

La Legislazione Penale

4
—
2014



Jovene editore

LA LEGISLAZIONE PENALE

Fondata da: Mario Chiavario e Tullio Padovani

Diretta da: Giovannangelo De Francesco - Alberto Gargani
Domenico Manzione - Enrico Marzaduri - Laura Scomparin

Direttore responsabile: Serena Quattrocolo

Comitato scientifico: Chiara Amalfitano - Donato Castronuovo - Francesco Cingari
Alberto di Martino - Luciano Eusebi - Benedetta Galgani - Mitja Gialuz - Ciro Grandi
Daniele Negri - Domenico Notaro - Serena Quattrocolo - Stefano Ruggeri
Giandomenico Salcuni - Paola Spagnolo - Antonio Vallini

Redattori: Serena Quattrocolo - Paola Spagnolo

Revisori: Marta Bargis - David Brunelli - Stefano Canestrari - Gilberto Lozzi
Francesco Mucciarelli - Guido Neppi Modona - Francesco Palazzo - Marco Pelissero
Domenico Pulitanò - Lucia Risicato - Metello Scaparone - Enzo Zappalà

La collaborazione alla Rivista è di volta in volta richiesta dalla Direzione. Le opinioni espresse nei singoli saggi impegnano esclusivamente la responsabilità dei rispettivi autori. Al fine di garantire ulteriormente il livello scientifico dei contributi, la Direzione di «LP» ha inoltre costituito un Comitato di Revisori, formato da qualificati esponenti della cultura giuridica italiana che, secondo le rispettive competenze, saranno chiamati a fornire in forma anonima le loro valutazioni, secondo una procedura tale da garantire trasparenza di criteri e autonomia di giudizi, sugli scritti di Autori non facenti parte della Direzione, da pubblicare nelle sezioni «Testi sotto obiettivo», «Commenti articolo per articolo», «Il punto su».

Amministrazione e pubblicità

JOVENE EDITORE

Via Mezzocannone 109 - 80134 Napoli - Italia
Tel. (+39) 081 552 10 19 - Fax (+39) 081 552 06 87
website: www.jovene.it email: info@jovene.it

Condizioni di abbonamento: Italia € 182,00 - Estero: € 362,00

Il pagamento va effettuato direttamente all'Editore:

- a) con versamento sul c.c. bancario IBAN IT62G0307502200CC8500241520 o sul c.c.p. 14015804, indicando chiaramente gli estremi dell'abbonamento;
- b) a ricezione fattura; c) on line collegandosi al sito dell'Editore: www.jovene.it.

Gli abbonamenti si intendono rinnovati per l'anno successivo se non disdetti con apposita segnalazione entro la scadenza.

Le comunicazioni in merito a mutamenti di indirizzo vanno indirizzate all'Editore. I contributi pubblicati in questa Rivista potranno essere riprodotti dall'Editore su altre proprie pubblicazioni, in qualunque forma.

Registrazione presso il Tribunale di Torino n. 2989 del 30 ottobre 1980.

Finito di stampare nel marzo 2015 - Ink Print Service - Napoli.

INDICE

Editoriale p.259

TESTI SOTTO OBIETTIVO

<i>Verso la chiusura degli O.p.g.: una svolta (ancora) solo annunciata? (d.l. 31.3.2014 n. 52, conv. in l. 30.5.2014 n. 81)</i>	
Analisi di MARIA TERESA COLLICA	» 261
<i>I recenti interventi dell'Unione Europea in materia di confisca post delictum e le ripercussioni sull'ordinamento italiano. Direttiva 2014/42/UE (in GUUE, L 127, 29.4.2014)</i>	
Analisi di CARMINE LUCA VOLINO	» 287
<i>Lo sport che non diverte: frode sportiva e violenza negli stadi ancora al vaglio del legislatore. D.l. 22.8.2014 n. 119, convertito con modificazioni in l. dalla l. 17.10.2014 n. 146 (d.l. 22.8.2014 n. 119 in GU 22.8.2014 n. 194; l. 17.10.2014 n. 146 in GU 21.10.2014 n. 245)</i>	
Analisi di DOMENICO NOTARO	» 305

COMMENTI ARTICOLO PER ARTICOLO

<i>D.l. 23.12.2013, n. 146, conv. in l. dalla l. 21.2.2014, n. 10 Misure urgenti in tema di tutela dei diritti fondamentali dei detenuti e di riduzione controllata della popolazione carceraria (GU 23.12.2013, n. 300; 21.2.2014, n. 10)</i>	
Art. 1, <i>Per un'effettiva gradualità delle misure cautelari personali</i>	
Commento di PAOLA SPAGNOLO	» 334
<i>Novità in tema di procedimento di sorveglianza</i>	
Commento di VALENTINA BONINI	» 345
Art. 2, <i>Il mutamento della natura giuridica del fatto di lieve entità</i>	
Commento di GIUSEPPE TOSCANO	» 351
Art. 3, <i>Una crescita della tutela dei diritti del detenuto accompagnata dall'inserzione di svariate novità nella disciplina delle ipotesi applicative e del procedimento delle misure alternative</i>	
Commento di ENRICO MARZADURI	» 359
Art. 4, <i>Liberazione anticipata e "riduzione controllata" del sovraffollamento carcerario</i>	
Commento di PASQUALE BRONZO	» 381
Art. 5, <i>Commento redazionale</i>	» 401

