza. Ben si comprende perché la norma appaia censurabile davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo³².

4. L'eccentrica sentenza di non doversi procedere

Una sentenza processuale conclude l'accertamento giudiziale negativo circa l'effettiva mancata conoscenza della "pendenza" del processo da parte dell'imputato, definendo (almeno a quello stato) il processo. Ben conosciute le ragioni dell'abbandono del percorso costruito dalla riforma del 2014. Se si volevano togliere davvero dai ruoli di udienza, ad esempio, i processi contro imputati extracomunitari senza fissa dimora, disporre la sospensione col seguito di ricerche cadenzate non era soluzione appropriata. Si è così passati da processi quasi sempre inutilmente pendenti a processi formalmente definiti, ma suscettibili di essere riaperti per un arco temporale assai più esteso di quello consentito dal precedente assetto e, al tempo stesso, dalla condizione di imputati con procedimenti sospesi perché assenti dall'udienza a quella deteriorata di persona non (ancora) rintracciata³³. Tutti sappiamo quanto abbiano contato per la soluzione i vantaggi conseguibili ai fini del piano P.N.R.R., talché non vale la pena di spendervi parole.

Merita interrogarsi, invece, sulle probabilità di successo della manovra. Del pericolo che la polizia giudiziaria non sia in grado di operare efficacemente nel ricercare l'imputato non comparso già si è già fatto cenno, ora tocca evidenziarne la conseguenza: un ampio spazio aperto all'emissione delle sentenze di non doversi procedere. Nei confronti del giudice dell'udienza preliminare, che sovraintende all'attività esecutiva e che del subprocedimento è il *dominus* indiscusso, non vale l'argomento tanto volte messo in campo a proposito della opzione sbilanciata tra decreto di rinvio a giudizio e sentenza di non luogo a procedere: l'obbligo motivazionale che grava sulla seconda gioca a favore della scelta del primo in quanto attività meno impegnativa. Ora la norma (art. 420-*quater* c.p.p.) circoscrive l'ambito del discorso giustificativo alla "mancata conoscenza

³² Così G. MANTOVANI, *I presupposti del processo in assenza*, cit., p. 4. Tra i tanti che esprimono giudizi critici v. M. NOFRI, *Rimodulazione dei casi*, cit., § 4; G. VARRASO, *Il processo in assenza*, cit., p. 578.

³³ Per un rilievo in tal senso già A. SANNA, *La sentenza di non doversi procedere per mancata conoscenza del processo*, in *Discrimen*, 20 marzo 2023, p. 2.

della pendenza del processo da parte dell'imputato", talché basta indicare "l'esito delle notifiche e delle ricerche effettuate". Vero è che la sentenza deve contenere una serie di prescrizioni proiettate sul futuro, ma esse non si risolvono in valutazioni discrezionali ma in adempimenti, sostanzialmente burocratici, che ben potranno essere affidati al personale dell'ufficio del processo. In conclusione, difettano forti remore "economiche" che inducano i giudici a non pronunciare le sentenze in parola.

Sul piano nomenclatorio la collocazione nel contesto spaziale e temporale dell'udienza preliminare avrebbe suggerito la stessa denominazione data alle decisioni emesse in quella sede, dove si pronunciano sentenze, sia di rito sia di merito, qualificate sentenze di non luogo a procedere. E lo stesso rilievo vale, è appena il caso di dirlo, per le sentenze emesse per lo stesso scopo nell'udienza predibattimentale stante gli integrali rinvii operati dal legislatore.

Il peccato di non aver adottato l'espressione impiegata per le decisioni emesse nell'udienza preliminare dunque c'è, ma è veniale: nasce dalla volontà di evidenziare, fin nel nome, che la sentenza assume una portata unicamente processuale essendo pronunciata, si badi, nelle battute iniziali di quell'udienza. Naturale, quindi, che non vi sia spazio per sentenze meritali, per definizione, qui sempre più favorevoli, né per sentenze estintive³⁴. Resta da osservare che l'inquadramento nell'area dell'improcedibilità o, più esattamente, dell'improseguibilità dell'azione penale appare corretta dal punto di vista dei rapporti con il diritto penale, come è ragionevole attendersi da una riforma che investe anche tale ambito. A differenza delle condizioni di non punibilità, quelle di improcedibilità riguardano aspetti che non attengono alla costruzione della fattispecie incriminatrice e rappresentano l'esito di un bilanciamento di interessi esterni al fatto di reato.

