

Novità legislative: legge 28 aprile 2014, n. 67 contenente "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".

**Prime riflessioni sulle
nuove disposizioni in materia di sospensione del procedimento
con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili.**

Premessa. - Sulla Gazzetta Ufficiale del 2 maggio 2014 è stata pubblicata la legge 28 aprile 2014 recante "*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*".

La legge, composta di 16 articoli, è suddivisa in tre capi: il primo contiene due deleghe al Governo, in materie di pene detentive non carcerarie e di depenalizzazione; il secondo introduce nel codice penale e nel codice di procedura penale l'istituto della sospensione del processo con messa alla prova; il terzo capo, infine, disciplina "*la sospensione del procedimento nei confronti degli irreperibili*" (artt. 9 - 15).

I Capi II e III della legge contengono disposizioni immediatamente applicabili, decorso l'ordinario termine di *vacatio* dalla data di pubblicazione della legge in G.U.

I

**LE NUOVE DISPOSIZIONI IN TEMA DI SOSPENSIONE DEL PROCEDIMENTO
CON MESSA ALLA PROVA.**

(a cura di Raffaele Piccirillo)

Sommario: Finalità dell'istituto. - **I. IL PROFILO SOSTANZIALE** - 1. Le condizioni oggettive e soggettive di applicazione della misura. - 2. I contenuti della misura. - 3. Il lavoro di pubblica utilità. - 4. Sospensione della prescrizione ed estinzione del reato. - 5. I casi di revoca anticipata della misura. - **II. LA DISCIPLINA PROCESSUALE.** - 1. L'iniziativa.- 2. Le forme e il termine finale della richiesta presentata in fase 'processuale'.- 3. Il programma di trattamento.- 4. Una finestra per la mediazione penale. - 5. I poteri informativi del giudice. - 6. La richiesta presentata nel corso delle indagini.- 7. I criteri della decisione giudiziale sull'ammissione: a) Il convincimento *provvisorio* di colpevolezza.- b) La prognosi di risocializzazione.- 8. Gli interventi del giudice sui contenuti del programma di trattamento.- 9. La durata massima della sospensione. - 10. Il ricorso per cassazione contro l'ordinanza che decide sull'istanza di ammissione.- a) Le decisioni ricorribili.- b) Il problema dell'appello congiunto della sentenza di condanna e della propedeutica ordinanza di rigetto della sospensione con messa alla prova. c) Previsioni casistiche sui motivi del ricorso per cassazione dell'imputato avverso l'ordinanza di sospensione con messa alla prova. - 11. I rapporti tra l'azione civile e il procedimento penale sospeso.- 12. L'esecuzione della misura.- 13. L'assunzione delle prove non rinviabili.- 14. Gli esiti della prova: estinzione del reato o ripresa del processo.- 15. - I rapporti tra sospensione con messa alla prova e procedimenti speciali. - 16. Il regime di utilizzabilità delle informazioni acquisite durante il procedimento di messa alla prova in caso di ripresa del processo. - 17. Il

provvedimento di revoca anticipata della misura.- 18 Rapporti tra la messa alla prova e altri benefici. - 19 . Computo del periodo di messa alla prova dell'imputato in caso di revoca. - 20. Il ruolo degli uffici dell'esecuzione penale esterna.- 21. - L'assenza di una disciplina transitoria.

Le finalità dell'istituto

Il secondo capo della legge n. 67 del 2014 introduce l'istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova dei maggiorenni, attraverso la novellazione di quattro contesti normativi:

- il codice penale, modificato dall'art. 3 mediante l'inserzione degli articoli 168-bis, 168-ter, 168-quater;
- il codice di procedura penale, nel quale l'art. 4 inserisce sette nuove disposizioni (da 464-bis a 464-nonies);
- le norme di attuazione di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale nel quale sono inseriti gli articoli 141-bis e 141-ter;
- il testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di casellario giudiziale, di anagrafe delle sanzioni amministrative dipendenti da reato e dei relativi carichi pendenti (d.p.r. 14 novembre 2002, n. 313);

La novità non consiste nell'estensione a soggetti maggiorenni della *probation* prevista dal rito minorile, giacché un consolidato insegnamento giurisprudenziale reputa già applicabili gli artt. 28 e 29 del D.P.R. n. 488/1988 - così come il perdono giudiziale - ai soggetti che, infradiciottenni al momento del fatto, siano diventati maggiorenni alla data del provvedimento di sospensione [sez. IV, n. 23864 del 4 aprile 2003 (dep. 30 aprile 2003), P.M. in proc. Orlati, Rv. 225587; sez. I, n. 323 del 20 gennaio 1994 (dep. 23 marzo 1994), P.M. in proc. Marchese, Rv. 198710; sez. V, n. 1405 del 5 luglio 1992 (dep. 6 agosto 1992), p.m. in proc. Diana, Rv. 191626].

L'innovazione consiste piuttosto nell'aver sancito (con una disciplina peculiare) l'applicazione della misura a soggetti che erano maggiorenni già al momento della commissione del reato.

Il progetto attuato dal capo II della legge in commento figurava già nella proposta di legge delega congedata dalla Commissione Pisapia il 27 luglio 2006.

L'art. 42 di quello schema introduceva "*l'esito positivo della messa alla prova con sospensione del processo*" tra le cause di estinzione del reato; mentre l'art. 44 dettava i principi che il legislatore delegato avrebbe dovuto osservare nella fissazione dei presupposti, conferendo rilievo: alla gravità del reato (reati puniti con pena non detentiva o con pena detentiva non superiore nel massimo a tre anni, sola o congiunta con altra pena non detentiva); al numero di volte in cui si poteva fruire dell'istituto (una sola volta, con ammissione di una seconda applicazione soltanto per i reati commessi anteriormente all'inizio della prima messa alla prova).

La scelta di disciplinare direttamente il 'nuovo' istituto e l'ampiezza del contesto normativo inciso dalla riforma segnano un primo momento di distinzione del testo approvato rispetto al

suo più immediato antecedente, il disegno di legge n. 5019 presentato nel corso della XVI legislatura dal Ministro della giustizia Severino.

In quel disegno la "*sospensione del procedimento con messa alla prova*" era indicata nell'art. 3 come oggetto di una delega parlamentare al governo, da attuarsi con impatto circoscritto al codice di procedura penale e nel rispetto di otto principi e criteri direttivi, rispetto ai quali la proposta approvata fa registrare ulteriori non insignificanti differenze.

La relazione che accompagnava il progetto di riforma della Commissione Pisapia enunciava le ragioni fondanti il 'nuovo' istituto in termini che riecheggiano nei lavori preparatori della legge n. 67 del 2014.

Si citavano i risultati positivi conseguiti dalla messa alla prova minorile (stimati, secondo statistiche ministeriali dell'epoca, in misura pari all'85%); si evocavano finalità di accelerazione del processo e di deflazione del carico giudiziario.

In prima approssimazione, l'istituto realizza una rinuncia statutale alla potestà punitiva condizionata al buon esito di un periodo di prova controllata e assistita, riallacciandosi alla tradizione anglosassone delle *probation*.

Più precisamente, quella introdotta dalla legge n. 67 è una *probation giudiziale nella fase istruttoria*, assimilabile al modello adottato nel procedimento minorile (art. 28 del d.p.r. n. 448 del 1988 e art. 27 delle relative norme di attuazione, approvate con d.lgs. n. 272 del 1989), nel quale la messa alla prova precede la pronuncia di una sentenza di condanna.