Art. 6, <i>L'espulsione dello straniero irregolare come alternativa alla detenzione</i>	
Commento di ANDREA CALLAIOLI	p. 404
Art. 7, <i>Una authority di cartapesta per i diritti dei detenuti</i>	
Commento di MASSIMO CERESA-GASTALDO	» 413
<i>Legge 28.4.2014, n. 67 Deleghe al Governo in materia di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio. Disposizioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili (GU 2.5.2014 n. 100)</i>	
Art. 1, <i>Diritto penale domiciliare e tenuità dell'offesa nella delega 2014</i>	
Commento di DAVID BRUNELLI	» 427
Art. 2, <i>La delega per la "riforma della disciplina sanzionatoria" nell'art. 2 l. 67/2014</i>	
Commento di PAOLO VENEZIANI e MATTIA CELVA	» 461
Art. 3, <i>Cronaca di un successo annunciato</i>	
Commento di ADRIANO MARTINI	» 486
Artt. 4-5-6, <i>La sospensione del processo con messa alla prova: sulla falsariga dell'esperienza minorile, nasce il probation processuale per gli imputati adulti</i>	
Commento di CLAUDIA CESARI	» 510
Artt. 7-8-9, <i>Il "tramonto" della contumacia e l'affermazione di un'assenza "multiforme"</i>	
Commento di ANNALISA MANGIARACINA	» 556
<i>La revoca del procedimento di sospensione: presupposti e cadenze</i>	
Commento di VALENTINA BONINI	» 592
Art. 10, <i>Dichiarazioni spontanee e recupero dei riti alternativi a favore dell'imputato assente nell'udienza preliminare</i>	
Commento di FRANCESCO MORELLI	» 606
Art. 11, <i>Addio alla contumacia: la disciplina delle impugnazioni</i>	
Commento di ANGELO ZAPPULLA	» 618
<i>Un istituto nuovo ed uno vecchio: la rescissione del giudicato e la restituzione nel termine</i>	
Commento di PAOLA SPAGNOLO	» 636
Art. 12, <i>Un caso di sospensione "a termine" della prescrizione</i>	
Commento di MARCO VENTUROLI	» 655
Artt. 13-14,15, <i>Profili essenziali di coordinamento normativo</i>	
Commento di VALENTINA BONINI	» 665
Art. 15-bis, <i>Un faticoso assetto intertemporale</i>	
Commento di SERENA QUATTROCOLO	» 669
 IL PUNTO SU...	
<i>Rilevanza penale degli atti amministrativi adottati nel vigore della legge c.d. Fini-Giovanardi</i>	
di GIUSEPPE TOSCANO	» 677
<i>Elenco collaboratori</i>	» 685

Art. 10

Disposizioni in materia di dibattimento

L'articolo 489 del codice di procedura penale è sostituito dal seguente:

«Art. 489 (Dichiarazioni dell'imputato contro il quale si è proceduto in assenza nell'udienza preliminare).

– 1. L'imputato contro il quale si è proceduto in assenza nel corso dell'udienza preliminare può chiedere di rendere le dichiarazioni previste dall'articolo 494.

2. Se l'imputato fornisce la prova che l'assenza nel corso dell'udienza preliminare è riconducibile alle situazioni previste dall'articolo 420-bis, comma 4, è rimesso nel termine per

formulare le richieste di cui agli articoli 438 e 444».

2. All'articolo 490 del codice di procedura penale, le parole: «o contumace», ovunque ricorrono, sono soppresse.

3. All'articolo 513, comma 1, del codice di procedura penale, le parole: «contumace o» sono soppresse.

4. All'articolo 520 del codice di procedura penale, le parole: «contumace o», ovunque ricorrono, sono soppresse.

5. All'articolo 548, comma 3, del codice di procedura penale, le parole: «notificato all'imputato contumace e» sono soppresse.

Dichiarazioni spontanee e recupero dei riti alternativi a favore dell'imputato assente nell'udienza preliminare

Commento di FRANCESCO MORELLI

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le dichiarazioni spontanee dell'imputato. – 3. Nuove opportunità difensive nel dibattimento per l'imputato assente in udienza preliminare: il diritto di chiedere i riti premiali e i suoi limiti. – 4. L'abrogazione della notificazione dell'estratto della sentenza all'imputato assente.

1. Nel ridefinire la posizione giuridica di colui che fosse assente al suo processo, il legislatore ha opportunamente allargato il ventaglio di opzioni difensive di cui l'imputato tardivamente comparso si può giovare. Sta qui il cuore dell'art. 10 l. 28.4.2014, n. 67, il quale tuttavia si occupa di questioni eterogenee, come meglio si vedrà in seguito.

Anzitutto, resta ferma, sebbene in apparenza diversamente modulata rispetto al passato, la possibilità per l'imputato assente nell'udienza preliminare di rendere le dichiarazioni spontanee disciplinate dall'art. 494 Cpp. Le restanti prerogative offertegli con l'art. 10 della l. 28.4.2014, n. 67, a prescindere dal rilevante mutamento normativo, colmano, in realtà, una lacuna che era rintracciabile anche nel sistema antecedente¹.

¹ Così anche A. Mangiaracina, sub art. 9, supra 457, 556.

Oggi, secondo il riformato art. 489 Cpp., l'imputato comparso al dibattimento, ma assente in udienza preliminare, è rimesso nel termine per formulare la richiesta di giudizio abbreviato e applicazione della pena concordata tra le parti. Tuttavia, affinché la domanda di restituzione nel termine sia fruttuosa, egli dovrà far fronte ad un adempimento probatorio nient'affatto elementare: gli occorrerà dimostrare che non aveva saputo dell'udienza preliminare senza colpa, oppure che l'assoluta impossibilità di comparire in quel frangente, nonostante la consapevolezza del procedimento, fosse dovuta a caso fortuito o forza maggiore o altro legittimo impedimento, la cui prova sia sopraggiunta tardivamente senza che si possano riscontrare suoi difetti di diligenza. I medesimi diritti sono poi riconosciuti all'imputato che ottenga un nuovo giudizio a fronte dell'annullamento della sentenza di primo grado da parte della Corte d'appello o della revoca della sentenza passata in giudicato ad opera della Corte di cassazione, in applicazione del nuovo istituto della rescissione del giudicato².