Altre conclusioni valgono guardando alla sostanza: lo scostamento dal *genus* delle sentenze di non luogo a procedere mette sull'avviso l'interprete, per giungere alla conclusione che si tratta di una decisione non solo bifronte o polifunzionale ma davvero eccentrica rispetto ai principi del vigente sistema processuale.

Intuitivo è il raffronto³⁵ con le sentenze di non luogo a procedere *ex art. 72-bis* c.p.p. per l'incapacità psicofisica di natura irreversibile dell'imputato a partecipare coscientemente al procedimento. Comune è la *ratio* della creazione delle due decisioni processuali: garantire il diritto all'autodifesa dell'imputato, co-

³⁴ Nel senso che «la sentenza di non doversi procedere prevalga sulla sussistenza di cause di non punibilità» cfr. F. CASSIBBA, *Non doversi procedere per mancata conoscenza del processo: una sentenza "aliena"*, in questo volume, § 2.

³⁵ V., ad esempio, CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE UFFICIO DEL MASSIMARIO, *Relazione su attività normativa*, cit., p. 112, nota 258 e, successivamente, nel senso che l'assenza impeditiva da causa di sospensione del processo si è trasformata a fattispecie di improcedibilità, così come è accaduto per l'incapacità di partecipare coscientemente al processo, v. Corte cost., sent. n. 65/2023.

me lo è l'obiettivo di economia processuale perseguito, ovvero superare il precedente assetto costruito sulla sospensione del procedimento.

Un lettore frettoloso potrebbe ravvisare una prossimità con le sentenze rese in forza dell'art. 344-*bis* c.p.p., così come disciplinate dalla legge n. 134/2021: anche in tali casi l'improcedibilità rappresenta il suggello di una vicenda processuale ritenuta non conforme ai canoni del giusto processo. L'accostamento potrebbe proseguire rammentando un'altra sentenza di natura processuale come quella di non doversi procedere per la sussistenza del segreto di Stato. Simili passaggi argomentativi, tuttavia, ometterebbero di considerare il potenziale sviluppo delle due prime decisioni considerate: l'eventualità della ripresa del procedimento. In proposito e per inciso: va apprezzato che questa volta non sia stato ritoccato l'art. 345, comma 2, c.p.p., a differenza di quanto avvenne – superfluo – al momento dell'introduzione della sentenza per l'incapacità irreversibile di partecipare coscientemente al processo.

La cartina di tornasole circa la natura eccentrica del provvedimento è fornita dalla disciplina delle attività probatorie espletabili dopo la sentenza. Per la sentenza di non doversi procedere *ex art. 72-bis* c.p.p. la riapertura del processo appare evenienza poco probabile per ragioni di ordine fattuale, talché il legislatore non ha considerato il successivo compimento di attività a sfondo probatorio. Da un lato, difficilmente le patologie psicofisiche che compromettono così severamente l'autodifesa sfociano nella guarigione e, nel caso venissero operate mosse fraudolente tese a celare la capacità, esse dovrebbero risultare da un diverso procedimento penale appositamente instaurato: svolgimento poco probabile data l'assenza di controlli sul perdurare dell'incapacità. Dall'altro lato, assume carattere addirittura assorbente la considerazione che il compimento di attività probatorie costituirebbe una contraddizione in termini di fronte all'incapacità del potenziale destinatario a partecipare al procedimento.

Ragioni fattuali non sono spendibili per la fattispecie considerata dalla riforma "Cartabia". Anzitutto, il legislatore ha preventivato che possano essere praticate condotte fraudolente tanto da raddoppiare, con atteggiamento punitivo, i termini della prescrizione con l'esito di rendere i reati più gravi pressoché imprescrittibili (a parte quelli che lo sono *ex lege*) a causa dell'allungato periodo dell'utile rintraccio. L'inserimento, in forza dell'art. 143-*bis* disp. att. c.p.p. nel CED, ai sensi dell'art. 8 legge 1° aprile 1981, n. 121, dei dati del già imputato fornisce uno strumento potente per portare al successo l'attività di ricerca anche molti anni dopo la sentenza di non doversi procedere.