Essa si differenzia dalla *probation* di polizia presente in altri ordinamenti, ma anche da quella che opera nella fase del giudizio ed è gestita dalla magistratura di sorveglianza in termini di sospensione dell'esecuzione della condanna (artt. 656 cod. proc. pen. e legge n. 354 del 1975 sull'ordinamento penitenziario), con riguardo alle pene detentive irrogate nel limite dei tre anni nei confronti di soggetti a piede libero; nonché dalla *probation penitenziaria*, introdotta in Italia dagli artt. 47 ss. della legge n. 354 del 1975 e dall'art. 94 del d.p.r. n. 309 del 1990.

Le finalità perseguite dal legislatore consistono nell'offerta di un percorso di reinserimento alternativo ai soggetti processati per reati di minore allarme sociale, accompagnata dalla funzione deflattiva dei procedimenti penali attuata mercé l'estinzione del reato dichiarata dal giudice in caso di esito positivo della prova.

Senza essere privo di una "*necessaria componente afflittiva*" (che ne salvaguarda la funzione punitiva e intimidatrice), la "*sospensione con messa alla prova*" è chiamata a soddisfare nel contempo istanze specialpreventive e risocializzatrici, mediante l'incentivazione dei comportamenti riparativi indirizzati alla persona offesa dal reato¹.

L'intervento mira a realizzare "*un'equilibrata de-carcerizzazione*" e a conferire effettività al principio del minor sacrificio possibile per la libertà personale, incidendo su un contesto caratterizzato dalla "*mancata valorizzazione di percorsi alternativi a quelli strettamente*

¹ Dette finalità sono chiaramente esplicitate nel discorso di presentazione alla Camera del disegno di legge n. 5019 (29.2.2012) e dalla relazione tenuta dall'onorevole Ferranti, presidente della Commissione Giustizia della Camera dei deputati, in sede di presentazione del testo unificato delle proposte C.331-927.

processuali per la soddisfazione delle esigenze special-preventive” e da fenomeni di inflazione del carico dei giudizi penali, forieri di incertezza e sfiducia collettiva².

Le *rationes* preannunciano il doppio profilo, sostanziale e processuale, del nuovo istituto: da un lato **causa di estinzione del reato**, collocata nel capo I del Titolo VI del codice penale, subito dopo la disciplina della sospensione condizionale della pena; dall’altro **modulo di definizione alternativa della vicenda processuale**, insediato in apposito titolo (V- bis) del Libro VI (Procedimenti speciali) del codice di procedura.

I. IL PROFILO SOSTANZIALE

1. Le condizioni oggettive e soggettive di applicazione della misura. - L’art. 168-*bis* cod. pen. detta, al primo comma, le condizioni oggettive per l’accesso all’istituto in ragione della gravità del reato, determinata con riguardo all’entità della sanzione edittale (possono essere ammessi alla sospensione soltanto i soggetti coinvolti in procedimenti per reati sanzionati con la pena pecuniaria o con pena detentiva - esclusiva, congiunta o alternativa - non superiore nel massimo ai quattro anni) ovvero *ratione materiae*, mediante il richiamo dell’elenco di delitti contenuto nel secondo comma dell’articolo 550 cod. proc. pen., in tema di citazione diretta a giudizio.

Quest’ultimo riferimento segna un’estensione della portata applicativa dell’istituto rispetto alle direttive del disegno di legge delega n. 5019.

L’estensione raccoglie, parzialmente, le critiche e gli auspici formulati dalla dottrina (nei primi commenti dedicati alle proposte di legge sul tema) e da alcuni degli esperti auditi nel corso dell’indagine conoscitiva svolta dalla Commissione Giustizia della Camera dei deputati.

La dottrina³ aveva in particolare segnalato la scarsa appetibilità della misura rispetto alla sospensione condizionale della pena.

La gran parte dei soggetti accusati di reati sanzionati *in astratto* con pena massima di quattro anni, considerato il tendenziale appiattimento dei trattamenti sanzionatori irrogati in concreto sui livelli minimi o medi, potrebbe conseguire con la sospensione condizionale il risultato di andare esente da pena, senza dover sottostare alle prescrizioni e alle prestazioni riparatorie previste dalla *messa alla prova*.

Mentre a coloro che, essendo gravati da precedenti, non potrebbero godere della sospensione condizionale, sarebbe tendenzialmente precluso anche l’accesso alla nuova ‘misura’, che presuppone anch’essa una prognosi favorevole circa il futuro comportamento dell’imputato.

La platea dei soggetti potenzialmente interessati al beneficio si restringerebbe, secondo questa opinione, a coloro per i quali assume rilievo non la mera esenzione dalle conseguenze sanzionatorie (altrimenti evitabili), ma l’interesse a evitare lo stigma della sentenza di

² Su questi aspetti si soffermano l’Analisi tecnico-normativa e la scheda AIR allegate al disegno Severino.

³ F. VIGANO’, *Sulla proposta legislativa in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1300

condanna o di *patteggiamento* che potrebbe, per esempio, pregiudicarli nell'aggiudicazione di contratti con la pubblica amministrazione o nella partecipazione a concorsi pubblici.

Tuttavia, anche considerando questa ristretta categoria di soggetti, la misura non sortirebbe l'auspicato effetto di deflazione carceraria.

Nel corso dell'indagine conoscitiva⁴, lo svantaggio competitivo della nuova misura veniva ulteriormente argomentato con la prospettiva dell'eventuale approvazione di alcune proposte legislative dirette alla generalizzazione della declaratoria di improcedibilità per *irrilevanza del fatto* (attualmente prevista nel rito 'minorile' dall'art. 27 del D.P.R. 22.9.1988 n. 448); o dell'estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie (attualmente prevista dall'art. 35 del D.lgs. 28.8.2000, n. 274 recante "Disposizioni sulla competenza penale del giudice di pace"); o ancora all'estensione dell'oblazione, al di là dei ristretti confini attualmente segnati dagli artt. 162 e 162-bis cod. pen.

La scelta di incrementare il catalogo dei *reati presupposto* attraverso il richiamo dell'elenco contenuto nell'art. 550 cod. proc. pen., significa che il legislatore ha recepito i suggerimenti estensivi, contemperandoli però:

- con le preoccupazioni securitarie, che lo hanno indotto a non seguire la strada di un innalzamento indiscriminato del limite edittale;
- con preoccupazioni di certezza giuridica, che hanno determinato il rifiuto dell'opzione propensa ad affidare alla discrezionalità del giudice l'individuazione dei casi concreti nei quali - nonostante il superamento del prefissato limite edittale - la modestia del fatto potrebbe giustificare l'applicazione della misura.

I **limiti soggettivi** sono individuati dal quarto e quinto comma della disposizione, dove è esclusa la concedibilità della sospensione per più di una volta e la sua applicazione ai delinquenti e contravventori abituali, ai delinquenti professionali e per tendenza (artt. 102, 103, 104, 105 e 108 cod. pen.).

Si tratta di limitazioni non previste nell'istituto omologo del rito minorile e più rigide di quelle approvate in prima lettura dalla Camera.

Prima del passaggio al Senato, infatti, era prevista la possibilità che un soggetto godesse per "due volte" della sospensione, a meno che la precedente esperienza non fosse correlata a un reato "della stessa indole" di quello per il quale il soggetto si trova a essere indagato o imputato.

2. I contenuti della misura. - Il secondo comma dell'art. 168-bis delinea i contenuti del regime di messa alla prova, conferendo rilievo prioritario alle condotte riparatorie: "*prestazione di condotte volte all'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose derivanti dal reato, nonché, ove possibile, il risarcimento del danno dallo stesso cagionato*".

