

ALLA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

IN ROMA

Tramite la Cancelleria Penale del Tribunale di Forlì

ATTO DI RICORSO IMMEDIATO PER CASSAZIONE

(artt. 569 e 606 c.p.p.)

Istanza per l'assegnazione del ricorso alle Sezioni Unite Penali

(art. 610, comma 2 c.p.p.)

Questione di legittimità costituzionale dell'art. 161, comma 4 c.p.p. proposta in via subordinata

(artt. 24, 111, 117 Cost. e art. 6 Cedu)

proposto dall'Avv. Filippo Poggi del Foro di Forlì iscritto all'albo speciale della Suprema Corte, difensore di ufficio come da designazione in atti del signore:

VRANOCI FATION nato a Mamurras (Albania) il 30/12/1983, senza fissa dimora in Italia.

Imputato nel procedimento penale per il reato di cui all'art. 495 c.p. **RGNR n. 1260/2012** - Procura della Repubblica di Forlì - **RG Trib. n. 2201/2013**

CONTRO

La sentenza del 17/03/2014 n. 567/2014 (estratto contumaciale notificato all'imputato il 02/04/2014) emessa dal Tribunale di Forlì in composizione monocratica nel procedimento in epigrafe indicato che ha inflitto all'imputato Vranoci Fation la condanna a 1 anno e 3 mesi di reclusione per il reato di cui all'art. 495 c.p. nonché avverso l'ordinanza del GUP del Tribunale di Forlì resa in data 07/03/2013 e contro l'ordinanza dibattimentale resa dal Tribunale Penale di Forlì il 17/03/2014 che ha rigettato l'eccezione relativa alla dichiarazione della contumacia per il seguente sotto notato

MOTIVO UNICO

1. NULLITA' DELL'ORDINANZA DIBATTIMENTALE E DELLA SENTENZA PER VIOLAZIONE DI LEGGE PROCESSUALE CON RIFERIMENTO ALLA DICHIARAZIONE DI CONTUMACIA EMESSA NEI CONFRONTI DI IMPUTATO IN ASSENZA DI VALIDA ELEZIONE DEL DOMICILIO PRESSO IL DIFENSORE DI UFFICIO.

E' necessario ripercorrere brevemente i fatti che hanno portato alla presentazione di questo ricorso per una questione squisitamente procedurale ma che attiene all'essenza stessa del processo accusatorio, in cui la reale conoscenza del processo e la possibilità di parteciparvi da parte dell'imputato sono requisiti di natura assolutamente essenziale ed attengono ormai a diritti di sicuro rango costituzionale, oltre ad essere tutelati nello spazio europeo dalla Cedu.

In data 6/03/2012 l'imputato VRANOCI Fation è stato denunciato per il reato di cui all'imputazione e la polizia giudiziaria ha redatto, come prescritto dal codice di rito, il verbale di identificazione, nomina del difensore ed elezione del domicilio.

In quel verbale in data 06/03/2012 l'imputato VRANOCI Fation ha declinato le sue generalità oltre a dichiarare di volersi avvalere del difensore di ufficio che di seguito a rituale richiesta al call center di Roma è stato designato nella persona dello scrivente difensore dopodiché nel verbale si legge testualmente "*Eleggo domicilio presso lo studio dell'Avvocato sopra indicato*". Il verbale è stato sottoscritto dalla persona sottoposta alle indagini e dal verbalizzante per cui non pare che alcunché sia eccezionale quanto alla regolarità formale di quell'atto processuale.

In seguito al difensore, che mai aveva avuto alcun contatto con l'imputato né in quell'occasione né in precedenza per nessuna altra ragione né quella elezione del domicilio era stata comunicata dalla polizia giudiziaria per acquisire eventualmente il suo consenso, ha ricevuto la notifica dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari e della fissazione dell'udienza preliminare. In quella sede e precisamente all'udienza preliminare celebrata in data 7/03/2013, il difensore senza nulla eccepire in relazione alla regolarità delle precedenti notifiche, ha depositato un atto in cui dichiarava formalmente in qualità di difensore di ufficio "*di non accettare la prosecuzione di questo processo l'elezione del domicilio dell'imputato presso il proprio studio professionale [...]*".

Il giudice dell'udienza preliminare respingeva e comunque non accettava la validità di questa dichiarazione tanto che disponeva che il decreto di citazione di seguito emesso fosse notificato presso il domicilio eletto.

