



09802-21

REPUBBLICA ITALIANA
In nome del Popolo Italiano
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
QUINTA SEZIONE PENALE

Composta da:

CARLO ZAZA	- Presidente -	Sent. n. sez. 433/2021
ROSA PEZZULLO		UP - 11/02/2021
LUCA PISTORELLI		R.G.N. 40281/2019
ALESSANDRINA TUDINO	- Relatore -	
ANDREA VENEGONI		

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso proposto da:

(omissis) nato a (omissis)

avverso la sentenza del 19/03/2019 della CORTE APPELLO di TORINO

visti gli atti, il provvedimento impugnato e il ricorso;

udita la relazione svolta dal Consigliere ALESSANDRINA TUDINO;

udito il Pubblico Ministero, in persona del Sostituto Procuratore VINCENZO SENATORE

che ha concluso chiedendo *il rigetto del ricorso;*

~~udito~~ il difensore *ha concluso per i sotto;*

(2)

RITENUTO IN FATTO

1. Con la sentenza impugnata del 19 marzo 2019, la Corte d'appello di Torino ha, in parziale riforma della decisione del Tribunale di Aosta del 19 giugno 2014, dichiarato non doversi procedere per prescrizione nei confronti di (omissis) (omissis) in ordine al reato di cui all'art. 4 l. n. 110/1974 ai medesimi ascritto al capo b), rideterminando la pena per il delitto di furto aggravato e continuato in concorso *sub a*), ascritto anche ad (omissis).

2. Avverso la citata sentenza della Corte d'appello di Torino ha proposto ricorso l'imputato (omissis); per mezzo del difensore, Avv. (omissis), affidando le proprie censure a due motivi, di seguito enunciati nei limiti strettamente necessari ai sensi dell'art. 173 disp. att. cod. proc. pen..

2.1. Con il primo motivo, deduce violazione di legge e correlato vizio della motivazione in riferimento alla citazione dell'imputato nel giudizio di primo grado, eseguita mediante notifica del relativo decreto al difensore d'ufficio domiciliatario, nominato nel corso delle indagini preliminari, per avere la Corte territoriale respinto la deduzione relativa alla violazione dell'art. 420-ter [bis] cod. proc. pen. mediante il mero richiamo alla presenza del difensore d'ufficio nel dibattimento, in violazione del necessario accertamento dell'instaurazione di un effettivo rapporto difensivo, tale da dimostrare la conoscenza, da parte dell'imputato, dell'esistenza del procedimento a suo carico, celebrato *in absentia*, in violazione dei principi enunciati dalla giurisprudenza di legittimità.

2.2. Con il secondo motivo, deduce analoga censura in riferimento all'affermazione di responsabilità, fondata sulla mera intestazione al ricorrente della scheda telefonica, rilevata sul *locus commissi delicti*, mentre la richiesta di rinnovazione dell'istruttoria in appello, avanzata dall'imputato al fine della dimostrazione della prova d'alibi e della detenzione della medesima *sim* da parte dei coimputati, non è stata accolta dalla Corte territoriale, con conseguente violazione del principio dell' "oltre ogni ragionevole dubbio".

3. Con requisitoria scritta ex art. 23 d.l. n. 137 del 21 dicembre 2020, il Procuratore generale ha concluso per il rigetto del ricorso.

4. Con memoria trasmessa il 5 febbraio 2021, il difensore dell'imputato ha rassegnato per iscritto le proprie conclusioni, ribadendo le ragioni dell'impugnazione.

CONSIDERATO IN DIRITTO

Il primo, assorbente, motivo di ricorso è fondato.

1. Colgono nel segno le censure articolate avverso l'ordinanza della Corte d'appello che, nel ritenere infondata la deduzione di nullità proposta in punto di *vocatio in iudicium*, ha rassegnato argomentazioni che non esplicitano, con la necessaria puntualità, la delibazione dell'effettiva conoscenza del procedimento in capo all'imputato.