A queste condotte si associa l'**affidamento dell'imputato al servizio sociale, per lo svolgimento di un programma.**

⁴ Audizione della prof. C. CESARI presso la Commissione Giustizia della Camera dei deputati, in data 29.5.2013

Alcuni **contenuti del programma** sono declinati dalla norma sostanziale in termini **"potenziali"**. Esso *"può implicare, tra l'altro"* lo svolgimento di attività di volontariato sociale, ovvero l'osservanza di prescrizioni relative ai rapporti con il servizio sociale o con una struttura sanitaria, alla dimora, alla libertà di movimento, al divieto di frequentare determinati locali.

3. Il lavoro di pubblica utilità. - Costituisce invece presupposto indefettibile della nuova misura la prestazione di lavoro di pubblica utilità, del quale l'art. 168-bis, terzo comma offre una definizione mutuata da quelle già contenute in disposizioni vigenti che contemplano la misura quale pena sostitutiva (art. 54 del D.Lgs. 28 agosto 2000, n. 274 in tema di competenza penale del giudice di pace; artt. 186, comma 9-bis e 187, comma 8-bis del Codice della strada; art. 73, comma quinto del d.p.r. 9 ottobre 1990, n. 309) o quale obbligo correlato alla sospensione condizionale della pena (art. 165 cod. pen.).

Si tratta di prestazioni non retribuite in favore della collettività, affidate tenendo conto *"delle specifiche professionalità e attitudini lavorative dell'imputato"*; articolate secondo un orario giornaliero non superiore alle otto ore; da svolgere per non meno di dieci giorni, anche non continuativi, e da modulare in termini compatibili con le esigenze di lavoro, di studio di famiglia e di salute dell'imputato⁵.

La **centralità del lavoro gratuito** nell'economia della misura è confermata dalla previsione dell'art. 168-quater che individua il rifiuto opposto dall'imputato *"alla prestazione del lavoro di pubblica utilità"* come autonoma causa di revoca anticipata; da quella del nuovo art. 464-bis, comma quarto lett. b), cod. proc. pen. che indica *"le prescrizioni attinenti al lavoro di pubblica utilità ovvero all'attività di volontariato di rilievo sociale"* tra i contenuti obbligatori del programma di trattamento che l'imputato deve allegare all'istanza di ammissione; e anche dal disposto del nuovo art. 141-ter, comma terzo disp. att. cod. proc. pen., che coniuga all'indicativo la previsione, tra gli allegati che devono corredare il programma di trattamento da sottoporre al giudice in vista dell'ammissione della misura, l'adesione dell'ente *"presso il quale l'imputato è chiamato a svolgere le proprie prestazioni"*.

Il ruolo essenziale assegnato al lavoro gratuito sottende il superamento delle perplessità sollevate da quanti - evidenziando il rischio che *"il lavoro non si trovi, ovvero che quel tipo di contenuto, in concreto, non possa essere realizzato nelle singole ipotesi"*⁶ - suggerivano di contemplarlo come contenuto soltanto eventuale del programma di trattamento o, almeno, di predisporre una disciplina *'compensativa'* per non penalizzare l'imputato che, pur essendosi attivato (con la collaborazione, come vedremo, degli uffici locali dell'esecuzione penale esterna) per il reperimento di un soggetto disponibile ad accettarne le prestazioni, non vi sia riuscito.

⁵ Dette previsioni ricalcano la direttiva impartita nella lettera l) dell'art. 1 della legge che delega il governo per l'emanazione di decreti legislativi di riforma del sistema sanzionatorio.

⁶ Audizione prof. C. CESARI, cit. Esprime perplessità sulle prospettive pratiche di successo della misura anche F. CAPRIOLI, *Due iniziative di riforma nel segno della deflazione: la sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato e l'archiviazione per particolare tenuità del fatto*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 7 ss.

La scelta operata dal legislatore sembra dunque precludere l'accesso al beneficio dell'imputato che, pur essendosi attivato per tempo e seriamente, non sia riuscito a procurarsi un'occasione di lavoro gratuito.

Non può escludersi però che, in sede interpretativa, possano essere praticate soluzioni propense a riconoscere un dovere del giudice di valutare la serietà dello sforzo profuso dall'imputato, a prescindere dai risultati conseguiti, similmente a quanto avviene in relazione alle condotte risarcitorie e restitutorie sussunte nella causa di estinzione del reato prevista dall'art. 35 del D.lgs. n. 274 del 2000 (sez. V, n. 14070 del 24 marzo 2005, p.m. in proc. Del Testa, Rv. 231777; sez. V, n. 22323 del 21 aprile 2006, p.m. in proc. Gavioli, Rv. 234555; sez. V, n. 31070 del 10 aprile 2008, Gatto e altro, Rv. 241166; sez. IV, n. 36516 del 18 giugno 2008, p.m. in c. Ilmer, Rv. 241957); o nella circostanza attenuante di cui all'art. 62 n. 6 cod. pen. (*ex plurimis*, sez. V, n. 46866 del 29 novembre 2005, Bazzoli, Rv. 233048; sez. I, n. 18440 del 28 aprile 2006, Friscia, Rv. 233817)⁷.

In questi ambiti si è ritenuto non vincolante il rifiuto opposto dalla persona offesa all'offerta risarcitoria, quando quest'ultima sia reputata esaustiva e soddisfattiva delle istanze retributive e special-preventive sottese all'istituto.

Piuttosto che muoversi nel senso del ridimensionamento del ruolo della prestazione lavorativa gratuita, il legislatore ha preferito affrontare le criticità che determinano - nei settori in cui il lavoro di pubblica utilità è già previsto quale pena sostitutiva od obbligo del condannato a pena sospesa - la scarsa vocazione degli enti a rendersi disponibili all'*assunzione* dei soggetti interessati alla messa alla prova.

In questi senso deve leggersi anzitutto l'allargamento della platea dei possibili beneficiari che, nel testo approvato in via definitiva, comprende non solo lo Stato, le regioni, le province e i comuni ma anche le aziende sanitarie; non soltanto enti od organizzazioni nazionali, ma anche enti od organizzazioni internazionali che operano in Italia, dedite all'assistenza sociale o sanitaria o al volontariato.

Si muove nella stessa direzione l'art. 168-bis cod. pen. il quale non sembra esigere che gli enti e le organizzazioni beneficiarie delle prestazioni dell'imputato ammesso alla *probation* siano legate all'Amministrazione da un rapporto di convenzione, né richiama il D.M. 26 marzo 2001 (G.U. n. 80 del 5.4.2001) che prevede (art. 3) l'obbligo per il giudice di attingere all'elenco degli enti convenzionati formato ai sensi del successivo art. 7.

L'art. 8 della legge in commento rivela che non è stato superato del tutto il sistema delle convenzioni, essendo prevista l'adozione da parte del Ministero della giustizia o dei presidenti di tribunale delegati, entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della legge, di convenzioni da stipulare con gli enti o le organizzazioni di cui all'art. 168-bis cod. pen.

Neppure questa norma però indica le convenzioni quale presupposto indefettibile per il collocamento del 'messo alla prova' presso un determinato ente.

⁷ Ritenendo probabile questo esito interpretativo, F. CAPRIOLI (*op. cit.*, p. 9) coglie il rischio di uno snaturamento del '*nuovo congegno processuale*'.