Nell'ordinanza resa in sede di udienza preliminare il giudice ha così motivato: *“Si da atto che l'Avv. Poggi ha fatto pervenire dichiarazione di non accettazione delle notifiche c/o il proprio studio ex art. 157, co. 8-bis (sic). Il Giudice rilevato che la predetta norma [invero mai invocata dal difensore come si legge nell'atto depositato] prescrive che il difensore dichiarare immediatamente all'autorità che procede la non accettazione delle notifiche quale facoltà riconosciuta al difensore di fiducia; Rilevato che nel caso di specie il difensore risulta nominato di ufficio in data 6.3.2012 difettando entrambi i requisiti di cui alla norma sopra citata dispone che le future notifiche siano eseguite presso il difensore”*.

In effetti non si comprende come il giudice dell'udienza preliminare possa avere fatto richiamo all'art. 157, comma 8-bis c.p.p. che non può mai operare quando da parte dell'imputato vi sia stata una dichiarazione o elezione del domicilio – cfr. Cass. sez. un. 27/03/2008 n. 19602 in cui si è affermato che: *“Al quesito: "Se la notificazione presso il difensore di fiducia, ex art. 157 c.p.p., comma 8 bis, possa essere effettuata anche nel caso in cui l'imputato abbia dichiarato o eletto domicilio per le notificazioni", deve essere data risposta negativa.*

Consegue come lineare corollario che: 1) l'operatività dell'art. 157 c.p.p., comma 8 bis, è subordinata all'assenza di una dichiarazione o elezione di domicilio. Tutte le successive notificazioni, qualora l'imputato abbia nominato un difensore di fiducia e non abbia dichiarato o eletto domicilio, devono essere eseguite mediante consegna al difensore, ferma restando l'assenza di una preclusione all'esercizio della facoltà dell'imputato stesso di dichiarare o eleggere domicilio per le notificazioni anche dopo la nomina di un difensore di fiducia, esercizio che ha l'effetto di paralizzare la regola contenuta nel citato comma 8 bis; 2) detta regola, inoltre, riguarda l'intero processo, sicché non occorre individuare per ciascuna fase processuale una prima notificazione rispetto alla quale possa, poi, trovare attuazione la nuova disciplina”.

In occasione dell'udienza dibattimentale in sede di verifica della regolare costituzione delle parti il difensore eccepiva che l'imputato non poteva essere dichiarato contumace proprio in ragione del fatto che l'elezione del domicilio era stata formalmente e tempestivamente riusata dal domiciliatario, per cui la notifica all'imputato doveva essere effettuata nelle forme previste dall'art. 157 c.p.p. ed ove ciò non fosse stato possibile, avrebbe dovuto essere attivata la procedura al fine di dichiarare l'irreperibilità dell'imputato.

Il Tribunale forlivese respingeva l'eccezione e dichiarava la contumacia dell'imputato con ordinanza resa in data 17/03/2014 che formalmente si impugna unitamente alla sentenza, sulla base delle seguenti considerazioni: *“Il Tribunale, ritenuto dagli atti che risulta la nomina del difensore d'ufficio in data 06.03.12 e la contestuale elezione di domicilio presso lo studio del medesimo difensore; ritenuto che può ritenersi*

valida l'elezione del domicilio effettuata dall'imputato presso il difensore di ufficio qualora vi sia una chiara manifestazione di volontà dell'imputato e comunque ciò non esclude la sussistenza di un vincolo fiduciario riposto dall'imputato sul proprio difensore; ritenuto che in tali termini si manifesta la volontà espressa nel verbale del 06.03.12 PQM rigetta l'eccezione e dispone procedersi oltre".

Tuttavia questo esito appare incompatibile con i principi generali dell'ordinamento, e in particolare con le norme costituzionali sul diritto di difesa e sul giusto processo, le quali subordinano la disponibilità del processo per le parti (e con ciò l'esercizio concreto del diritto di difesa) alla preventiva instaurazione del contraddittorio.