1.1. Nel ricomporre il contrasto, insorto nella giurisprudenza di legittimità sul "*Se, ai fini della pronuncia della dichiarazione di assenza di cui all'art. 420-bis cod. proc. pen., integri di per sé presupposto idoneo l'intervenuta elezione da parte dell'indagato di domicilio presso il difensore di ufficio nominatogli o, laddove non lo sia, possa comunque diventarlo nel concorso di altri elementi indicativi con certezza della conoscenza del procedimento o della volontaria sottrazione alla predetta conoscenza del procedimento o di suoi atti*", le Sezioni unite di questa Corte hanno, di recente, affermato (Sez. U, n. 23948 del 28/11/2019 - dep. 2020, PG C/ ISMAIL DARWISH MHAME, Rv. 279420) come, ai fini della dichiarazione di assenza ed in relazione a fattispecie – quale quella per cui si procede – precedente all'introduzione dell'art. 162, comma 4-*bis*, cod. proc. pen. ad opera della legge 23 giugno 2017, n. 103, non possa considerarsi presupposto idoneo la sola elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio, da parte dell'indagato, dovendo il giudice, in ogni caso, verificare, anche in presenza di altri elementi, che vi sia stata l'effettiva instaurazione di un rapporto professionale tra il legale domiciliatario e l'indagato, tale da fargli ritenere con certezza che quest'ultimo abbia avuto conoscenza del procedimento, ovvero si sia sottratto volontariamente allo stesso.

Nella sentenza indicata, le Sezioni unite hanno ricostruito lo statuto del procedimento *in absentia* – e del correlativo rimedio restitutorio di cui all'art. 629-*bis* cod. proc. pen. - nel solco dei principi già affermati (Sez. U, n. 28912 del 28/02/2019, Innaro, Rv. 27571601, in tema di effettiva conoscenza del procedimento da parte del contumace ai fini della restituzione nel termine per impugnare secondo la disciplina dell'art. 175, comma 2, cod. proc. pen. vigente dopo la riforma del 2005 e sino alla introduzione della disciplina dell'assenza), nel quadro dei valori costituzionali (sentenza Corte Cost., n. 317 del 2009), convenzionali (con specifico riferimento alle pronunce della Corte EDU, 12 febbraio 1985, Colozza c. Italia, Corte EDU, 18 maggio 2004, Somogyi c. Italia, Corte EDU, 10 novembre 2004, Sejdovic c. Italia; Corte EDU, 25 novembre 2008, Cat Berro c. Italia,) e sovranazionali (la Decisione Quadro n. 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, in tema di mandato di arresto europeo; la Direttiva 2016/343 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 9 marzo 2016 «sul rafforzamento [...] del diritto di presenziare al processo

nei procedimenti penali»), sottolineando la progressiva erosione del un principio di conoscenza formale in favore della prova dell'effettiva consapevolezza del procedimento, in riferimento sia all'instaurazione del contraddittorio che ai rimedi restitutori successivi alla formazione del giudicato sull'affermazione di responsabilità. In tal guisa, le Sezioni unite hanno delineato il passaggio dal processo contumaciale – fondato sulla mera regolarità formale delle notifiche – a quello *in absentia*, invece caratterizzato dalla "certezza sostanziale" che l'imputato sia a conoscenza del processo.