Si è probabilmente inteso recepire l'indicazione che individua, quale concausa dello scarso successo del lavoro gratuito, il timore delle organizzazioni di assumere, stipulando le convenzioni, il rischio di dover accettare "*soggetti che dessero più problemi che vantaggi*"⁸ e di trovarsi continuamente esposte, in ragione della pubblicazione degli elenchi degli enti convenzionati, al contatto con i soggetti interessati a chiedere il beneficio.

Pare insomma consentita l'assegnazione del 'messo alla prova' a enti che, prima di stipulare la convenzione, intendano sperimentare l'impiego di questa categoria di soggetti⁹.

Alla stessa finalità sembra rispondere la previsione del già richiamato art. 141-ter (comma terzo) delle disposizioni di attuazione che annovera "***l'adesione dell'ente o del soggetto presso il quale l'imputato è chiamato a svolgere le proprie prestazioni***" tra gli atti che devono corredare il programma di trattamento trasmesso dall'Ufficio dell'esecuzione penale esterna al giudice ai fini dell'ammissione della misura.

E' comunemente riconosciuto che la previsione obbligatoria del lavoro di pubblica utilità costituisce **il nocciolo sanzionatorio della nuova misura** (*sanzione sostitutiva di tipo prescrittivo*, secondo una definizione dottrina¹⁰), quello che esprime la sua "*necessaria componente afflittiva*", secondo il discorso di presentazione del progetto Severino.

E' proprio guardando a detta previsione che alcuni commentatori definiscono l'identità strutturale del nuovo istituto come una "*cripto-condanna*" che non può non implicare un previo accertamento di responsabilità dell'imputato (tema sul quale in seguito si tornerà); o paventano il rischio che, concludendosi il procedimento (nel caso di insuccesso o di revoca della messa alla prova) con una sentenza assolutoria, resti priva di causa la prestazione lavorativa eseguita che assumerebbe a posteriori "*carattere indebito, e dunque ripetibile ex art. 2033 c.c.*"¹¹.

La connotazione sanzionatoria del lavoro di pubblica utilità induce a rilevare, come una lacuna significativa, **la mancata previsione dei criteri cui il giudice deve attenersi nel vaglio di congruità della sua durata complessiva e della sua intensità**.

Dalle norme si evincono: una durata minima (dieci giorni) e una massima che, stante l'assenza di diverse indicazioni, coincide con i termini massimi di sospensione del procedimento (uno o due anni, a seconda della natura della pena edittale); un'intensità massima di otto ore giornaliere, senza indicazione del minimo.

⁸ Audizione del giudice A. SALVADORI, 29.5.13

⁹ Dall'indagine conoscitiva era emersa una certa proficuità della prassi delle "*convenzioni in itinere*", praticata presso gli uffici giudiziari torinesi (vedi le audizioni di L. PANZANI e A. SALVADORI, rispettivamente Presidente e giudice del Tribunale di Torino).

¹⁰ F. CAPRIOLI, op. cit., p. 9

¹¹ In quest'ultimo senso F. VIGANO' (op. cit., p. 1302) che perciò propone la trasfigurazione della 'messa alla prova' in meccanismo sospensivo non del processo, bensì dell'esecuzione della pena: una sorta di 'nuova sospensione condizionale della pena', da affiancarsi alla comune sospensione condizionale e destinata ad applicarsi unicamente nell'ambito del 'patteggiamento allargato'.

Non essendo previsto che la prestazione del lavoro gratuito debba necessariamente coprire l'intero periodo della sospensione (non avrebbe altrimenti senso la previsione di un limite minimo di dieci giorni), occorre individuare degli indici commisurativi.

Non possono evidentemente trovare applicazione i criteri dettati nei casi in cui il lavoro gratuito è previsto come pena sostitutiva di quella detentiva: sia perché la 'messa alla prova' (e la prestazione lavorativa che vi è inclusa) si applica anche a reati sanzionati con pena esclusivamente pecuniaria; sia perché qui manca, per definizione, una condanna che possa fungere da limite e parametro di 'ragguaglio' (v., in tema di art. 73, comma quinto, del d.p.r. n. 309/1990: sez. I, n. 30089 del 26 giugno 2009, Pinto, Rv. 244812; sez. III, n. 40995 del 23 maggio 2013, Rizzuto, Rv. 256958; in tema di violazioni del codice della strada: sez. I, n. 12019 del 1 febbraio 2013, p.m. in proc. Bertotti, Rv. 255341).

Si propone allora l'applicazione in via analogica degli indici dettati dall'art. 133 cod. pen. per la commisurazione della pena, con una prospettiva che tenga conto a un tempo: della valutazione 'virtuale' della gravità concreta del reato e del *quantum* di colpevolezza dell'imputato, nonché delle sue necessità di risocializzazione.

4. Sospensione della prescrizione ed estinzione del reato. - L'art. 168-ter disciplina gli effetti della sospensione del procedimento, a partire dalla sospensione del termine di prescrizione del reato che, stante la natura personale della causa che la determina, non opera (diversamente dalle altre cause sospensive previste dall'art. 159 cod. proc. pen.) nei confronti degli eventuali coimputati.

Il secondo comma sancisce **l'estinzione del reato** quale conseguenza automatica del positivo superamento del periodo di prova.

L'estinzione lascia **impregiudicate le sanzioni amministrative accessorie eventualmente previste dalla legge.**

Su questo profilo si erano appuntate, nel corso dell'indagine conoscitiva, le critiche dell'Avvocatura che si agganciavano alla positiva esperienza del lavoro di pubblica utilità previsto dal Codice della strada in tema di guida in stato d'ebbrezza, dove l'appetibilità della pena sostitutiva si lega alla prevista revoca della sanzione amministrativa accessoria della confisca del veicolo (art. 187 comma 8-bis).

5. I casi di revoca anticipata della misura. - L'art. 168-quater disciplina la revoca della sospensione del procedimento con messa alla prova ancorandola, alternativamente:

- alla trasgressione grave o reiterata al programma di trattamento e alle sue prescrizioni (la stessa formula ricorre nel comma quarto dell'art. 141-ter disp. att. cod. proc. pen., per definire i casi nei quali l'Ufficio locale di esecuzione penale esterna deve proporre al giudice la revoca anticipata del provvedimento di sospensione);

- al rifiuto opposto alla prestazione del lavoro di pubblica utilità;

- alla commissione, durante il periodo di prova, di un nuovo delitto non colposo o di un reato della stessa indole di quello per cui si procede.

Confrontata con la formula che disciplina la revoca della sospensione nel processo minorile (art. 28, comma quinto: "La sospensione è revocata in caso di *ripetute e gravi* trasgressioni alle prescrizioni imposte"), la disposizione della legge n. 67 del 2014 si caratterizza per l'uso della congiunzione disgiuntiva "o" in luogo della copulativa "e".

Ne scaturisce che, nel contesto della messa alla prova degli "adulti", diversamente dall'ambito del rito minorile, trasgressioni reiterate di modesta entità dovrebbero essere ritenute sufficienti a determinare la revoca del beneficio, così come potrebbe esserlo un'isolata violazione di rilevante gravità.

II. LA DISCIPLINA PROCESSUALE

1. L'iniziativa. - L'art. 464-bis cod. proc. pen. attribuisce al solo imputato l'iniziativa dell'accesso all'istituto.

Detto profilo accomuna la misura alla sanzione del lavoro di pubblica utilità prevista dall'art. 54 delle disposizioni sulla competenza penale del giudice di pace; la distingue invece dalla misura omologa prevista nel rito minorile e dal lavoro sostitutivo previsto per le violazioni del codice della strada o per quella dell'art. 73, comma quanto del d.p.r. n. 309/1990 che si limitano a esigere la '*non opposizione*' dell'imputato rispetto a una statuizione adottabile dal giudice anche d'ufficio.