E' bene immediatamente ricordare che la giurisprudenza di codesto Supremo Collegio nelle non molte pronunce edite ha chiaramente affermato che la elezione di domicilio non è un atto di imperio che non consenta al difensore di ricusare questo incarico – cfr. **Cass. sez. II, 02/06/1992, Rotondo** nella quale si legge che:

*In tema di notificazione, l'elezione di domicilio che l'imputato può fare non investe con atto di imperio il prescelto, determinando in capo a costui l'obbligo indeclinabile di ricevere gli atti destinati all'imputato, ma è fondato su un rapporto fiduciario e **sull'assenso del prescelto ad assumere e svolgere il ruolo di domiciliatario per le notificazioni**. Di modo che, se questi abbia comunicato formalmente di non accettare la scelta a domiciliatario o, comunque, di non poterlo essere, tale comunicazione, dimostrando che detto rapporto non sussiste, fa venir meno il presupposto della presunzione della conoscenza legale dell'atto da parte del destinatario e, di conseguenza, determina l'inidoneità dell'elezione di domicilio e conseguire gli effetti ad essa collegati dalla legge (Nella fattispecie, la S.C. ha ritenuto evidente la mancata accettazione dell'elezione di domicilio da parte del legale, il quale aveva fatto rilevare che l'imputato non era mai stato domiciliato presso il suo studio essendo detenuto per altro presso una casa circondariale).*

Tale orientamento è stato anche recentemente confermato con la pronuncia Cass. sez. I, 10/10/2011 n. 40944, Est. Bonito nella quale si afferma:

2.1 In tema di notificazione, l'elezione o la dichiarazione di domicilio che l'imputato può fare non investe con atto di imperio il prescelto, determinando in capo a costui l'obbligo indeclinabile di ricevere gli atti destinati all'imputato, ma è fondato su un rapporto fiduciario e sull'assenso del prescelto ad assumere e svolgere un ruolo di domiciliatario per le notificazioni. Conseguono da tale premessa che, se il difensore abbia comunicato formalmente di non accettare la scelta a domiciliatario o, comunque, di non poterlo essere, tale comunicazione, dimostrando che detto rapporto non sussiste, fa venir meno il presupposto della presunzione della conoscenza legale dell'atto da parte del destinatario e, di conseguenza, determina la inidoneità della elezione ovvero della dichiarazione di domicilio a conseguire gli effetti ad essa collegati dalla legge.

Nel caso di specie il difensore domiciliatario e difensore di ufficio ha comunicato di non essere domiciliatario del prevenuto, perchè non in grado di accettarla, soltanto nella

fase processuale di apertura del dibattimento, eppertanto quando gli esiti della domiciliatio da parte dell'imputato si erano abbondantemente consolidati in assenza di una esplicita, espressa e tempestiva volontà in tal senso del difensore medesimo. Soltanto il rifiuto del domiciliatario di ricevere l'atto può determinare, infatti, il venir meno dell'elezione e della dichiarazione di domicilio, legittimando la notifica presso il difensore ai sensi dell'art. 161 c.p.p., comma 4, posto che l'elezione ovvero la dichiarazione in parola integrano una dichiarazione ricettizia, con la conseguenza che il rifiuto di ricezione dell'atto deve essere espresso in modo formale o sostanziale ed immediatamente da parte del soggetto presso cui la dichiarazione indirizza la domiciliatio.

In termini assai espliciti la pronuncia Cass. sez. IV, 20/05/2010 n. 31658, Est. Izzo, afferma che: Ciò premesso, va osservato che l'elezione di domicilio costituisce dichiarazione ricettizia di volontà ed implica un rapporto di fiducia tra il destinatario e tutte le persone che sono in grado di ricevere l'atto nel luogo eletto. Si tratta pertanto di un rapporto bilaterale che è destinato a venire meno se anche uno solo dei suoi due termini ritira la fiducia: l'imputato con la revoca dell'elezione; ovvero il destinatario con il rifiuto della ricezione dell'atto.