La riforma ha messo nel conto che prove non differibili potrebbero essere assunte nel limbo successivo all'emissione della sentenza e che le stesse saranno destinate a far parte del procedimento nel caso in cui il soggetto venga poi rintracciato. Rappresentazione di uno sviluppo processuale non equivale a chiarezza nell'affrontarlo: leggendo la norma relativa agli «atti urgenti» (art. 424-*quin-*

quies c.p.p.) l'interprete si smarrisce, correndo il rischio di mescolare profili tra loro irriducibili.

Se si muove, stando ad un'impostazione formale, dall'assunto che la sentenza di non doversi procedere fa venir meno la qualifica di imputato (come affermano i lavori preparatori), ne segue che il rintracciabile, non più parte del processo, resta privo di difensore: la chiusura del processo fa cadere la precedente nomina³⁶. La norma codicistica così intesa apre la strada a questioni di legittimità costituzionale per violazione del diritto di difesa. I dubbi potrebbero essere superati escludendo l'operatività del canone, sempre tenuto fermo dalla giurisprudenza, che impedisce di attribuire garanzie difensive *ad incertam personam*. In realtà, ove il soggetto dovesse essere rintracciato, la fattispecie non appare distante da quella disciplinata, in chiave garantista, dall'art. 220 disp. att. c.p.p.

Se, al contrario, mirando alla sostanza, si sostiene che la sentenza produce una mera sospensione nel procedimento, la nomina, fiduciaria o d'ufficio, è destinata a sopravvivere alla sentenza così da garantire l'assistenza difensiva nell'incidente probatorio o, addirittura, a richiederlo. Nel caso poi il difensore fiduciario rifiutasse l'incarico, al giudice per le indagini preliminari non resterebbe che nominare un difensore d'ufficio.

Entrambe le soluzioni appaiono estemporanee perché contrastanti con il vigente assetto processuale così come inteso dal diritto vivente. Il vero è che non è difficile prevedere che la tematica in parola, così come la sopravvivenza delle misure cautelari personali e reali alla sentenza di non doversi procedere, darà filo da torcere agli interpreti³⁷.

5. La tipologia dei rimedi a favore dell'assente

L'arsenale dei rimedi ora forniti all'assente, consapevole o no, è assai ben fornito. Si parte, a seguire la topografia codicistica, dalla restituzione nel termine, per passare alle impugnazioni ordinarie e per finire con quelle straordinarie. Non stupisce che il numero e la costruzione dei mezzi predisposti sia parsa frutto della consapevolezza, da parte del legislatore delegante e condivisa da quello

³⁶Per giurisprudenza consolidata, chiuso il procedimento di merito, il soggetto deve provvedere a nominare un nuovo difensore per la fase esecutiva: il rilievo è valorizzato A. SANNA, *La sentenza di non doversi procedere*, cit., p. 4. Nel senso che l'ipotesi di assenza in discorso dia luogo ad «una condizione di procedibilità virtualmente conclusiva» si è espressa la Corte costituzionale, sent. n. 192/2023.

³⁷Per una serie di rilievi fortemente critici a quest'ultimo proposito v. L. GIULIANI, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, in M. BARGIS (a cura di), *Compendio*, cit., p. 603.

delegato, che il potenziamento delle condizioni per emettere l'ordinanza dichiarativa dell'assenza non sono in grado di determinare un'inversione di tendenza rispetto al passato³⁸.

La restituzione nel termine in vista dell'impugnazione dell'assente costituisce una nuova ipotesi speciale che si affianca a quella, già presente, riguardante il decreto penale di condanna. L'oggetto delle due fattispecie invita a domandarsi se anche a loro si estenda l'assunto corrente secondo cui la restituzione nel termine è istituto di natura eccezionale, donde le note conseguenze che ne discendono sul piano interpretativo. Per quello che tosto si dirà, vi sono buoni argomenti per dubitare che quell'affermazione si estenda alla fattispecie considerata dall'art. 175, comma 2.1, c.p.p. Ci si intenda, però: quel giudizio continua a valere per la restituzione nel termine ordinaria per caso fortuito o per forza maggiore *ex art. 175, comma 1, c.p.p.*, pacificamente operante anche a favore dell'assente, sebbene entro un angusto spazio residuale.