È bene chiarirlo subito: se l'introduzione di questa nuova opportunità difensiva per l'imputato è assai opportuna – quasi inevitabile alla luce anche della giurisprudenza della nostra Corte costituzionale, ancor prima di chiamare in causa la Convenzione e la Corte europea dei diritti dell'uomo, come presto di vedrà – destano non pochi perplessità i molteplici ostacoli che l'imputato deve superare dal versante probatorio, per avere concreto accesso ai riti premiali, una volta comparso nel dibattimento.

E allora, proprio questa sembra un'utile strategia per l'analisi della nuova prescrizione: pur riconoscendo le opportunità offerte dalla novella in commento all'imputato destinatario di un provvedimento d'assenza che non fosse aderente alla realtà dei fatti, ne vanno messe in luce le difficoltà operative, allargando l'angolo visuale all'assetto generale tratteggiato dal nuovo sistema.

2. Il primo comma dell'odierno art. 489 Cpp semplicemente attribuisce all'imputato «contro cui si sia proceduto in assenza nel corso dell'udienza preliminare» il diritto a «chiedere di rendere le dichiarazioni spontanee previste dall'art. 494».

Rispetto alla previsione abrogata, la disposizione odierna, da un lato, solleva l'imputato dall'incombente di dimostrare di non aver avuto conoscenza del procedimento per ottenere il diritto alle dichiarazioni spontanee; dall'altro lato, però, elimina la disciplina che estendeva tale prerogativa alle fasi successive al dibattimento di primo grado.

Così strutturato, l'art. 489 co. 1 Cpp non sembra introdurre rilevanti cambiamenti nella fase del primo giudizio di merito. Le dichiara-

² All'art. 489 co. 2 Cpp, infatti, rinvia sia l'art. 604 co. 5-bis Cpp sia l'art. 625-ter co. 3 Cpp. In questi casi, anche quando l'assenza poi rivelatasi inconsapevole sia riconducibile all'udienza preliminare, questa non viene nuovamente celebrata, ma i riti premiali che usualmente vi si incardinano possono essere richiesti nel dibattimento. V. *infra*, A. Zappulla, sub art. 11, *infra* 630.

zioni spontanee sembrano costituire una facoltà dell'imputato a prescindere dalle vicende che lo hanno coinvolto in udienza preliminare: l'art. 494 Cpp, infatti, gli rende questo diritto «in ogni stato del dibattimento». Dunque nessuna novità, se non una mera duplicazione, salva solo l'ipotesi che il richiamo dell'art. 489 co. 1 Cpp all'art. 494 Cpp conduca a ritenere inapplicabile il termine *a quo* delle dichiarazioni posto da quest'ultima norma, ossia l'esaurimento dell'esposizione introduttiva: a quel punto, le dichiarazioni spontanee dell'imputato assente in udienza preliminare potrebbero aver luogo anche prima delle richieste di prova delle parti.

Scompare, come anticipato, il riferimento alle fasi del processo successive al dibattimento di primo grado, il che rende applicabile la disposizione esclusivamente in questo frangente³. Tutti i rinvii all'art. 489 Cpp contenuti in altre disposizioni del codice (artt. 604 co. 5-*bis* e 625-*ter* co. 3) si limitano a richiamare il comma 2 di quest'articolo, ma non il primo comma, il quale attribuisce all'imputato già assente il diritto di rendere le dichiarazioni spontanee. È probabilmente da escludere che la facoltà di rilasciare dichiarazioni spontanee possa essere attribuita all'imputato in virtù dei rinvii generali disposti in sede di appello e revisione (artt. 598 e 636 co. 2 Cpp), poiché sembra far difetto la compatibilità con quei contesti: oggi la previsione in commento si riferisce esplicitamente all'imputato assente nell'udienza preliminare e non in altre fasi processuali, come, rispettivamente, il dibattimento di primo grado o di appello.

3. Già dal 1993 era facilmente ricavabile, grazie ad una sentenza della Corte costituzionale, la necessità di apprestare una tutela concreta, sul fronte dei riti premiali, al contumace che fosse riuscito, poi, a dimostrare la legittimità del suo impedimento⁴. Per l'imputato già destinataria dell'ordinanza contumaciale, in effetti, restava scoperto quest'aspetto della dinamica processuale, laddove, in tema di prova, la legge gli consentiva, in una certa misura, il recupero della partecipazione diretta alla escussione delle fonti orali, attraverso il richiamo al vecchio art. 420-*ter* Cpp disposto dal comma 2-*bis* dell'art. 484 Cpp. Per vero, in quella decisione, il giudice delle leggi aveva rigettato la questione, rintracciando nell'art. 175 Cpp un «adeguato strumento di tutela», poiché attraverso la domanda di restituzione del termine l'imputato avrebbe potuto essere reimmesso nel diritto di chiedere e ottenere l'accesso al rito patteggiato⁵.

³ Così I. Cirino Groccia, *Il restyling di alcune disposizioni relative al dibattimento* (artt. 489, 490, 513, 520 Cpp), in *Le nuove norme sulla giustizia penale*, a cura di C. Conti, A. Marandola, G. Varraso, Padova 2014, 29 che ritiene «la possibilità per l'imputato assente già nell'udienza preliminare di rendere dichiarazioni spontanee [...] ristretta nel giudizio di primo grado».

⁴ C. cost., 10.3.1993 n. 101. Il giudice *a quo* denunciava l'illegittimità dell'oramai abrogato art. 487 e dell'art. 446 Cpp «nella parte in cui non consent[iva]no all'imputato dichiarato contumace, che [avesse] successivamente, prima della decisione, fornito la prova del suo legittimo impedimento, di chiedere il patteggiamento».

⁵ Già A. Mangiaracina, *Garanzie partecipative e giudizio in absentia*, Torino 2010, 146, individuava l'inadeguatezza applicativa della soluzione escogitata dalla

Ma – e questo è quel che conta – la Corte aveva chiaramente affermato quanto segue: «nei casi in cui risulti che l'inosservanza del termine per formulare la richiesta di applicazione di una pena sia stata determinata da un evento non evitabile dall'interessato, sarebbe molto difficile negare che la impossibilità di ottenere i relativi benefici concreti [integri] una ingiustificata compressione del diritto di difesa».