1.1.2. Premessa la chiarezza del sistema sostanzialmente lineare, introdotto con l. n.67 del 28 aprile 2014, in cui intanto il giudice procede in quanto abbia la prova che l'imputato che non si è presentato in udienza lo abbia fatto per sua libera scelta, conoscendo il contenuto delle accuse nonché la data ed il luogo del processo, le Sezioni unite hanno, nondimeno, rilevato come le ipotesi, mirate ad impedire "false irreperibilità" e a "facilitare" per il giudice l'accertamento della conoscenza della *vocatio in ius* (situazioni che, nell'ottica della semplificazione dell'accertamento della "consapevolezza" della assenza, consentono di ritenerla anche senza avviso personale a mani dell'imputato; equiparazione alla conoscenza del contenuto del processo e del tempo e luogo di fissazione della volontaria sottrazione alla conoscenza del procedimento o dei suoi atti), scontino, nella loro corretta individuazione, profili di criticità a seconda del presupposto posto a fondamento dell'interpretazione delle disposizioni, e dunque se si valorizzi la discontinuità nel nuovo sistema di processo *in absentia* rispetto al precedente assetto, fondato sulla regolarità formale delle notifiche, e quindi che si debba procedere soltanto nel caso di prova della piena consapevolezza dell'imputato, seguendo affermazioni sostanzialmente semplici della Corte EDU nelle decisioni che hanno riguardato il nostro ordinamento (si vedano, ad es., i punti 87 e 88 della sentenza Sejdovic), o se, invece, si parta dal ricercare una continuità rispetto alla tradizione del sistema legale delle notifiche, rimasto pressoché immutato, ed al sistema della contumacia e della restituzione nel termine, come disciplinati prima della riforma del 2005.

Ricostruito il paradigma normativo, le Sezioni unite hanno decisamente escluso che gli indici declinati dall'art. 420-*bis* cod. proc. pen. siano forme di presunzioni reintrodotte surrettiziamente proprio con quella normativa che intendeva superare definitivamente il sistema del processo in contumacia e della estrema valorizzazione del sistema legale delle notifiche, in quanto una tale interpretazione non potrebbe mai essere consentita perché in violazione delle disposizioni convenzionali quali interpretate dalla Corte Edu.

1.1.3. Sviluppando i temi già accennati nella sentenza Innaro e con specifico riferimento alla situazione "dell'imputato che, nel corso del procedimento, abbia dichiarato o eletto domicilio ovvero sia stato arrestato, fermato o sottoposto a misura cautelare, ovvero abbia nominato un difensore di fiducia", le Sezioni unite ne hanno sottolineato

l'accertamento in termini di necessaria effettività e, riguardo l'elezione di domicilio, si è valorizzata l'esigenza di accertamento di un effettivo rapporto tra il soggetto ed il luogo presso il quale dovrebbero essere indirizzati gli atti, come rimarcato dalla stessa opzione normativa che, con la legge n. 103 del 2017, ha inserito nell'art. 162 cod. proc. pen. il comma 4-*bis*: «l'elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio non ha effetto se l'autorità che procede non riceve, unitamente alla dichiarazione di elezione, l'assenso del difensore domiciliatario», inferendone, in via generale, l'inidoneità *ex se* dell'elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio.

Richiamando la natura essenzialmente interpretativa della norma da ultimo citata, inserita codificando una lettura delle regole previgenti già affermata dalla Corte Cost. (con sentenza n.31/2017 che, chiamata a pronunciarsi sulla costituzionalità degli artt. 161 e 163 cod. proc. pen. «nella parte in cui non prevedono la notifica personale dell'atto introduttivo del giudizio penale, quantomeno nell'ipotesi di elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio»), le Sezioni unite hanno rimarcato la necessità di valutare se, nel caso concreto, vi sia stata un'effettiva instaurazione di un rapporto professionale tra il legale domiciliatario e l'imputato e, quindi, se si siano o meno realizzate le condizioni da cui dedurre l'esistenza di un rapporto di informazione tra il legale, benché nominato di ufficio, e l'assistito; ciò in quanto gli indici di conoscenza dell'art. 420-*bis*, 2 comma, cod. proc. pen., genericamente indicati nella disposizione, vanno interpretati secondo la loro funzione di garanzia di certezza di conoscenza, senza agevolazioni di natura presuntiva.