2. Le forme e il termine finale della richiesta presentata in fase 'processuale'. - Le forme della richiesta sono regolate secondo i criteri propri di tutti gli atti di gestione di diritti personalissimi: richiesta scritta od orale presentata dall'imputato personalmente o per mezzo di procuratore speciale (comma terzo), con una facoltà di verifica diretta sulla "*volontarietà*" della richiesta assegnata al giudice dal secondo comma dell'art. 464-quater (similmente a quanto previsto, in tema di patteggiamento, dall'art. 446, quinto comma, cod. proc. pen.).

E' espressamente individuato un termine finale di presentazione della richiesta, diversamente da quanto accade nell'ambito della messa alla prova minorile, dove tuttavia la Corte di cassazione (incontrando il dissenso di una parte della dottrina) è intervenuta più volte per sancire l'inammissibilità dell'istanza presentata per la prima volta nel giudizio di appello, nel quale potrebbe essere esercitato soltanto il controllo del rigetto ingiustificato adottato dal giudice di primo grado che, per esempio, non abbia svolto o non abbia tenuto nel debito conto l'indagine sulla personalità del minore imposta dall'art. 9 del d.p.r. n. 448 del 1988 [sez. II, n. 35937 del 21 maggio 2009 (dep. 16 settembre 2009), S.I., Rv. 245592; sez. V, n. 21181 del 9 maggio 2006 (dep. 20 giugno 2006), Rizzi, Rv. 234206; sez. I, n. 8472 del 28 maggio 1991 (dep. 1° agosto 1991), Suppa, Rv. 188064].

Nella disciplina della messa alla prova degli adulti, il termine finale della richiesta è espressamente individuato, con diversificazioni legate ai differenti moduli procedurali, esattamente come accade per i procedimenti speciali tipici della cd. *alternativa inquisitoria* (il giudizio abbreviato e l'applicazione della pena su richiesta delle parti):

- le conclusioni rassegnate dalle parti al termine dell'udienza preliminare, nel procedimento ordinario;
- la dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, nel giudizio direttissimo e nel procedimento di citazione diretta a giudizio;
- quindici giorni dalla notifica del decreto di giudizio immediato all'imputato o dalla comunicazione del relativo avviso al difensore, nei casi di giudizio immediato;
- il medesimo termine previsto dall'art. 461 cod. proc. pen. per l'opposizione, nei procedimenti per decreto.

La formula utilizzata per designare il termine di proposizione della richiesta in udienza preliminare ricalca il secondo comma dell'articolo 438 cod. proc. pen. ("*fino a che non siano formulate le conclusioni a norma degli articoli 421 e 422 cod. proc. pen.*") e sarebbe perciò tale da ingenerare il contrasto esegetico già emerso nel contesto del giudizio abbreviato tra: quanti individuano il momento preclusivo nel momento iniziale della *sottofase* delle conclusioni dell'udienza preliminare, quello nel quale il G.u.p. dà la parola al pubblico ministero perché illustri i risultati delle indagini preliminari e gli elementi di prova che giustificano la richiesta di rinvio a giudizio; quanti lo identificano nel momento in cui, invece, tocca al difensore dell'imputato rassegnare le proprie richieste conclusive; quanti, infine, nel caso di udienza preliminare celebrata nei confronti di più imputati, ampliano il *tempus deliberandi* fino al momento terminale della sottofase, quello che immediatamente precede la dichiarazione di chiusura della discussione prevista dal comma quarto dell'art. 421 cod. proc. pen.

Alle diverse opzioni affermatesi in tema di giudizio abbreviato sono sottese diverse letture e diverse scelte gerarchiche tra i valori della certezza giuridica, dell'ordinato ed efficiente svolgimento dell'udienza preliminare, del *favor* per la deflazione dibattimentale, del *favor rei*, della parità di trattamento tra plurimi imputati le cui discussioni difensive siano diversamente calendarizzate.

Le stesse assiologie giocheranno un loro ruolo nell'esatta identificazione del termine preclusivo della richiesta di sospensione con messa alla prova, posto che anche questo rito realizza effetti sostanziali favorevoli all'imputato (essendo vocato a una dichiarazione di estinzione del reato); è connotato da potenzialità deflative ancora maggiori di quelle del giudizio abbreviato (potendo evitare qualunque giudizio di merito sulla *res iudicanda*); e può originare da un'udienza preliminare nella quale siano coinvolti più imputati che potrebbero essere irragionevolmente discriminati da una soluzione che assegnasse a quello la cui discussione è calendarizzata per ultima un *tempus deliberandi* maggiore degli altri.

Sul punto occorre dar conto della pronuncia resa dalle Sezioni Unite il 27 marzo 2014 nel caso Frijá Mourad (decisione non ancora depositata, emessa sulla scorta dell'ordinanza di

rimessione n. 4068/2014;) che, tra i tre indirizzi interpretativi dei quali si è detto, ha scelto quello intermedio, per il quale il termine preclusivo della richiesta di giudizio abbreviato in udienza preliminare deve identificarsi con il momento nel quale il difensore di ciascun imputato è chiamato a formulare le sue conclusioni. La stessa soluzione, con ogni probabilità, dovrebbe essere applicata anche al caso della richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova.

3. Il programma di trattamento. - Il programma di trattamento elaborato d'intesa con l'ufficio di esecuzione penale esterna è indicato dal quarto comma dell'art. 464-bis quale allegazione necessaria dell'istanza prevista dal primo comma, al fine evidentemente di garantire la serietà della proposta e di scongiurare il rischio di iniziative strumentali¹².

Soltanto quando non sia stato possibile all'imputato munirsi per tempo di questo allegato (ipotesi che potrà verificarsi con particolare frequenza nei casi del procedimento per giudizio direttissimo, per giudizio immediato non custodiale e per decreto¹³), la norma consente che l'istanza di sospensione presentata al giudice sia corredata della mera **richiesta di elaborazione del programma**.

Sono quindi indicati i **contenuti essenziali** del programma:

- modalità di **coinvolgimento dell'imputato**, del suo nucleo familiare e del suo ambiente di vita **nel processo di reinserimento sociale**, ove ciò risulti necessario e possibile;

- **prescrizioni comportamentali e impegni specifici che l'imputato assume secondo una prospettiva riparatoria, orientata sia verso la vittima** (elisione o attenuazione delle conseguenze del reato; eventuale risarcimento del danno; restituzioni) **che verso la collettività** (prescrizioni attinenti al lavoro di pubblica utilità ovvero all'attività di volontariato di rilievo sociale);

- condotte volte a promuovere, ove possibile, la **mediazione con la persona offesa**.

Nella nuova disposizione di attuazione dettata dall'art. 141-ter, comma terzo la "*possibilità di svolgimento di attività di mediazione*" è contemplata tra gli obiettivi dell'*indagine* e delle *considerazioni* che gli uffici dell'esecuzione penale esterna (UEPE) devono trasmettere al giudice insieme al programma di trattamento, prima che venga deliberata la decisione sulla richiesta di sospensione con messa alla prova.

¹² V. l'audizione del giudice A. SALVADORI, in Commissione Giustizia (29.5.2013) sull'esperienza del Tribunale di Torino in tema di lavoro di pubblica utilità.