Il nodo gordiano che non si è voluto tagliare lega il soggetto su cui grava l'onere della prova sull'impossibilità di impugnare. Nell'istituto introdotto nel 2005, all'interno, si noti, di un assetto legislativo che continuava a contemplare la controversa figura del contumace, l'onere della prova incombeva sull'autorità giudiziaria, nel senso che all'imputato non toccava fornire la prova dell'incolpevole non conoscenza. Nell'esperienza giudiziaria, in virtù del c.d. onere di allegazione, all'imputato ben difeso non era difficile ottenere la restituzione nel termine per impugnare. Si comprende così come una simile sbocco antieconomico potesse suggerire di eliminare l'istituto stesso della contumacia. Il successivo rivolgimento legislativo del 2014 ha sostituito la figura del contumace con quella dell'assente, ma sul piano dell'onere probatorio per ottenere la restituzione nel termine ha determinato il ripristino della soluzione anteriore alla riforma del 2005. Il punto cruciale dell'istituto è, dunque, l'onere della prova. La riforma "Cartabia" è tornata qui al passato prossimo: stando alla lettera, l'assente deve fornire la prova della mancata conoscenza effettiva circa la pendenza del processo nonché dell'impossibilità, senza sua colpa, di non aver presentato nei termini l'impugnazione. Si verifica così un disallineamento con quanto la giurisprudenza ritiene valga per l'opposizione a decreto penale, ossia per l'ipotesi codificata dal comma 2 della stessa disposizione. Comprensibile che i tra i

³⁸ Secondo O. MAZZA, *Ideologie della riforma Cartabia: la procedura penale del nemico*, in *Dir. pen. proc.*, 2023, p. 483, «il legislatore stesso non crede nell'efficacia dell'ennesima riforma del giudizio in assenza e si preoccupa che vi possa essere un numero significativo di condanne a carico di imputati inconsapevoli del processo, altrimenti, se si trattasse di casi statisticamente trascurabili, non si spiegherebbe l'*horror restitutionis*» rispetto ai rimedi di cui agli artt. 175, comma 2.1 e 629-bis c.p.p. Nello stesso direzione sono orientati F. NICOLICCHIA, *Assenza e rimedi*, cit., § 2 e N. ROMBI, *Il nuovo processo in assenza*, in *Dir. pen. proc.*, 2023, p. 129.

primi commentatori prevalga la conclusione che la norma si ponga in contrasto con i noti atti internazionali e, quindi, con l'art. 117, comma 1, Cost.³⁹.

Balza agli occhi e sposta l'attenzione sulle impugnazioni ordinarie la *ratio* dell'immissione dell'art. 175, comma 2.1, c.p.p., come viene esposta dalla Relazione ministeriale: una sorta di compensazione rispetto all'onere (o al balzello?) imposto «all'imputato rispetto al quale si è proceduto in assenza» (art. 581, comma 1-*quater*, c.p.p.). Il difensore, insieme con l'atto di impugnazione, deposita, a pena di inammissibilità, «specifico mandato ad impugnare, rilasciato dopo la pronuncia della sentenza e contenente la dichiarazione o l'elezione di domicilio dell'imputato, ai fini della notificazione del decreto di citazione a giudizio». La norma ha suscitato una levata di scudi, ora sferzanti stroncature⁴⁰ e ora censure più sfumate⁴¹, ricostruendone il vero intento nel contenere le impugnazioni del già assente alle sole ipotesi ove sia possibile escludere l'affacciarsi di contestazioni idonee a provocare la rescissione del giudicato in ordine alla partecipazione all'udienza. Altri⁴², muove dall'assunto che l'art. 581, comma 1-*quater* – al pari di una precedente versione poi venuta meno, inserita però in un diverso assetto normativo⁴³ – persegue l'obiettivo di impedire che il difensore possa presentare atti di appello contro la volontà dell'assente. Smussate le censure, si è prospettata una pratica via di uscita. Il difensore, ove ritenga di non riuscire a farsi rilasciare il mandato ad impugnare nei tempi stabiliti, potrà chiedere all'imputato di nominare un procuratore speciale, ai sensi dell'art. 571, comma 1, c.p.p., perché eserciti il potere di proporre appello. Comunque sia,

³⁹ V., tra i tanti, M. GIALUZ, *Per un processo penale più efficiente*, cit., p. 36. Più articolata la posizione di G. UBERTIS, *Atti*, cit., p. 173 per il quale la censura costituzionale circa la previsione dell'assenza di colpa vale se, «per la non limpida struttura della proposizione, fosse riferita all'ignoranza del processo oltre che alla proposizione dell'impugnazione».