Per restare nei termini rilevanti nella presente vicenda processuale, le Sezioni unite hanno sottolineato come l'elezione di domicilio presso il difensore di ufficio può ritenersi efficace, al fine non solo della regolarità formale della notifica ma per poter avere la certezza che l'atto così notificato giunga a conoscenza del destinatario, solo quando vi sia un effettivo collegamento tra la persona ed il luogo eletto, ricorrendo, viceversa, un'ipotesi di domicilio "inidoneo".

Si è, pertanto, affermato il principio, applicabile alle situazioni precedenti all'introduzione della citata regola di cui all'art. 162, comma 4 -*bis*, cod. proc. pen. *ex lege* n. 103 del 2017, secondo cui "La sola elezione di domicilio presso il difensore di ufficio, da parte dell'indagato, non è di per sé presupposto idoneo per la dichiarazione di assenza di cui all'articolo 420-*bis* cod. proc. pen., dovendo il giudice in ogni caso verificare, anche in presenza di altri elementi, che vi sia stata un'effettiva instaurazione di un rapporto professionale tra il legale domiciliatario e l'indagato, tale da fargli ritenere con certezza che quest'ultimo abbia conoscenza del procedimento ovvero si sia sottratto volontariamente alla conoscenza del procedimento stesso".

1.2. I principi enunciati dalle Sezioni unite Ismail Darwhis sono stati ripresi da questa Sezione (sentenza n. 31201 del 15/09/2020, RAMADZE, Rv. 280137) che, nel dichiarare manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 629-*bis* cod. proc. pen. per violazione degli artt. 24, secondo comma, 111 e 117 Cost. in relazione agli artt. 3 e 6 CEDU, ha rimarcato come la norma evocata si ponga quale chiusura del sistema del giudizio in assenza, assumendo il significato di escludere l'accesso ad un nuovo giudizio a chi si sia posto volontariamente nelle condizioni di non avere adeguata notizia del processo, dimostrando di non volervi partecipare, ed escluda qualsivoglia automatismo in riferimento all'accertata ricorrenza delle condizioni di cui all'art. 420-*bis* cod. proc. pen., mentre l'onere probatorio imposto al richiedente, che implica l'allegazione di una documentazione a sostegno, non preclude al giudice di disporre d'ufficio le integrazioni istruttorie necessarie ad accertarne l'oggettiva fondatezza.

In tal senso, al giudice (della rescissione come a quello della cognizione) è assegnato il compito di valutare la sintomaticità in tal senso dei comportamenti tenuti all'imputato rimasto assente nel corso dell'intero processo, soprattutto nel caso in cui questi abbia avuto cognizione della pendenza del procedimento, senza instaurare però alcun automatismo in riferimento alle condizioni che, ai sensi dell'art. 420-*bis* cod. proc. pen., autorizzano il giudice della cognizione a procedere in sua assenza; automatismo a cui, peraltro, come chiarito dalle citate Sezioni Unite Ismail Darwish, nemmeno quest'ultimo può ricorrere, dovendo per l'appunto, nella ricorrenza di tali condizioni, accertare l'effettiva adeguata conoscenza del processo ricevuta dall'assente e, comunque, l'eventuale volontaria sottrazione a tale conoscenza (V. anche n. 32267 del 2020 Rv. 279994, N. 21997 del 2020 Rv. 279680).

Nel quadro così sommariamente delineato, emerge come il diritto vivente abbia segnato il definitivo superamento del sistema di conoscenza legale, posto a fondamento del processo contumaciale, in favore della effettiva consapevolezza dell'esistenza del procedimento, accertata mediante indicatori dotati di effettiva attitudine dimostrativa e senza il ricorso a meccanismi presuntivi.