Una disciplina generale della elezione del domicilio è rinvenibile all'art. 47 del codice civile, norma almeno parzialmente utile a risolvere la questione di diritto che qui ci occupa in quanto nel processo penale l'elezione del domicilio è per sua natura indicata sempre presso una persona fisica, tuttavia la normativa civilistica qualifica tale atto come “*un atto giuridico in senso stretto unilaterale*” con il quale una parte sostituisce per l'affare in questione tutti gli altri parametri di individuazione spaziale della persona (residenza, dimora, domicilio generale) con il luogo specificamente indicato, trattandosi di atto in cui la forma scritta è richiesta a pena di nullità (mentre nel processo penale tale elezione di domicilio può essere anche orale purché validamente verbalizzata). In tema di elezione del domicilio presso il procuratore *ad litem* la giurisprudenza di codesta Suprema Corte ha affermato che l'attività del difensore è assimilabile a quella del mandatario in quanto anche l'elezione del domicilio implica nei rapporti interni l'assunzione da parte del domiciliatario, dell'impegno di ricevere le comunicazioni che provengono dai terzi e di ritrasmetterle al destinatario, con una attività assimilabile a quella tipica del mandatario – cfr. AA.VV. a cura di Alpa e Mariconda, *Codice Civile Commentato*, II ed., vol. I, Milano, Ipsoa, 2009, pag. 377 ss. Ne consegue che analogicamente dovrebbero essere applicabili anche le altre disposizioni del codice civile che tra le cause di estinzione del mandato prevedono appunto “la rinuncia del mandatario” ai sensi degli artt. 1722 e 1727 del codice civile.

Nel codice di procedura penale la disciplina della dichiarazione o della elezione del domicilio è contenuta negli artt. 161 – 164 che tuttavia disciplinano non la natura di atti ma solo le forme di tali atti nonché le modalità per comunicare eventuali variazioni del domicilio e la sua durata nel corso del processo.

La giurisprudenza di codesta Corte Suprema ha stabilito appunto cosa si debba intendere per elezione del domicilio in senso tecnico – cfr. Cass. sez. un. 17/10/2006 n. 41280 in cui si afferma “*a) che il domicilio eletto si distingue dal domicilio dichiarato perchè, mentre in questo è indicato solo il luogo in cui gli atti debbono essere notificati, nel domicilio eletto viene indicata anche la persona (cd. domiciliatario) presso la quale la notificazione deve eseguirsi e presuppone l'esistenza di un rapporto fiduciario fra il domiciliatario e l'imputato, in virtù del quale il primo si impegna, nei confronti del secondo, a ricevere gli atti a questo destinati e a tenerli a sua disposizione;*

b) che la dichiarazione e l'elezione di domicilio sono, pertanto, istituti che si differenziano per natura e funzione: la prima, corrispondendo ad una dichiarazione reale, in quanto implica l'effettiva esistenza di una relazione fisica tra l'imputato e il luogo dichiarato, ha carattere di mera dichiarazione, la seconda, invece, rappresentando la manifestazione di un potere di autonomia dell'imputato di stabilire un luogo (diverso da quello della residenza, della dimora o del domicilio) e la persona (o l'ufficio) presso i quali intende che siano eseguite le notificazioni, ha carattere negoziale costitutivo recettizio;

c) che ne consegue necessariamente che l'indicazione di un luogo per le notificazioni coincidente con l'abitazione dell'imputato deve essere intesa come dichiarazione di domicilio, anche se in essa sia stato fatto uso improprio del termine "elezione", e che la revoca di una precedente elezione di domicilio deve essere espressamente rappresentata in una contraria manifestazione di volontà” [...] Senonché - a parte che la trasposizione della categoria del negozio giuridico come contrapposta a quella dell'atto giuridico in senso stretto, figure proprie del diritto privato, sul terreno del diritto pubblico, e particolarmente del diritto processuale, è attuabile non senza difficoltà, come autorevole dottrina tiene a puntualizzare - è proprio la distinzione tra atto negoziale (elezione) e mero atto dichiarativo (dichiarazione di domicilio) a non apparire fondata, se si guarda al contesto in cui gli atti vengono posti in essere”.

Nulla si dice quanto alla possibilità per il difensore che sia stato designato anche domiciliatario, di non accettare e comunque ricusare tale elezione del domicilio presso la propria persona.

In buona sostanza, in un caso come questo dove la giurisprudenza edita non è certo abbondante spetta all'interprete e per primo dunque al ricorrente, tentare di ricostruire le esatte coordinate giuridiche della noma al fine di ottenere da codesta Corte Suprema una pronuncia che certo contribuirà alla risoluzione di potenzialmente innumerevoli analoghe controversie future.