⁴⁰ Cfr. O. MAZZA, *Ideologie della riforma Cartabia*, cit., pp. 483-484, per il quale la norma non solo contrasta con l'art. 24, comma 2, Cost., ma si segnala per l'intrinseca irragionevolezza della previsione.

⁴¹ V., tra i tanti, F. NICOLICCHIA, *Assenza e rimedi*, cit., § 2; N. ROMBI, *Il nuovo processo in assenza*, cit., p. 129, G. VARRASO, *Il processo in assenza*, cit., p. 603, nonché, senza condividere l'intento sopra indicato, M. CERESA CASTALDO, *L'impugnazione inammissibile tra selezioni arbitrarie e vuoti formalismi*, in *L'ennesima riforma delle impugnazioni tra aspettative deluse e profili controversi*, a cura di M. Bargis e H. Belluta, Giappichelli, Torino, 2023, pp. 26-27 secondo il quale l'obiettivo consiste «nello sgravare le corti di parte del lavoro, ostacolando in ogni modo l'iniziativa dell'imputato».

⁴² R. BRICHETTI, *Ancora sui commi 1-ter e 1-quater dell'art. 581 c.p.p.*, in *Sist. pen.*, 14 giugno 2023.

⁴³ Ci si riferisce all'art. 46 della c.d. legge Carotti che aveva introdotto una norma analoga col proposito di salvaguardare il diritto del contumace a proporre successivamente impugnazione, ma la norma fu dichiarata illegittima dalla sentenza costituzionale n. 371/2009.

tocca segnalare che la disposizione in discorso proviene dal progetto Bonafede ed era stata respinta dalla Commissione “Lattanzi”⁴⁴: a ciascuno il suo!

L’attenzione dedicata all’analisi dell’art. 581, comma 1-*quater*, c.p.p. finisce per offuscare quella delle restanti regole dettate in tema di impugnazioni ordinarie che riguardano, per diversi profili, l’imputato già dichiarato assente. La tematica è complessa perché investe sia la partecipazione personale nel giudizio d’appello dell’imputato, sia i rimedi restitutori conseguenti alla proposizione delle impugnazioni ordinarie⁴⁵.

Tornando ai rimedi restitutori *post iudicatum*, il primo appunto elevato alla rescissione del giudicato è di natura costituzionale. Il mezzo straordinario di impugnazione non è stato oggetto di «una coerente collocazione sistematica», come prescrive la legge delega, ma è stato mantenuto all’interno della disciplina della revisione, dalla quale lo separano presupposti irriducibili. La legge delegata è incorsa qui in un difetto di delega⁴⁶, tanto più inspiegabile a fronte della contemporanea introduzione del titolo III-*bis*, strutturato su un’unica disposizione (art. 628-*bis* c.p.p.) e dedicato al mezzo esperibile avverso gli effetti pregiudizievoli scaturenti dalle decisioni della Corte europea dei diritti dell’uomo. Non paiono tuttavia rilevanti gli effetti: vuoi per l’autonomia delle modifiche introdotte dal rimodellato art. 629-*bis* c.p.p., vuoi per il mantenimento in vita dei rinvii rimasti in ordine alla sospensione dell’esecuzione e all’impugnabilità della decisione.

Preoccupa, invece, che riesca malferma la linea distintiva tra la restituzione nel termine speciale *ex art. 175*, comma 2.1, c.p.p. e la rescissione del giudicato *ex art. 629-bis* c.p.p. In astratto, la linea di separazione tra i due istituti persuade: il primo opera quando la declaratoria di assenza sia stata ritualmente emessa, ma il soggetto provi, in seguito, di non aver avuto effettiva conoscenza della pendenza del processo e, di conseguenza, di non aver potuto impugnare nei termini la sentenza⁴⁷; il secondo riguarda, invece, le ipotesi in cui siano state violate le regole che presiedono alla declaratoria di assenza ma il relativo procedimento sia stato, nondimeno, instaurato e pervenuto a decisione. Residuano però zone non facilmente inquadrabili: da qui il quesito circa l’individuazione del mezzo da attivare quando la declaratoria di assenza investa i sovrapponibili casi

⁴⁴ Lo segnala assai opportunamente M. CERESA CASTALDO, *L’impugnazione inammissibile tra selezioni arbitrarie*, cit., p. 26.