¹³ In dette ipotesi, non essendo prevista la notifica all'imputato dell'avviso di conclusione delle indagini, è possibile che di fatto il *tempo* intercorrente tra la conoscenza dell'accusa e il termine preclusivo di presentazione della richiesta di sospensione con messa alla prova, si riduca a una misura insufficiente all'elaborazione da parte degli uffici dell'esecuzione penale esterna dell'articolato programma di trattamento, soprattutto per quanto attiene al reperimento degli enti disponibili a recepire le obbligatorie prestazioni di lavoro gratuito.

4. Una nuova finestra per la mediazione penale. - Il riferimento alla mediazione realizza l'estensione di una pratica che, pur raccomandata da numerose disposizioni comunitarie e internazionali¹⁴, ha trovato finora riconoscimenti circoscritti agli ambiti del rito minorile e del processo penale davanti al giudice di pace.

Nel rito minorile (D.P.R. 22 settembre 1988, n. 448), la mediazione risponde alla logica di conciliare l'istanza di visibilità della vittima (alla quale è negata, in quel rito, la facoltà di costituirsi parte civile) con quella di responsabilizzazione del minore e può trovare esplicazione: nella sede degli accertamenti personologici sul minore (art. 9), della statuizione di irrilevanza del fatto (art. 27 d.p.r. cit.); in quella della sospensione con messa alla prova (art. 28, secondo comma) che annovera le prescrizioni dirette a riparare le conseguenze del reato e a promuovere la conciliazione del minorenne con la persona offesa.

Nel processo davanti al giudice di pace (d.lgs. n. 274 del 2000), i commi quarto e quinto dell'art. 29 prevedono il potere del giudice di promuovere, nell'udienza di comparizione relativa a reati procedibili a querela, la conciliazione tra le parti; la possibilità di rinviare l'udienza al fine di favorire detto esito e di avvalersi di centri e strutture pubbliche o private specializzate; la formalizzazione del risultato positivo dell'esperimento, attraverso la redazione di un verbale attestante la remissione di querela o la rinuncia al ricorso introduttivo del giudizio ex art. 21 e la relativa accettazione, propedeutico alla pronuncia di una sentenza di non luogo a procedere per mancanza della condizione di procedibilità.

Nello stesso rito, il già richiamato art. 35 incentiva uno dei possibili sbocchi della mediazione, attraverso la previsione della causa di estinzione del reato connessa alle condotte riparatorie tenute dall'imputato, estinzione dichiarata dal giudice previa verifica dell'eshaustività dello sforzo risarcitorio e previa consultazione (obbligatoria ma non vincolante) della persona offesa.

Il sondaggio della possibile mediazione previsto dal nuovo art. 464-bis, comma terzo si atteggia, rispetto alle richiamate previsioni, come **una nuova finestra aperta nell'ambito del procedimento penale per la soluzione conciliativa extragiudiziale.**

Il mediatore è infatti un soggetto estraneo all'organizzazione giudiziaria e i protocolli operativi implicitamente richiamati dalla norma di attuazione attraverso la menzione delle *équipes* specializzate nel settore (*"anche avvalendosi a tal fine di centri o strutture pubbliche o private presenti sul territorio"*) postulano contatti, colloqui e accordi da praticare all'esterno della sede processuale, nella quale confluiranno prima attraverso il programma di trattamento sottoposto all'approvazione del giudice e poi attraverso le pronunce giudiziali che consacrano l'esito positivo della messa alla prova, che evidentemente includerà il *follow-up* della fattiva disponibilità dell'imputato verso la vittima del reato.

¹⁴ Tra le altre, le Raccomandazioni del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa n. R(85)11 del 18.6.85, R (87)21 del 17.11.87, R(99)22 del 30.9.1999, R(99)19; le Risoluzioni dell'Economic and social Council delle Nazioni Unite n. 1998/23 del 28.7.1998, n. 1999/26 del 28.7.1999 e n. 15/2002; la Dichiarazione di Vienna su criminalità organizzata e giustizia del 10-17.4.2000 con le annesse risoluzioni n. 55/59 del 4.12.2000 e 56/261 del 31.1.2002; la decisione quadro del Consiglio dell'Unione europea 2001/220/GAI del 15.3.2001;

L'inciso *'ove possibile'* - che caratterizza sia le disposizioni procedurali dedicate alla promozione dell'esperimento conciliativo, sia quelle sostanziali dedicate al risarcimento del danno nel programma di *'messa alla prova'* (art. 168-bis, secondo comma cod. pen.) - induce a ritenere che, tanto in fase di ammissione della misura quanto in fase di valutazione dei suoi esiti, il legislatore abbia inteso dar rilievo alla disponibilità e alla serietà degli sforzi profusi dall'imputato sul versante della riparazione inter-soggettiva, piuttosto che all'effettivo conseguimento del risultato o alla soddisfazione manifestata dalla persona offesa che - in questo contesto, così come in quello dell'art. 35 del d. lgs. n. 274 del 2000 - si pone quale interlocutrice necessaria ma non vincolante del giudice e degli uffici dell'esecuzione penale.

Pur ammettendo la possibilità che non si concretizzi (per ragioni di oggettiva impossibilità) o che non sia percepito come soddisfacente dalla vittima, il legislatore incoraggia il comportamento risarcitorio sia attraverso la previsione obbligatoria del sondaggio sulla possibilità di mediazione (alla quale evidentemente corrispondono obblighi informativi per gli uffici dell'esecuzione penale e obblighi motivazionali per il giudice), sia attraverso previsioni volte a conciliarne l'attuazione con altre prescrizioni del programma.

In questa chiave può leggersi, per esempio, la previsione secondo la quale il lavoro di pubblica utilità deve modularsi in termini tali da non pregiudicare *"le esigenze di lavoro (evidentemente retribuito) ...dell'imputato"* (art. 168-bis cod. pen.) con la quale si tende a evitare che, assorbito dalla prestazione gratuita, l'imputato possa trovarsi privo dei mezzi con i quali far fronte all'impegno risarcitorio assunto verso la vittima.

5. I poteri informativi del giudice. - Il quinto comma dell'art. 464-bis assegna al giudice il potere di incrementare la piattaforma delle conoscenze personologiche funzionali alla decisione, mediante l'acquisizione di *"tutte le informazioni ritenute necessarie"*, in ordine alle condizioni di vita personale, familiare, sociale ed economica dell'imputato.

Un'ampia gamma di soggetti è chiamata a collaborare in quest'azione di arricchimento informativo (la polizia giudiziaria, i servizi sociali, altri enti pubblici), i cui risultati devono essere prontamente condivisi con il pubblico ministero e il difensore dell'imputato per l'attuazione del modulo contraddittorio che ispira il rito.

6. La richiesta presentata nel corso delle indagini. - L'art. 464-ter ammette la proposizione della richiesta di sospensione con messa alla prova nella fase delle indagini preliminari, come accade per l'omologo istituto del rito minorile, per il patteggiamento e per l'oblazione.

Al fine di stimolare l'esercizio della facoltà, che massimizza le potenzialità deflative della misura, il nuovo art. 141-bis delle disposizioni di attuazione (introdotto dall'art. 5 della legge n. 67/2014) prevede che il pubblico ministero, anche prima di esercitare l'azione penale, "può avvisare" l'interessato, ricorrendone i presupposti, della facoltà di richiedere l'ammissione alla prova e dell'effetto estintivo del reato scaturente dall'esito positivo della prova.