Non è revocabile in dubbio che nel codice di rito penale tanto la nomina del difensore di fiducia ex art. 96 c.p.p. sia atto unilaterale che investe il prescelto attribuen-

dogli lo *jus postulandi* per conto dell'assistito, atto unilaterale quindi al pari della elezione del domicilio tuttavia, come è stato esattamente notato in giurisprudenza, il rapporto tra la parte e l'avvocato si caratterizza sotto un duplice profilo, quello del contratto di patrocinio, nei rapporti interni tra l'una e l'altro, e quello della procura, che è atto unilaterale con il quale il difensore viene investito del potere di rappresentare la parte in giudizio, ossia dello "ius postulandi". Sotto tale profilo la procura alle liti - che si colloca nel rapporto con il contratto di patrocinio in modo analogo a quello della procura sostanziale nel rapporto con il contratto di mandato - non richiede l'accettazione da parte dell'avvocato, e ciò perché egli svolge la sua attività in ragione del contratto di patrocinio, avendo necessità della procura al solo scopo di rappresentare e difendere la parte nel giudizio.

Ne consegue che la nomina del difensore di fiducia ha alla base un contratto di patrocinio tra le parti, per cui non vi nulla di anomalo che anche la elezione del domicilio avvenga in un ambito caratterizzato da un intensissimo rapporto fiduciario che giustifica anche il sostanziale rapporto di mandatario che il difensore assume nel caso assommi su di sé anche la qualità di domiciliatario.

In giurisprudenza è pacifico che nomina del difensore ed elezione del domicilio sono atti del tutto distinti che possono seguire sorti diverse, tanto che la rinuncia al mandato non implica automaticamente anche la rinuncia alla elezione del domicilio ma tale giurisprudenza presuppone ovviamente che pur con le dovute forme, il difensore possa sciogliersi tanto dal mandato difensivo quanto dall'incarico di domiciliatario.

Non pare neppure trascurabile il fatto che la norma di cui all'art. 157, comma 8-bis c.p.p. introdotta con Legge n. 60/2005 ha introdotto una sorta di domiciliazione *ex lege* presso il difensore di fiducia per tutte le notifiche all'imputato successiva alla prima che deve essere fatta nei luoghi indicati dall'art. 157, comma 1 c.p.p., ma anche in questo caso il difensore domiciliatario può dichiarare di "non accettare la notificazione".

In effetti nessuna delle due ordinanze impugnate coglie nel segno ed in particolare quella del Tribunale forlivese del 17/03/2014 non risponde neppure in termini alla dedotta eccezione.

Non si discuteva infatti della validità della originaria elezione del domicilio presso lo scrivente difensore ma se lo stesso abbia facoltà di ricusare quell'incarico mai peraltro accettato e previamente comunicato, nel corso del processo come è avvenuto nel caso che ci occupa con la dichiarazione scritta allegata al verbale dell'udienza preliminare del 7/3/2013 ed in caso positivo quali ne siano le conseguenze. In quel caso addirittura il giudice sembra avere ritenuto che l'unica possibi-

lità per un difensore di non accettare la qualità di domiciliatario sia quando si tratti di un difensore di fiducia e abbia manifestato immediatamente la sua volontà all'A.G. che procede.

In definitiva, traendo le conclusioni dalle considerazioni più sopra esposte possiamo affermare che nel caso che ci occupa il difensore è stato designato quale difensore di ufficio a richiesta della polizia giudiziaria, di talché tra lo stesso e l'imputato non è certamente ravvisabile un contratto di patrocinio quale specie della più ampia categoria del contratto di opera professionale. In questo senso l'atto di designazione del difensore di ufficio è un atto unilaterale dell'autorità giudiziaria che investe il difensore di un ufficio pubblico che non può essere dimesso se non con atto del giudice che procede e solo per giustificato motivo ex art. 97, comma 5 c.p.p. e 30, comma 3 disp. att. c.p.p.

L'atto di elezione di domicilio dell'imputato presso il difensore di ufficio resta invece un atto giuridico unilaterale di natura privatistica che affida al domiciliatario che solo occasionalmente come nel caso che ci occupa, è anche la stessa persona del difensore di ufficio, un incarico delicatissimo quale ricevere tutti gli atti del processo per poi recapitarglieli. Nel caso tra i due soggetti non vi sia stato mai alcun rapporto come in questo caso (trattandosi una scelta probabilmente solo poliziesca fatta al fine di semplificare l'attività di notificazione degli atti ma con la conseguenza, voluta o meno, di mortificare il contraddittorio processuale ma anche la figura stessa del difensore, ridotta a quella di una mera "casella postale"), ma se anche rapporto vi fosse stato e, come ipotizza il giudice forlivese, l'indagato per qualche oscura ragione riponesse una qualche fiducia su quel difensore designato d'ufficio (ha letto il suo nome sul giornale? gli è stato consigliato dalla polizia giudiziaria? ha tratto auspici bene auguranti dai fondi di caffè o dalle viscere di qualche animale?) questo non potrebbe mai impedire al domiciliatario di non accettare fin dall'inizio o di rinunciare in seguito a svolgere l'attività di "casella postale" anzi pardon, di domiciliatario con atto ritualmente portato alla conoscenza del giudice che procede. In questo senso soccorre la normativa civilistica che consente al mandatario – cui è assimilabile il domiciliatario – di rinunciare al mandato e ancora meno sarebbe comprensibile una interpretazione che consentisse di rinunciare alla elezione del domicilio solo al difensore di fiducia ma non al difensore di ufficio.