Proprio questa sembra essere la premessa concettuale da cui è partito il legislatore della novella, il quale, molto opportunamente, ha evitato di seguire l'impervia strada della restituzione del termine di cui all'art. 175 Cpp⁶, attribuendo *per tabulas* l'accesso ai riti consensuali all'imputato comparso al dibattimento, quando possa provare di non avere responsabilità per la sua assenza e la sua tardiva comparizione.

Ogni soluzione alternativa, in effetti, sarebbe apparsa inadeguata. Più precisamente, andando oltre i suggerimenti del giudice delle leggi⁷, il legislatore ha evitato di affidare ad un procedimento incidentale⁸ una domanda restitutoria che trova già le sue premesse in presupposti di fatto rigidi e ardui da dimostrare. Ad essi, si sarebbero aggiunti rigidi termini da rispettare per la domanda e la possibilità – certo antieconomica, se collocata nel bel mezzo del giudizio – di proporre ricorso per cassazione contro il provvedimento con cui si decide sulla domanda di restituzione del termine. Dal versante sostanziale, tuttavia, la prova del caso fortuito e della forza maggiore, pretesa dall'art. 175 Cpp, è in parte sovrapponibile allo sforzo probatorio oggi richiesto all'imputato già assente per riacquistare l'accesso ai riti premiali. Questa possibilità, dunque, risulta pesantemente condizionata dalla prova, che la difesa dell'imputato deve fornire, dell'assoluta impossibilità di comparire, per caso fortuito, forza maggiore o altro legittimo impedimento, oppure (e qui sta l'apertura rispetto alla disciplina dell'art. 175 Cpp) dell'incolpevole mancanza conoscenza del procedimento.

Scelta, questa, resa necessaria dall'esigenza, più che legittima, di non restituire i termini a un imputato che abbia consapevolmente scelto di restare assente al suo processo o che, per negligenza, ne abbia trascurato le vicende⁹. In qualche ipotesi – non certo infrequente – simile opzione legislativa rischia, tuttavia, di relegare ingiustamente nell'irrilevanza la difesa dell'imputato che si esplica attraverso la scelta dei riti premiali.

Corte costituzionale, a causa sia della «difficoltà sul piano probatorio di dimostrare l'evento», sia della particolare dispendiosità del rimedio «sul fronte dei tempi di durata del processo».

⁶ Non a caso, non sembra si possano rintracciare decisioni, quantomeno di legittimità, circa l'applicazione dell'art. 175 Cpp alla restituzione del termine per chiedere l'applicazione concordata della pena.

⁷ La Corte costituzionale avvertiva allora il vincolo, con tutta probabilità, di non attingere a soluzioni estranee a schemi già collaudati dalla legge.

⁸ Sulla natura incidentale della procedura prevista dall'art. 175 Cpp si veda da ultimo Cass., 10.2.2011, Nikolic, in *CEDCass*, m. 249955.

⁹ Che sia stata sempre questa la preoccupazione più pressante per il legislatore emerge anche dall'analisi di D. Negri, *L'imputato presente al processo. Una ricostruzione sistematica*, Torino 2012, 178.

Come è noto, la Corte costituzionale in situazioni diverse, ma analoghe sotto più profili, nel tempo ha intrapreso un sentiero più consapevole, progressivamente più accorto, rispetto al diritto di difesa dell'imputato. Sentiero che avrebbe condotto, se calcato anche nell'ipotesi dell'assente poi comparso, ad una maggiore tutela di quel soggetto che voglia effettivamente difendersi con un rito premiale, quando, pur ricorrendo i requisiti di legge per la dichiarazione d'assenza, non si abbia poi la certezza della sua effettiva conoscenza del processo nel periodo ancora utile per chiedere nei termini il giudizio abbreviato o il patteggiamento sulla pena¹⁰.

L'attribuzione all'imputato della facoltà di chiedere il giudizio abbreviato dopo la modifica dibattimentale dell'imputazione, realizzata attraverso tre sentenze della Corte costituzionale¹¹, rappresenta una vicenda che avrebbe dovuto fornire al legislatore una chiave di lettura fruttuosa nell'ottica di ripristinare i diritti difensivi dell'imputato comparso dopo la dichiarazione d'assenza.

In quel contesto, la restituzione del termine all'imputato era concessa, a seguito della prima decisione della Corte costituzionale, solo se i fatti a fondamento della nuova contestazione fossero contenuti già negli atti d'indagine, rendendo così il pubblico ministero capace di formulare fin da subito un'accusa aderente ai fatti. A condizione, quindi, che il pubblico accusatore avesse ingiustamente sottratto la possibilità del giudizio abbreviato all'imputato, questi era rimesso nei termini per ottenerlo, poiché «quando in conseguenza di una evenienza patologica del procedimento, quale è quella derivante dall'errore sulla individuazione del fatto e del titolo del reato in cui è incorso il pubblico ministero, l'imputazione subisce una variazione sostanziale, risulta lesivo del diritto di difesa precludere all'imputato l'accesso ai riti speciali»¹².

Ragionamento, questo, assai condivisibile, ma monco, nella parte in cui non riteneva degno di considerazione lo stato dell'imputato che si fosse visto contestare una nuova imputazione sulla base di elementi autenticamente nuovi, anche se essa si poneva come un prevedibile svi-

¹⁰ La certezza dell'effettiva conoscenza, non si dimentichi, resta il requisito ultimo per un processo *fair* secondo la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, così come interpretata dalla Corte di Strasburgo. Molto significative in questo senso le due famose decisioni che hanno coinvolto il sistema italiano della contumacia: C. eur. GC, 18.5.2005, *Somogyi c. Italia* e C. eur. GC, 1.3.2006, *Sejdovic c. Italia*.