La disposizione ricalca la previsione dell'art. 141 d. att. in tema di procedimento di oblazione ed è funzionale a consentire all'imputato di attivarsi per tempo presso gli uffici locali dell'esecuzione penale esterna, perché questi predispongano il programma di trattamento, secondo il modulo collaborativo stabilito dall'art. 141-ter disp. att. cod. proc. pen.

Nel caso di richiesta avanzata nel corso delle indagini è previsto il tempestivo coinvolgimento informativo del pubblico ministero, funzionale all'espressione di **un consenso "sinteticamente motivato", da redigere per iscritto e da accompagnare alla formulazione dell'imputazione**, a seguito del quale il giudice sarà tenuto alla fissazione dell'udienza camerale propedeutica all'adozione delle determinazioni previste dall'art. 464-quater.

Il pubblico ministero potrà esprimere invece un dissenso del quale dovrà *"enunciare le ragioni"* in vista del controllo che, ai sensi del comma quarto, sarà esercitato dal giudice del dibattimento.

Il riconoscimento al pubblico ministero di spazi d'interlocuzione obbligatori e vincolanti si comprende tenendo conto della contestuale previsione della necessità che la decisione sia preceduta dalla formulazione di un'imputazione, espressiva dell'esercizio dell'azione penale.

Non potendosi conculcare le prerogative costituzionali del pubblico ministero (che deve compiere la scelta tecnica tra azione e inazione adottata al termine di un'indagine tendenzialmente completa), è logico che l'accelerazione imposta al procedimento dall'imputato debba confrontarsi con dette prerogative.

Il pubblico ministero esprimerà il consenso se reputerà gli elementi fino a quel momento acquisiti idonei all'esercizio dell'azione; lo negherà se invece reputerà necessarie ulteriori attività investigative, doverose in base al canone costituzionale (art. 112 Cost.) che vieta esercizi apparenti dell'azione penale¹⁵; o se riterrà i risultati dell'indagine esaustivi, ma conducenti all'archiviazione che costituirà evidentemente esito prioritario rispetto alla sospensione del procedimento con messa alla prova.

La previsione dell'obbligo di motivare il dissenso e quella che attiene al recupero del rito alternativo in limine al dibattimento ricalcano lo schema previsto dall'art. 448 cod. proc. pen. per la richiesta di patteggiamento rigettata nel corso delle indagini preliminari.

¹⁵ V. la sentenza Corte Cost. n. 88 del 28.1.1991, in tema di art. 125 d. att. cod. proc. pen.

7. I criteri della decisione giudiziale sull'ammissione: a) il convincimento provvisorio di colpevolezza. - L'art. 464-quater (*Provvedimenti del giudice ed effetti della pronuncia*) concorre anzitutto a individuare lo *standard cognitivo* che caratterizza il rito, mutuando la formula contenuta nell'art. 444, comma secondo, per la quale l'ordinanza che dispone la sospensione del procedimento con messa alla prova presuppone l'insussistenza delle ragioni che, a norma dell'art. 129 cod. proc. pen., impongono, d'ufficio, l'immediato proscioglimento dell'imputato (insussistenza del fatto tipico obiettivo, non ascrivibilità all'imputato, insussistenza del richiesto elemento soggettivo o della sua antiggiuridicità, irrilevanza penale, estinzione del reato, sua improcedibilità).

E' così esplicitato dal legislatore quanto, soltanto per via interpretativa, era stato affermato dalla dottrina e dal giudice delle leggi nell'ambito della messa alla prova 'minorile'.

La Consulta (sentenza n. 125 del 5 aprile 1995), sancendo l'illegittimità costituzionale della previsione del *codice minorile* (art. 28, quarto comma del d.p.r. n. 448 del 1988) che precludeva l'accesso alla messa alla prova dell'imputato che avesse chiesto il giudizio abbreviato o il giudizio immediato, procedette a una ricognizione complessiva dell'istituto. Soffermandosi sulla previsione dell'impugnazione per cassazione proponibile anche dall'imputato e dal suo difensore avverso l'ordinanza dispositiva della messa alla prova, spiegò che detto rimedio poteva investire tutti i possibili vizi di legittimità o di motivazione dell'ordinanza, il più significativo dei quali doveva essere individuato nel difetto di "*un giudizio di responsabilità penale che si sia formato nel giudice*", giudizio che veniva qualificato come "*presupposto concettuale essenziale*" del provvedimento, la cui carenza imporrebbe il proscioglimento.

Il rilievo essenziale del presupposto cognitivo veniva ribadito nella parte finale del 'considerato in diritto' dove, nel dar conto delle ragioni per le quali andava annullata la previsione di incompatibilità tra la misura e la richiesta di giudizio immediato, la Corte chiariva che sarebbe spettato alla giurisprudenza "*valutare se l'esigenza del convincimento del giudice in ordine alla responsabilità penale dell'imputato - che costituisce, come s'è detto, un presupposto logico essenziale del provvedimento dispositivo della messa alla prova - richieda, in questo caso, che la sospensione non possa intervenire nella fase pre-dibattimentale, occorrendo viceversa, affinché possa ritenersi adeguatamente formato quel convincimento, che il giudice tenga conto anche dell'istruzione dibattimentale*".

La dottrina cimentatasi sul testo dell'art. 28 cit., recependo quell'autorevole insegnamento, ha ritenuto che gli elementi probatori sussistenti allo stato degli atti devono essere non soltanto considerati dal giudice ma almeno sommariamente esibiti nella motivazione dell'ordinanza di sospensione, proprio alla luce della facoltà di ricorso per cassazione attribuita alle parti dal terzo comma della disposizione.

Nel corso dell'indagine conoscitiva svolta dalla Commissione Giustizia della Camera dei deputati prima dell'approvazione della legge in commento è chiaramente affermato che "*nella*

*proposta di legge non ci si accontenta del 'fumus'. Il meccanismo decisorio dovrebbe essere simile a quello del patteggiamento. E' il meccanismo a regola di giudizio rovesciata previsto dall'articolo 129 che si applica, in quanto non risultino gli elementi per prosciogliere immediatamente"*¹⁶.

La riprova della richiesta normativa di un convincimento giudiziale di responsabilità dell'imputato "*rebus sic stantibus*" si trae dalla disposizione di diritto sostanziale dedicata alla revoca anticipata della sospensione (art. 168-quater, n. 2) nella quale si menziona il "*caso di commissione, durante il periodo di prova, di un nuovo delitto non colposo*".

Anche i primi commenti dottrinari dedicati all'istituto [secondo la configurazione presente in disegni e proposte di legge presentate in precedenti legislature (C-3291 e C-2094)] individuano nel richiamo dello schema decisionale proprio del 'patteggiamento' e nelle formule utilizzate per designare i casi di revoca, le ragioni per le quali l'ordinanza di ammissione della sospensione con messa alla prova degli adulti presenterebbe i caratteri strutturali di una "*cripto-condanna*", rivelando un'identità coerente con i contenuti del programma di trattamento, e in particolare con il lavoro di pubblica utilità che in tutte le disposizioni ov'è stato finora previsto è qualificato come pena sostitutiva (v. gli artt. 186 e 187-bis del codice della strada e gli artt. 54-58 del d. lgs. n. 274 del 2000, in tema di competenza penale del giudice di pace)¹⁷.

b) l'idoneità del programma di trattamento e la prognosi di risocializzazione. - Il terzo comma dell'art. 464-quater si prefigge di individuare la prospettiva alla quale il giudice deve mirare nel compito decisorio e i parametri che devono fargli da guida.