Nel senso dell'interpretazione appena proposta, soccorre anche quella giurisprudenza di codesta Corte Suprema che ai fini della remissione del termine di impugnazione ex art. 175 c.p.p. non considera sufficiente che la sentenza sia stata notificata ad un difensore di ufficio presso cui l'imputato ha eletto il domicilio ma con il quale non ha effettivamente mai avuto alcun rapporto fiduciario – cfr. *ex multis* Cass. sez. I, 14/12/2011 n. 24. In questo senso altra giurisprudenza cogliendo la necessità di un qualche vincolo fiduciario che deve necessariamente riguardare tan-

to il difensore quanto il suo assistito, ha affermato che *ai fini della decisione sull'istanza di restituzione nei termini per l'impugnazione di una sentenza contumaciale pronunciata nei confronti di un cittadino straniero residente all'estero, che abbia eletto domicilio per le notifiche in Italia presso il difensore d'ufficio, il giudice dell'esecuzione ha l'onere di compiere ogni necessaria verifica per stabilire se dagli atti emerga la prova dell'effettiva conoscenza del processo da parte dell'imputato contumace, esistendo una differenza sostanziale tra l'elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio (indicato nel verbale di polizia dagli agenti operanti) e l'elezione di domicilio presso il difensore di fiducia, scelto direttamente dalla persona interessata.*

In nessun modo la notificazione avrebbe potuto comunque essere effettuata presso il difensore di ufficio ex art. 161, comma 4 ult. periodo c.p.p. in quanto da un lato non si versa nella situazione di elezione di domicilio “mancante, insufficiente o inidonea” in quanto all’evidenza tale disposta normativa prevede il caso in cui la dichiarazione o elezione del domicilio non abbia *ab origine* le caratteristiche per assolvere alla sua funzione.

E’ ben diverso il caso in cui successivamente ad una elezione del domicilio formalmente regolare e valida, questa venga meno, come nel caso che ci occupa, per unilaterale volontà dichiarata dal difensore di ufficio che in nessun modo, tra l’altro, potrebbe essere comunicata all’assistito in considerazione della mancanza nel fascicolo di qualunque indicazione idonea ad un suo rintraccio (nel verbale di identificazione non è indicato neppure un recapito telefonico).

E del resto analoga situazione si può ben verificare nel caso della difesa di fiducia in cui il difensore con atti distinti può certamente rinunciare tanto al mandato difensivo quanto alla elezione del domicilio presso il proprio studio (*recte*, presso la propria persona).

L’interpretazione che si offre ha il pregio di assicurare una più effettiva conoscenza del processo da parte dell’imputato, del resto un processo celebrato in queste condizioni in cui l’elezione del domicilio è stato fatto presso un difensore di ufficio che l’ha espressamente ricusata, sarebbe solo un simulacro di processo (o meglio solo un processo di “allenamento” una questione tra *sparring partners* e non una contesa effettiva davanti al giudice) che sarebbe ovviamente esposto alla necessità di essere ripetuto non appena l’imputato/condannato avesse una conoscenza effettiva e reale della decisione, anzi dopo la sentenza Corte Cost. 4/12/2009 n. 317, deve essere rinnovato pure lo stesso giudizio di appello che fosse stato instaurato dal difensore di ufficio nell’interesse dell’assistito contumace con il quale non abbia mai avuto alcun rapporto effettivo. Ed in quella sentenza la Consulta si è riservata di decidere appena la questione diverrà rilevante in altro processo, in ordine alla

possibilità di consentire all'imputato restituito nei termini per l'impugnazione, l'esercizio del diritto alla prova.