¹¹ C. cost., 14.12.2009 n. 333, per quanto riguarda i fatti già risultati dagli atti di indagine al momento dell'esercizio dell'azione penale; C. cost., 22.10.2012 n. 237, per quanto attiene a reati concorrenti oggetto di nuova contestazione dibattimentale a prescindere dalla possibilità che il fatto fosse individuabile già nella fase preliminare; C. cost., 1.12.2014 n. 273, per il caso in cui emerga un fatto diverso nel corso dell'istruzione dibattimentale e segua la relativa modifica dell'accusa.

¹² C. cost., 14.12.2009 n. 333, la quale, in questa parte, riprende ampi passaggi della sentenza 22.6.1994 n. 265, che introduceva per l'imputato la possibilità di ottenere il patteggiamento sulla pena una volta subita la nuova contestazione derivante da fatti già emersi nelle indagini, o nel caso in cui fosse reduce da una richiesta di applicazione concordata della pena tempestivamente proposta ma all'epoca rigettata.

luppo della vicenda processuale¹³. Anche tale soggetto, in realtà, subiva un rilevante pregiudizio, poiché posto di fronte alla nuova accusa non poteva attivare i riti premiali, ed il fatto che l'evoluzione del tema del processo fosse un fisiologico sviluppo dell'accertamento non bastava, a seguito di un oculato bilanciamento degli interessi contrapposti, a sottrargli un così importante strumento difensivo.

E difatti, proprio sulla base di questa premessa, lo stesso giudice delle leggi ha ampliato la riapertura del termine per richiedere il giudizio abbreviato all'ipotesi in cui l'imputazione si arricchisca di un reato concorrente o subisca una deviazione alla volta di un fatto diverso, a prescindere dal periodo in cui siano stati acquisiti gli elementi che ne giustificano la contestazione al dibattimento: «il criterio della “prevedibilità” non appare comunque idoneo a giustificare un diverso e meno favorevole trattamento delle nuove contestazioni “fisiologiche”, rispetto a quello riservato [...] alle nuove contestazioni “patologiche”»¹⁴.

Anche se non espressamente recepito, il requisito della prevedibilità, a ben guardare, gioca un ruolo importante anche nella situazione dell'assente che acquisisca con ritardo consapevolezza del dibattimento. L'art. 420-*bis* co. 2 Cpp codifica, cioè, talune circostanze preclusive della rimessione in termini per i riti premiali che non fotografano affatto la conoscenza effettiva del processo, ma solo la sua prevedibilità, in fin dei conti¹⁵. Il riferimento va all'elezione di domicilio, all'esecuzione di ordinanze cautelari o provvedimenti precautelari o alla nomina del difensore di fiducia¹⁶. Al limite, non rivela necessariamente di sapere dell'esistenza di un'accusa a suo carico e dei relativi contenuti neppure l'imputato (o, più verosimilmente, l'indagato) sottrattosi volontariamente alla conoscenza del procedimento, e a maggior ragione di singoli atti del medesimo. E il fatto stesso che risulti con certezza la conoscenza del proce-

¹³ Resta il paradosso (che serpeggia in C. cost., 22.6.1994 n. 265), ma non è questa la sede per occuparsene, per cui la prevedibilità, di cui l'imputato si deve far carico, è riferita al caso in cui gli elementi che danno vita alla modifica dell'imputazione siano effettivamente emersi nel dibattimento (in quanto eventualità fisiologica in un processo ispirato al modello accusatorio), ma sembrerebbe esclusa nell'ipotesi in cui il pubblico ministero, per contestare la nuova imputazione, si serva di atti già disponibili nella fase preliminare. Di questa autentica aporia rende conto M. Caianiello, *Giudizio abbreviato a seguito di nuove contestazioni. Il prevalere delle tutele difensive sulle logiche negoziali*, in *GCos.* 2009, 4963, sostenendo fin da allora la necessità di una rimessione in termini che prescindesse dalla prevedibilità dei mutamenti dell'accusa.

¹⁴ C. cost., 22.10.2012 n. 237, cit. evidenza «l'intrinseca debolezza del criterio della “prevedibilità”» G. Todaro, *Una ulteriore declaratoria d'incostituzionalità sui rapporti tra nuove contestazioni dibattimentali e giudizio abbreviato: la stella polare del diritto di difesa e qualche nuovo dubbio*, in *CP* 2013, 3880.

¹⁵ A. Mangiaracina, *op. cit.*, 445, non esita giustamente, anche sulla scorta dei lavori preparatori, a ricorrere alla categoria della presunzione per descrivere ed inquadrare sistematicamente le ipotesi che legittimano il processo in assenza secondo l'art. 420-*bis* co. 2 Cpp. S. Quattrococo, *Il contumace cede la scena processuale all'assente, mentre l'irreperibile l'abbandona*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 30.4.2014, 2, parla invece di «conoscenza “non qualificata”» e «generica consapevolezza»; nulla, comunque, che possa ricondursi ad una scelta realmente informata.

¹⁶ Ancora A. Mangiaracina, *op. cit.*, 447, che prende in esame le singole ipotesi.

dimento da parte sua rimanda ad una valutazione formulata dal giudice in base a criteri su cui la legge non prescrive nulla di particolarmente rassicurante, se si pensa che comunque essi dovranno differire di necessità da quelli espressamente codificati dall'art. 420-*bis* co. 2 Cpp ed applicabili in prima battuta, qualora ricorrano nei fatti¹⁷.

Quindi, per tracciare le linee comuni tra la situazione che si crea in dibattimento una volta modificata l'accusa e quella dell'assente che acquisisca tardivamente consapevolezza del dibattimento, non sembra azzeccato equiparare la prevedibilità del mutamento dell'imputazione alla prevedibilità della stessa formulazione di un'accusa, che viene in gioco quando si procede in assenza dell'imputato nell'udienza preliminare. E si potrà forse concludere, allora, che il diritto ad ottenere i riti premiali è confinato, in quest'ultimo caso, in recinti troppo angusti, se si guarda agli schemi concettuali applicati di recente dalla Corte costituzionale, la quale, ragionevolmente, non ritiene sufficiente che sia pronosticabile la nuova imputazione per inibire all'imputato le *chances* difensive del giudizio abbreviato e dell'applicazione della pena su richiesta delle parti.