2. La Corte d'appello di Torino non ha fatto corretta applicazione degli enunciati principi.

2.1. Dal testo dell'avversata sentenza, risulta come la consapevolezza della celebrazione del processo a carico dell'^(omissis) sia stata ritratta dalla mera presenza, nel giudizio di primo grado, del difensore d'ufficio, presso il quale l'imputato aveva eletto domicilio il 17 giugno 2013 nel corso delle indagini preliminari, ed alla stregua di una esplicita "presunzione legale di conoscenza" (f. 2 sent. impugnata), risolta *ex se* nella

stessa notifica al difensore d'ufficio domiciliatario, senza che alcun ulteriore indicatore, esplicativo dell'effettiva conoscenza, invece necessaria, sia stato valorizzato al riguardo.

Ed invero, esclusa la rilevanza – ai fini della valida instaurazione del rapporto processuale *in absentia* – della mera ritualità formale della notifica, eseguita presso il difensore d'ufficio domiciliatario, la presenza in giudizio del difensore non può – come asserito dalla Corte territoriale – *ex se* assolvere all'onere di positiva dimostrazione dell'instaurazione di un effettivo rapporto difensivo, da cui inferire la conoscenza del processo da parte dell'imputato, ovvero la volontaria sottrazione al medesimo, poiché l'esercizio del patrocinio costituisce un obbligo per l'avvocato designato.

2.2. In attuazione della delega conferita al Governo con legge 247/2012, l'art. 16 del decreto legislativo 31 gennaio 2015, n. 6 recante "Riordino della disciplina della difesa di ufficio, ai sensi dell'art. 16 della legge 31 dicembre 2012, n. 247" ha definito la nuova disciplina, improntata a garantire la massima qualità professionale nell'esercizio della funzione e l'effettività, continuità e competenza della difesa d'ufficio nell'arco di tutto il processo penale.

L'art. 11 comma 1 del Regolamento del Consiglio Nazionale Forense del 22 maggio 2015, in particolare, prevede come, in adempimento del principio dell'effettività della difesa d'ufficio, l'avvocato debba svolgere la propria attività con coscienza, diligenza, puntualità, lealtà e correttezza, assicurando costantemente la qualità della prestazione professionale, declinando – tra l'altro – l'obbligo di prestare il patrocinio ed il principio della eccezionalità della sostituzione per garantire il diritto alla difesa (art. 97 comma 5 cod. proc. pen., art. 11 comma 3 Codice deontologico forense e art. 11 co. 2 lett. a), b) ed e) dello stesso regolamento CNF), oltre agli obblighi di comunicazione all'Autorità giudiziaria procedente in caso di impedimento a partecipare a singole attività processuali (art. 11 lett. e) regolamento CNF e art. 26 comma 4 Codice deontologico forense) e di portare a compimento il mandato anche in caso di intervenuta cancellazione volontaria dall'elenco nazionale o per mancata o incompleta presentazione della domanda di permanenza (art. 11 lett. g) regolamento CNF).

Il mancato rispetto dei principi generali sopra richiamati comporta la possibilità che, a norma del regolamento CNF, il difensore d'ufficio sia escluso dall'elenco, indipendentemente dall'instaurazione o dall'esito di un procedimento disciplinare conseguente alla violazione del Codice Deontologico Forense.

Con il Comunicato 4-C-2017 del 3 marzo 2017, il Consiglio Nazionale Forense ha reso noto di aver deliberato le modifiche all'art. 11 del "Regolamento per la tenuta e l'aggiornamento dell'elenco unico nazionale degli avvocati iscritti negli albi disponibili ad assumere le difese di ufficio", adottato dal medesimo Consiglio (Regolamento 22 maggio

2015), e recante "Doveri del difensore d'ufficio", nella finalità di armonizzarne il contenuto all'art. 26, comma 4, del Codice Deontologico Forense.

Quest'ultimo stabilisce che: "Il difensore nominato d'ufficio, ove sia impedito di partecipare a singole attività processuali, deve darne tempestiva e motivata comunicazione all'autorità procedente, ovvero incaricare della difesa un collega che, ove accetti, è responsabile dell'adempimento dell'incarico".