⁴⁵ V., ampiamente, F. NICOLICCHIA, *Assenza e rimedi*, cit., §§ 3 e 4, nonché G. CORETTI, *Perduranti chiaroscuri nella nuova disciplina del processo celebrato in absentia*, in *Arch. pen.*, 2023, n. 2.

⁴⁶ L’osservazione è corrente: v. M. BARGIS, *Le impugnazioni*, in ID., *Compendio*, cit., p. 1008; M. GIALUZ, *Per un processo penale più efficiente*, cit., p. 36; B. LAVARINI, *Rescissione del giudicato: modifiche e rapporti con il rimedio ex art. 628-bis*, in *questo volume*, § 1.

⁴⁷ V. B. LAVARINI, *Rescissione del giudicato*, cit., § 3.

ex art. 420-bis, commi 2 e 3 o, comunque, sorgano difficoltà nel segnare le linee distintive tra i due rimedi. Esclusa la conversione al regime delle impugnazioni per l'estraneità, stando alla giurisprudenza dominante, della restituzione nel termine al *genus* delle impugnazioni, si è suggerito saggiamente di presentare al giudice competente, magari diverso, entrambi i rimedi. Al di là dell'elaborazione giurisprudenziale che dovrebbero essere improntata alla scelta della soluzione più favorevole all'imputato già assente, l'idea di un apposito intervento legislativo suona quanto mai opportuna⁴⁸.

Più che soffermarsi sulle censure all'indubbio ridimensionamento dell'istituto tocca, ancora una volta, lamentare la soluzione adottata sul versante cruciale degli oneri probatori. La formula legislativa suona esplicita: il soggetto è chiamato a provare, oltre all'integrazione di un'erronea declaratoria di assenza relativa ad una delle ipotesi *ex art. 420-bis* c.p.p., nessuna esclusa qui, anche di non aver «potuto proporre impugnazione della sentenza nei termini senza sua colpa, salvo che risulti che abbia effettiva conoscenza della pendenza del processo prima della sentenza». La relazione ministeriale e molti dei primi commentatori⁴⁹ sono del parere che la norma, alla stregua del dato letterale, gravi il condannato di un duplice onere probatorio. Generosa è la ricostruzione diretta a sostenere che per entrambe le due condizioni non sorga un onere probatorio per l'istante, ma un mero dovere di allegazione⁵⁰. Se dovesse prevalere la prima interpretazione, la norma non sfuggirebbe a censure di legittimità rispetto all'art. 117, comma 1, Cost. con riferimento alle fonti ed alla giurisprudenza europea in materia⁵¹.

Anche rispetto a questa tematica si proiettano ombre sulla riforma "Cartabia" che analisi troppo ben disposte, perché svolte nell'immediato ridosso della pandemia e nell'urgenza dell'approvazione del P.N.R.R., non avevano messo in piena luce.

⁴⁸ Cfr. in tal senso ancora B. LAVARINI, *Rescissione del giudicato*, cit., § 3

⁴⁹ V. R. CASIRAGHI, *Impugnazioni*, in G. UBERTIS (a cura di), *Sistema di procedura penale*, vol. II, p. 697; A. CONTI, *L'imputato assente alla luce della riforma Cartabia*, cit., p. 59; CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE UFFICIO DEL MASSIMARIO, *Relazione su novità normativa*, cit., p. 198.

⁵⁰ Per la compiuta argomentazione e per gli opportuni richiami a dottrina e giurisprudenza cfr. B. LAVARINI, *Rescissione del giudicato*, cit., § 3. Nello stesso ordine di idee v., da ultimo, M. MIRAGLIA, *La rescissione del giudicato*, in E.N. LA ROCCA (a cura di), *Esecuzione penale e vicende del giudicato*, Giappichelli, Torino, 2024, p. 186 ss.

⁵¹ Cfr. in tal senso, R. CASIRAGHI, *Impugnazioni*, cit., p. 697. Peraltro, anche M. MIRAGLIA, *La rescissione del giudicato*, cit., p. 189 conclude che il rimedio in discorso, al pari degli altri previsti dall'ordinamento a proposito dell'assente, contrasti sia con l'art. 6 Cedu come interpretato dalla Corte europea, sia con l'art. 9 della direttiva europea 2016/343/UE come interpretato dalla Corte di giustizia UE.