Di conseguenza, se la prevedibilità di un mutamento dell'accusa in giudizio non è una buona ragione per sottrarre all'imputato l'accesso al rito abbreviato una volta che ciò avvenga, non si vede perché la prevedibilità di un'accusa *tout court*, con il relativo processo, possa invece precludere all'assente in udienza preliminare, poi reso edotto del dibattimento o ivi comparso, una strategia di difesa basata sui riti premiali.

I criteri – si può dire presuntivi recepiti dall'art. 420-*bis* co. 2 Cpp, probabilmente celano il pericolo che si proceda in assenza di un imputato inconsapevole; ma scongiurato questo rischio in dibattimento, tali criteri hanno l'ulteriore effetto distorsivo di precludere i due riti premiali ad un soggetto che potrebbe non aver avuto la possibilità di fare questa scelta nel rispetto dei termini scanditi dall'*iter* processuale¹⁸. E su questo preciso versante, la Corte costituzionale ha fornito indicazioni chiare molto distanti dai parametri, elaborati dalla nuova normativa in tema di assenza, per restituire all'imputato il diritto ai procedimenti alternativi.

All'origine delle distorsioni qui rappresentate, ovviamente, non sta la disciplina specifica del rimedio restitutorio in commento, ma si collocano gli indici selezionati dall'art. 420-*bis* co. 2 Cpp per indurre i sintomi di un'assenza consapevole dell'imputato e procedere al suo giudizio, che minano inesorabilmente tutto l'equilibrio della riforma.

¹⁷ Ragionamento, questo, che S. Quattrocchio, *op. cit.*, 3, propone con particolare preoccupazione in riferimento al «parametro della volontaria sottrazione alla conoscenza, concretamente di non facile distinzione rispetto ad altre situazioni aventi rilevanza normativa ma presupposti differenti».

¹⁸ Sostanzialmente, le modifiche legislative in commento hanno sì introdotto rimedi restitutori nuovi, ma non hanno neppure ridimensionato le gravi distorsioni e le incoerenze che rendono ancora oggi difficilmente accessibili tali rimedi per l'imputato nei cui confronti si sia proceduto in assenza, nonostante non si sia mai avuta la certezza della sua consapevolezza circa il processo. Per un esame, in questa prospettiva, del sistema previgente, D. Negri, *op. cit.*, 172 ss.

Eppure, il grado del pregiudizio che simile impostazione arreca all'imputato si manifesta in modo diverso a seconda delle circostanze: presumere che l'imputato conosca il processo ha ripercussioni meno preoccupanti sulla sua posizione se la reale conoscenza effettivamente si realizza in dibattimento e questi intenda intraprendere la via del giudizio ordinario per impostare la sua difesa. Pur senza trascurare i profili di estrema problematicità cui può dar luogo l'assenza dell'imputato inconsapevole all'udienza preliminare¹⁹, occorre dire che, una volta acquisita ritualmente consapevolezza del dibattimento, questi ha la possibilità di esercitare ogni prerogativa riconosciutagli in quella sede per costruire la difesa che egli predilige²⁰.

Viceversa, gli stessi parametri sortiscono effetti meno accettabili nel caso in cui, invece, l'accusato pensasse di trarre maggiori benefici da una strategia calibrata sulla pena concordata o sul rito abbreviato. In questo caso, ricorrendo le ipotesi "presuntive" descritte nell'art. 420-bis co. 2 Cpp, nulla è più recuperabile dei suoi progetti difensivi, anche nei casi in cui non possa dirsi che l'imputato avesse, fin dalla fase preliminare, conoscenza effettiva del processo e dell'accusa a suo carico.

A disinnescare il meccanismo appena descritto, come prima accennato, potrà essere soltanto l'assai gravoso adempimento probatorio richiesto all'imputato. Secondo l'art. 420-bis co. 4 Cpp richiamato dall'art. 489 Cpp, l'impedimento rappresentato dai presupposti un tempo ravvisati per procedere nonostante l'assenza dell'imputato è rimosso dalla prova che questi deve fornire circa l'incolpevole mancata conoscenza della celebrazione del processo, o circa la sussistenza di un legittimo impedimento a comparire, o di situazioni determinate da cause di forza maggiore o dal caso fortuito, e sempre che il ritardo con cui tali circostanze sono dimostrate non sia imputabile alla colpa del soggetto dichiarato assente.

Un adempimento probatorio, questo, che mette in seria difficoltà l'imputato, il quale, a fronte di una obiettiva mancata conoscenza del processo, potrebbe non disporre degli strumenti dimostrativi adatti a rivelarne l'origine incolpevole. La sua colpa potrebbe prevedibilmente ravvisarsi nel mancato esercizio di quella diligenza nel seguire la sua vi-

¹⁹ Sul punto si rinvia a A. Mangiaracina, *op. cit.*, 453. Quanto poco il legislatore tenga all'udienza preliminare si percepisce dall'art. 604 co. 5-bis Cpp: esso dispone che il giudice d'appello, avvedutosi che l'imputato era assente al processo senza effettiva consapevolezza, rinvii gli atti sempre al giudice di primo grado, anche nei casi in cui questa situazione sia riferibile all'udienza preliminare, prima che al dibattimento. Sul punto, A. Diddi, *Novità in materia di impugnazioni e restituito in integrum*, in *Il giudizio in assenza dell'imputato*, a cura di D. Vigoni, Torino 2014, 220 e G. Santalucia, *Il processo in absentia e il giudizio di appello*, in *Le nuove norme sulla giustizia penale*, cit., 303 ss., entrambi in termini giustamente molto critici.