Il diritto dell'imputato a partecipare personalmente al processo che lo riguarda è sancito dal Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, firmato a New York il 16 dicembre 1966, ratificato e reso esecutivo in Italia in base alla *legge 25 ottobre 1977, n. 881* (Ratifica ed esecuzione del patto internazionale relativo ai diritti economici, sociali e culturali, nonché del patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, con protocollo facoltativo, adottati e aperti alla firma a New York rispettivamente il 16 e il 19 dicembre 1966), che attribuisce all'imputato il «diritto di essere presente al processo» (art. 14, comma 3, lettera d).

Il medesimo diritto, nello spazio europeo, è garantito dall'art. 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva in Italia in base alla *legge 4 agosto 1955, n. 848* (Ratifica ed esecuzione della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali firmata a Roma il 4 novembre 1950 e del Protocollo addizionale alla Convenzione stessa, firmato a Parigi il 20 marzo 1952), nell'interpretazione datane dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, nei termini più avanti specificati.

Il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, con la risoluzione del 21 maggio 1975, n. 11, ha precisato i criteri da seguire nel giudizio in assenza dell'imputato, stabilendo, tra le «regole minime», che «ogni persona giudicata in sua assenza deve poter impugnare la decisione con tutti i mezzi di gravame che le sarebbero consentiti qualora fosse stata presente» (raccomandazione n. 7).

L'art. 3 del Secondo Protocollo addizionale alla Convenzione europea di estradizione, adottato a Strasburgo il 17 marzo 1978, ratificato e reso esecutivo in Italia in base alla *legge 18 ottobre 1984, n. 755* (Ratifica ed esecuzione del secondo protocollo aggiuntivo alla convenzione europea di estradizione, adottato a Strasburgo il 17 marzo 1978), prevede che l'extradizione di un condannato, ai fini dell'esecuzione di una pena inflitta mediante provvedimento reso in contumacia, possa essere subordinata al fatto che la Parte richiedente fornisca «assicurazioni ritenute sufficienti per garantire alla persona la cui estradizione è chiesta il diritto ad un nuovo procedimento di giudizio che tuteli i diritti della difesa».

L'art. 5, numero 1), della Decisione quadro del Consiglio dell'Unione europea del 13 giugno 2002 (2002/584/GAI), relativa al mandato d'arresto europeo ed alle procedure di consegna tra Stati membri, dispone: «Se il mandato di arresto europeo è stato emesso ai fini dell'esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza comminate mediante decisione pronunciata "in absentia", e se l'interessato non è stato citato personalmente né altrimenti informato della data e del luogo dell'udienza che ha portato alla decisione pronunciata in absentia, la consegna può esse-

re subordinata alla condizione che l'autorità giudiziaria emittente fornisca assicurazioni considerate sufficienti a garantire alle persone oggetto del mandato di arresto europeo la possibilità di richiedere un nuovo processo nello Stato membro emittente e di essere presenti al giudizio».

La Corte europea dei diritti dell'uomo ha interpretato l'art. 6 CEDU con una serie di pronunce (Colozza c. Italia, 12 febbraio 1985; F.C.B. c. Italia, 28 agosto 1991; T. c. Italia, 12 ottobre 1992; Somogyi c. Italia, 18 maggio 2004; Sejdovic c. Italia, 10 novembre 2004 e Idem, Grande Camera, 1° marzo 2006), nelle quali ha dedotto dalla disposizione citata della Convenzione - in particolare dal comma 3 - un gruppo di regole di garanzia processuale rilevanti per la presente questione: a) l'imputato ha il diritto di esser presente al processo svolto a suo carico; b) lo stesso può rinunciare volontariamente all'esercizio di tale diritto; c) l'imputato deve essere consapevole dell'esistenza di un processo nei suoi confronti; d) devono esistere strumenti preventivi o ripristinatori, per evitare processi a carico di contumaci inconsapevoli, o per assicurare in un nuovo giudizio, anche mediante la produzione di nuove prove, il diritto di difesa che non è stato possibile esercitare personalmente nel processo contumaciale già concluso.