In seguito alla predetta opera di armonizzazione, il testo attuale dell'articolo 11 consta di tre commi: nel primo si richiamano i canoni di coscienza, diligenza, puntualità, lealtà, correttezza, qualità della prestazione professionale; nel secondo vengono elencati gli obblighi che sorgono nel momento in cui, l'avvocato iscritto nell'elenco dei difensori d'ufficio, viene specificamente nominato: prestare patrocinio; non rifiutare di prestare l'attività ovvero interromperla; comunicare alla parte assistita che ha facoltà di nominare un difensore di fiducia, nonché informarla che anche il difensore d'ufficio ha diritto ad essere retribuito; cessare dalle funzioni se viene nominato un difensore di fiducia; comunicare gli impedimenti; garantire la reperibilità; portare a compimento il mandato. L'ultimo comma, introdotto *ex novo* rispetto alla precedente formulazione, contiene una raccomandazione per i medesimi avvocati iscritti all'elenco nazionale: sollecitare il Giudice, anche tramite il Consiglio dell'Ordine, la Camera Penale di appartenenza ovvero il CNF, a limitare il ricorso alle sostituzioni *ex art. 97, comma 4, c.p.p.*, richiamando l'effettività della difesa tecnica.

Con deliberazione del 20 marzo 2020, il Consiglio Nazionale Forense è ulteriormente intervenuto per garantire l'effettività della difesa d'ufficio nella fase pandemica.

2.3. L'obbligo di prestare il patrocinio, nei termini sopra sommariamente richiamati, rende, pertanto, la presenza del difensore d'ufficio in udienza un adempimento proprio del difensore d'ufficio, sanzionato - oltre che in chiave deontologica - attraverso la cancellazione dall'elenco.

Del resto, l'art. 97, comma 5 cod. proc. pen. prevede tassativamente che il difensore d'ufficio ha l'obbligo di prestare il patrocinio, principio che può essere derogato solo in presenza di un giustificato motivo, come previsto dall'art. 30 disp. att. cod. proc. pen..

Siffatta connotazione del *munus* non riveste, pertanto, *ex se* l'inequivoca valenza di indicatore dell'effettiva instaurazione di un rapporto diretto con l'assistito.

Né la Corte territoriale ha, ulteriormente, specificato se indici rivelatori in tal senso possano essere stati ritratti da specifiche iniziative del difensore, tali da dimostrare un'effettiva interlocuzione con l'imputato assistito (conferimento di procura speciale; produzioni documentali provenienti dalla parte) e non, invece, l'esercizio *tout court* della difesa necessaria.

Deve essere, pertanto, affermato il principio per cui, ai fini della dichiarazione di assenza, non può considerarsi presupposto idoneo la mera presenza in giudizio del difensore d'ufficio domiciliatario, che abbia ricevuto la notifica del decreto di citazione dell'imputato, dovendo il giudice, in ogni caso, verificare, anche in presenza di altri elementi, che vi sia stata l'effettiva instaurazione di un rapporto professionale tra il legale domiciliatario e l'indagato, tale da fargli ritenere con certezza che quest'ultimo abbia avuto conoscenza del procedimento ovvero si sia sottratto volontariamente allo stesso.

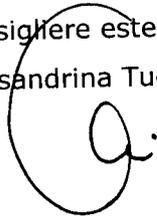
3. La sentenza impugnata deve essere, pertanto, annullata perché la Corte territoriale, facendo corretta applicazione dei principi enunciati, proceda a nuovo esame in riferimento alla questione di nullità della citazione dell'imputato proposta.

P.Q.M.

annulla la sentenza impugnata con rinvio per nuovo esame ad altra Sezione della Corte di appello di Torino.

Così deciso in Roma, l'11 febbraio 2021

Il consigliere estensore
Alessandrina Tudino



Il presidente
Carlo Zaza