²⁰ Diverso il caso in cui l'imputato compaia a dibattimento già iniziato. Qui, le prerogative probatorie, in cui l'art. 420-bis co. 4 Cpp lo reimmette, restano sottoposte al fatto che egli soddisfi il gravoso onere probatorio circa la sua incolpevole ignoranza del processo o il ricorrere del caso fortuito o di cause di forza maggiore, e che dimostri come il ritardo della prova circa tali circostanze si sia verificato nonostante il suo comportamento diligente.

cenda processuale, che la legge implicitamente richiede all'indagato a fronte di atti o di situazioni di fatto solo sintomatici di un possibile giudizio, così come descritti dall'art. 420-*bis* co. 4 Cpp²¹. Ciò, tuttavia, pregiudica oltre ogni accettabile misura il diritto di difesa dell'imputato il quale, senza comportamenti attivi, oppure omissioni preordinate a sfuggire alla conoscenza dell'atto introduttivo dell'udienza preliminare a lui noto, si trovi nelle condizioni di non conoscere dell'esistenza di un processo o delle coordinate spazio-temporali della sua celebrazione. Può accadere, cioè, che egli sia privato dei riti premiali anche se, pur essendo consapevole di singoli atti di indagine, ometta semplicemente di interessarsi al seguito della vicenda, in definitiva evitando di colmare, di sua iniziativa, le disfunzioni di un sistema – non a lui imputabili – che non è in grado di far pervenire nelle sue mani l'atto che instaura il processo²².

²¹ S. Marcolini, *I presupposti del giudizio in assenza*, in *Il giudizio in assenza dell'imputato*, cit., 146, afferma che presumere «dalla consapevolezza della pendenza del procedimento in indagini la consapevolezza del successivo rinvio a giudizio postula la figura di un imputato diligente, che si attiva per informarsi e restare informato, nel contesto di un processo accusatorio che, nel vedere accresciuti i poteri delle parti, ne vede accresciute anche le responsabilità». L'Autore, poi, declina simile principio in relazione ad ogni singola fattispecie descritta dall'art. 420-*bis* co. 1 e 2 Cpp, rilevando sia l'evidente difficoltà per l'imputato di accedere ai rimedi restitutori in queste situazioni, sia quanto sia criticabile la soluzione normativa, ad eccezione delle ipotesi in cui l'imputato rinunci a comparire o riceva nelle proprie mani l'avviso dell'udienza: in questi casi, infatti, sembra non discutibile la conoscenza del processo da parte dell'accusato.

²² G. Di Paolo, *La revoca dell'ordinanza che dispone il giudizio in assenza*, in *Il giudizio in assenza dell'imputato*, cit., 200, si sofferma sulla difficoltà della prova pretesa dall'imputato, rilevando, per esempio, che la mancata conoscenza è un fatto «di per sé sottratto alla verifica umana», per esprimere infine le sue riserve sulla «compatibilità degli oneri probatori sopra riportati con gli standard internazionali». Anche I. Cirino Groccia, *Il restyling di alcune disposizioni relative al dibattimento (artt. 489, 490, 513, 520 Cpp)*, in *Le nuove norme sulla giustizia penale*, cit., 294, ritiene contraddittorio con le indicazioni fornite dai giudici di Strasburgo «il continuo richiamo nel testo di un regime in cui i rimedi restitutori a disposizione dell'imputato assente sono sempre subordinati all'onere di quest'ultimo di dimostrare che la mancata partecipazione al processo non possa essergli colposamente addebitata». Le statuizioni della Corte europea dei diritti dell'uomo in questione sono sostanzialmente Grande Camera, 18.5.2005, *Somogyi c. Italia* e Grande Camera, 1.3.2006, *Sejdovic c. Italia*. Da esse, prima dell'attuale intervento legislativo, D. Negri, *op. cit.*, 149, trae direttive precise: «bastano elementi tali da rendere non inverosimili i motivi a giustificazione dell'assenza, affinché gli organi della giurisdizione siano tenuti a chiarirne sino in fondo l'origine»; «anche l'onere della prova ricade sull'autorità e si risolve a vantaggio dell'individuo»; «se manca la prova positiva della rinuncia (espressa o tacita) a presentarsi da parte dell'imputato, il ripristino del diritto all'intervento personale nell'ulteriore giudizio [e quindi anche del diritto ad accedere a tutte le possibilità di difesa offerte dal processo] deve costituire non tanto una mera possibilità, esposta ad ostacoli normativi o esegutici suscettibili di condurla all'insuccesso, ma un vero e proprio automatismo ad opera dell'ordinamento». Tutto l'opposto, pare, dello schema normativo che il legislatore ha di recente deciso di introdurre, esponendosi a grandi rischi, se è vero che solo il rispetto delle condizioni appena ricordate «rende il sistema nazionale complessivamente conforme al paradigma del processo equo, quand'anche abbia optato per la soluzione del rito contumaciale» o, si direbbe oggi, in assenza. Analoghe critiche, in relazione al precedente sistema in A. Mangiaracina, *Garanzie partecipative*, cit., 142.

Se l'intero meccanismo non difetta di coerenza, reggendosi tutto sugli indicatori eletti dall'art. 420-*bis* co. 2 Cpp a sintomo della consapevolezza del processo, occorre ribadire che il risultato del bilanciamento tra l'istanza di procedere al giudizio senza favorire l'assente di cui non consti chiaramente la conoscenza del processo e le esigenze della difesa è alquanto malriuscito, almeno nel caso della restituzione del termine per i riti premiali.

Applicazione concordata della pena e giudizio abbreviato sono appannaggio di chi, in sostanza, riesca a rovesciare delle presunzioni relative di conoscenza del processo calibrate su parametri non sempre circostanziati (si pensi alla valutazione in chiusura affidata al giudice circa lo stato di consapevolezza del procedimento dell'imputato), dimostrando altresì di essere immune da colpa per non aver saputo dell'udienza preliminare o per non avervi partecipato, e per la mancata tempestività della prova di tali circostanze.