In questo senso la norma di cui all'art. 161, comma 4 ult. periodo c.p.p. nel caso dovesse essere interpretata nel senso di ammettere la notificazione presso il difensore di ufficio anche nei casi in cui l'elezione del domicilio sia stata espressamente riacusata, ebbene tale norma dovrebbe essere denunciata per incostituzionalità avendo quali parametri di riferimento gli artt. 24, 111, commi 2-3 e 117 della Costituzione e l'art. 6, comma 3 della Cedu perché consentirebbe l'instaurazione di un giudizio in contumacia dell'imputato in violazione del diritto di difesa e delle garanzie di contraddittorio effettivo garantite dai principi del processo accusatorio che sono divenuti di rango costituzionale, oltre alla salvaguardia della ragionevole durata del processo medesimo in quanto in processo celebrato sulla base di tale norma che consente di procedere che una conoscenza del processo da parte dell'imputato meramente legale, dovrebbe essere obbligatoriamente rinnovato quantomeno per la celebrazione del giudizio di appello (anche se per caso già celebrato e con eventuale diritto all'esercizio "pieno" della prova ex art. 495 c.p.p. senza le limitazioni previste dall'art. 603, comma 2 c.p.p.) e del giudizio di legittimità.

In questo senso del resto pare essersi orientata anche la Corte costituzionale con un trend di lungo periodo fin dalla pronuncia in cui ha considerato costituzionalmente illegittima la norma che consentiva di notificare il decreto penale di condanna al difensore ex art. 161, comma 4 c.p.p. ed in tale sentenza Corte Cost. 18/11/2000 n. 504 la Consulta ha affermato che <In sostanza - a prescindere dalle non condivisibili affermazioni circa la mancanza di legittimazione del difensore nominato d'ufficio a proporre opposizione - il rimettente denuncia la irragionevole disparità di disciplina riservata a due situazioni accomunate dalla concreta probabi-

lità che il decreto penale possa divenire irrevocabile senza che il destinatario ne abbia avuto effettiva conoscenza.

3. - Nei termini così precisati, la questione è fondata.

In effetti, se la "ratio" che sorregge la specifica disciplina di cui *all'art. 460, comma 4, cod. proc. pen.*, è quella di ancorare il regime della notificazione alla conoscenza effettiva del decreto penale, in modo che il destinatario dell'atto sia posto in condizione di esercitare concretamente la scelta tra opposizione e acquiescenza; se, in attuazione di questa "ratio", il legislatore ha ritenuto che l'opzione tra acquiescenza e opposizione, a causa delle rilevanti conseguenze che ne derivano, non può essere demandata esclusivamente al difensore, e ha quindi stabilito l'incompatibilità tra il decreto penale di condanna e la irreperibilità dell'imputato, non vi è ragione per cui la revoca del decreto penale non debba essere prevista anche nel caso in cui, essendo inidonea o insufficiente la dichiarazione di domicilio, la notificazione dovrebbe essere eseguita mediante consegna al difensore a norma *dell'art. 161, comma 4, cod. proc. pen.* Anche in tale ipotesi, infatti, l'impossibilità di eseguire la notificazione al domicilio dichiarato dall'imputato comporta l'alta probabilità che questi non abbia conoscenza effettiva del decreto e che l'eventuale proposizione dell'opposizione sia rimessa esclusivamente alla valutazione e alla iniziativa del difensore.

La disparità di disciplina riservata a queste due situazioni, che dovrebbero ricevere un trattamento analogo sotto il profilo delle garanzie di effettiva conoscibilità del decreto penale di condanna, si risolve in una menomazione del diritto di difesa di cui *all'art. 24 Cost.*, anche in relazione *all'art. 3 Cost.*, in quanto la formalità della notificazione mediante consegna al difensore prevista *dall'art. 161, comma 4, cod. proc. pen.* non garantisce adeguatamente che il destinatario del decreto penale sia informato dell'esistenza del decreto e abbia quindi la possibilità di effettuare personalmente la scelta se proporre o meno opposizione.

Va pertanto dichiarata l'illegittimità costituzionale *dell'art. 460, comma 4, cod. proc. pen.*, nella parte in cui non prevede la revoca del decreto penale di condanna e la restituzione degli atti al pubblico ministero anche nel caso in cui non sia possibile la notificazione nel domicilio dichiarato a norma *dell'art. 161 cod. proc. pen.*>.

Tanto premesso il difensore di ufficio del ricorrente conclude e

CHIEDE

che la Suprema Corte di Cassazione voglia annullare la sentenza e le ordinanze impugnate disponendo ogni conseguente provvedimento.

Forlì, 07 aprile 2014

(Avv. Filippo Poggi)