Il diritto di difesa, che si manifesta attraverso le alternative al giudizio ordinario, risulta decisamente pregiudicato da un'incombenza probatoria assai gravosa: essa potrebbe nei fatti ridimensionare molto il diritto (pure sancito) di coloro i quali, assenti inconsapevoli apparsi nel dibattimento, non dispongano prontamente di quel vasto corredo probatorio che la legge pretende da loro.

Del resto, se mai la Corte costituzionale fosse investita della questione (anche in riferimento ai parametri sopranazionali rappresentati dalle decisioni della Corte europea dei diritti umani sul punto), pur non potendosi esimere dal marcare le differenze, difficilmente potrebbe abbandonare del tutto gli schemi usati per delineare i contorni del diritto ai riti premiali dell'imputato che si sia vista mutare l'imputazione in giudizio. E, in quel caso, che sia il diritto di difesa a pesare di più sulla bilancia è oramai dimostrato da un percorso argomentativo netto, per cui la scelta dell'imputato di non accedere ai riti speciali nei termini di rito è discutibile a fronte del *novum*, salvo che non si accerti che essa fosse consapevole e assunta su basi conoscitive cristalline: lì la conoscenza dell'accusa che porterà a sentenza, qui la conoscenza dell'udienza preliminare e delle coordinate spazio-temporali della sua celebrazione, accompagnata dalla precisa volontà di disertarla.

4. L'art. 10 in commento elimina ogni riferimento all'imputato contumace da varie norme del codice di rito: semplicemente, essendo venuto meno l'istituto, ne vengono soppresse le sue manifestazioni testuali.

Negli artt. 490, 513 co. 1 e 520 Cpp ciò si risolve nel fatto che la disciplina posta da tali previsioni si riferirà ora all'imputato assente, secondo le nuove norme.

Un'autentica modifica normativa, invece, coinvolge l'art. 548 co. 3 Cpp che disciplinava un tempo la notificazione dell'estratto della sentenza all'imputato giudicato in contumacia; dal giorno di quella notificazione, poi, decorreva, per questo soggetto, il termine per proporre l'impugnazione (art. 585 co. 2 lett. *d* Cpp). La legge in questione, però,

non si è limitata, come negli altri casi, a riferire questa disciplina all'imputato assente anziché contumace, ma l'ha eliminata del tutto; così che, oggi, l'imputato di cui sia dichiarata l'assenza riceverà solo l'avviso del deposito delle motivazioni stese oltre il termine previsto e non l'estratto del provvedimento conclusivo del giudizio. A seguito della ulteriore soppressione di ogni riferimento alla contumacia, o all'assenza, nell'art. 585 co. 2 lett. *d* Cpp²³, poi, il termine per impugnare la sentenza, anche per l'imputato assente, sarà quello della notificazione dell'avviso di deposito tardivo o, semplicemente, della scadenza del termine previsto per la stesura delle motivazioni.

Nella generale prospettiva di un imputato dichiarato assente solo se consapevole del procedimento che diserta, la modifica appare, sulle prime, coerente, soprattutto se si connette alla convinzione – emersa chiaramente dal provvedimento legislativo – che l'imputato abbia l'onere di tenersi aggiornato sul suo processo principalmente attraverso il difensore di fiducia (la cui nomina, non a caso, è uno dei fatti sintomatici della scelta consapevole di non essere presente)²⁴.

Sono le medesime considerazioni espresse nei paragrafi che precedono a dover essere riprese: se la dichiarazione d'assenza si regge, spesso, su semplici presunzioni, allora la notificazione dell'estratto della sentenza all'imputato, in questi casi, poteva costituire un'occasione in più per verificare le basi fattuali della decisione di procedere nonostante l'imputato non avesse preso parte al processo²⁵. Né, pare, una soluzione simile avrebbe potuto essere tacciata di grave incoerenza con lo spirito della riforma, se la stessa legge pone svariati rimedi ripristinatori a vantaggio dell'assente, accettando così l'ipotesi che quell'imputato possa in realtà non aver avuto consapevolezza del processo a suo carico, nonostante appaia il contrario alla luce dei criteri previsti dall'art. 420-*bis* co. 2 Cpp.

²³ Art. 11 co. 1 l. 28 aprile 2014 n. 67.

²⁴ Che il rapporto con il difensore sia estremamente valorizzato dalla disciplina in questione lo ricorda G. Santalucia, *op. cit.*, 296.

²⁵ Critico A. Diddi, *op. cit.*, 217, il quale, pur rimarcando l'apparente coerenza sistematica della modifica normativa in questione, la ritiene nondimeno «non del tutto ineccepibile sul piano della tutela del diritto di difesa».



ALMA MATER STUDIORUM
UNIVERSITÀ DI BOLOGNA

CIB Centro Inter-Bibliotecario

Viale Filopanti, 7 - 40126 Bologna - Italia



Documento redatto in data: 29/11/2016 Protocollo numero: 166411

Catalogo Nazionale dei Periodici ACNP

SCHEMA COMPLETO PERIODICO

Periodico/Rivista:	La *Legislazione penale
Altri Titoli :	LP. Legislazione penale
Editore	UTET;Jovene
Luogo pubbl.	Torino
Ultimo luogo pubblicazione:	Napoli
Da anno - Ad anno	1981-2014
Lingua	ITA
Periodicità	TRIMESTRALE
Paese	IT
ISSN:	0393-134X
Cod. CDU:	34; 343
Dewey:	349 345
Cod. CNR:	P 00120955
Fonte	ACNP
Supporto:	Printed text
Titoli collegati:	HA PER ALTRO SUPPORTO: <u>La *Legislazione penale (Online)</u>
Posseduto cumulativo:	1981-2014;