La sospensione è disposta "*quando il giudice, in base ai parametri di cui all'articolo 133 del codice penale, reputa idoneo il programma di trattamento presentato e ritiene che l'imputato si asterrà dal commettere ulteriori reati*".

Si potrebbe osservare che, consistendo la "idoneità" in un giudizio di relazione, il legislatore avrebbe dovuto specificare i termini finali di questo giudizio (rieducazione, risocializzazione, contenimento del rischio di recidiva), dato anche il '*vuoto finalistico*' denunciato da autorevole dottrina nell'analisi dell'art. 133 cod. pen.

E' tuttavia agevole prevedere che le finalità complessive dell'intervento e le chiare indicazioni fornite dai lavori preparatori orienteranno il giudice, il quale può peraltro contare sui principi distillati dalla giurisprudenza di legittimità nel corso di oltre un ventennio di applicazione della messa alla prova minorile.

Un ricco florilegio di pronunce individua nella "*possibilità di rieducazione e di inserimento del soggetto nella vita sociale*" e nell'"*evoluzione della personalità verso modelli socialmente adeguati*" l'orizzonte della prognosi affidata alla discrezionalità del giudice (sez. I, n. 13370 del 5 marzo 2013, R., Rv. 255267; sez. V, n. 14035 del 7 dicembre 2012, G., Rv. 256772; sez. III,

¹⁶ Audizione di C. CESARI, ordinario di procedura penale presso l'Università di Macerata, avvenuta il 29.5.2013

¹⁷ F. CAPRIOLI, *Due iniziative di riforma nel segno della deflazione: la sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato maggiorenne e l'archiviazione per particolare tenuità del fatto*, in *Cass. pen.*, I, 2012, 9 ss.

n. 45451 del 22 ottobre 2008, S., Rv. 241805; sez. I, n. 6965 del 1° febbraio 2006, Zatar, Rv. 233439; sez. I, n. 519 del 20 gennaio 1999, Canale, Rv. 212546; sez. I, n. 13240 del 27 ottobre 1998, Argento e altro, Rv. 211875; sez. V, n. 1600 del 7 aprile 1997, Rv. 208249; sez. I, n. 10333 del 27 settembre 1993, Capriati, Rv. 197891; sez. I, n. 5399 del 23 marzo 1990, Liistro, Rv. 184030).

Un repertorio altrettanto ricco individua i criteri che devono presidiare l'esercizio di discrezionalità giudiziale, con evidente richiamo degli indici di gravità del reato e di capacità a delinquere enunciati dall'art. 133 cod. pen.

Il tipo di reato commesso, le sue modalità attuative, il carattere dell'imputato, i motivi a delinquere devono deporre nel senso dell'occasionalità del crimine e devono indurre a escludere che il delitto sia invece "*rivelatore di un sistema di vita*" (sez. V, n. 14035 del 7 dicembre 2012, G., Rv. 256772; sez. III, n. 45451 del 22 ottobre 2008, S., Rv. 241805; sez. II, n. 2879 del 4 novembre 2003, Modaffari, Rv. 228149).

Di questi elementi l'ordinanza deve dare concretamente conto, senza adottare formule di stile di fatto rivelatrici dell'elusione dell'obbligo motivazionale (sez. I, n. 3384 del 7 luglio 1994, Rv. 199276).

E' indiscutibile **il valore sintomatico della confessione o dell'ammissione almeno parziale dell'addebito** (sez. III, n. 27754 del 6 giugno 2008, Rv. 240825) che però - per una scelta consapevole del legislatore - non costituisce presupposto essenziale della sospensione né nel rito minorile, né nella disciplina dettata dalla legge n. 67/2014¹⁸.

Ricorre pure - nelle pronunce che s'incaricano di orientare la discrezionalità prognostica del giudice - il richiamo dei criteri che governano la concessione della *probation* penitenziaria di cui all'art. 47 della legge n. 354 del 1975, con la sottolineatura della necessità che l'imputato si sia aperto a **una rimediazione critica sul passato e abbia rappresentato di essere disponibile a un costruttivo reinserimento nel contesto sociale**, del quale il programma di trattamento deve costituire l'efficace supporto (sez. I, n. 7781 del 23 febbraio 2006, Amura, Rv. 233719; sez. I, n. 10962 dell'8 luglio 1999, Cherchi, Rv. 214373; sez. I, 18 maggio 1995, Litizia, Rv. 202131).

8. Gli interventi del giudice sui contenuti del programma di trattamento. -

Il quarto comma dell'art. 464-*quater* prevede l'intervento integrativo o modificativo del giudice sul programma di trattamento, ad esso finalizzando le integrazioni informative previste dal quinto comma dell'art. 464-bis.

Nel testo definitivamente approvato le modifiche apportabili dal giudice non incontrano limiti contenutistici (in un testo precedente l'intervento era circoscritto a non meglio precisate "*misure di sostegno*") e sono subordinate al consenso del solo imputato, non anche alla

¹⁸ Le ragioni di ordine 'giuridico' e 'pratico' dell'esclusione della confessione dal novero dei presupposti del *nuovo* rito sono essenzialmente riconducibili, stando ai lavori preparatori, alla potenziale collisione con il diritto di difesa e con la presunzione di non colpevolezza, nonché all'effetto disincentivante esercitato sull'imputato dalla prospettiva, in caso di esito negativo della prova, di essere sottoposto a un giudizio il cui esito sarebbe ipotecato dalla confessione pronunciata per conseguire il beneficio (Audizione CESARI, cit.).

consultazione e approvazione dei servizi sociali, diversamente da quanto si è affermato nella giurisprudenza di legittimità per il rito minorile (sez. VI, n. 22126 del 17 marzo 2009, L., Rv. 244142).

9. La durata massima della sospensione. - E' regolata la durata massima della sospensione, decorrente dalla sottoscrizione del verbale di messa alla prova e diversificata in ragione della natura della pena edittale prevista per i reati contestati all'imputato: due anni per i reati sanzionati con pena detentiva, sola, congiunta o alternativa; un anno per quelli sanzionati con la sola pena pecuniaria.

E' ragionevole ritenere che varrà anche per la misura in commento il principio, affermato in tema di messa alla prova minorile, secondo il quale le prescrizioni legislative di durata non tollerano proroghe o rinnovazioni della misura [v. sez. V, 24 febbraio 1994, p.m. in proc. Misculin, Rv. 197286 che annulla senza rinvio l'ordinanza con la quale il G.u.p. del tribunale per i minorenni, esaurito il termine di sospensione massima, aveva sospeso nuovamente il processo, con messa alla prova del minore per l'ulteriore periodo di mesi quattro, sulla base delle indicazioni contenute in una relazione dei servizi sociali].

La rigidità dell'indicazione del termine di durata massima della sospensione trova conferma testuale nella norma di attuazione (quarto comma del nuovo art. 141-ter disp. att. cod. proc. pen.) che consente agli uffici dell'esecuzione penale esterna di proporre "abbreviazioni" - e non anche estensioni temporali - del programma trattamento.

10. Il ricorso per cassazione contro l'ordinanza che decide sull'istanza di ammissione: a) Le decisioni ricorribili. - Il comma settimo stabilisce l'impugnabilità con ricorso per cassazione dell'*ordinanza che decide sull'istanza di messa alla prova*, assegnando la relativa facoltà all'imputato e al pubblico ministero, che può determinarsi all'impugnazione anche su istanza della persona offesa.

A quest'ultima è poi riconosciuta una facoltà d'impugnazione autonoma, modulata secondo le cadenze tipiche del rito camerale archiviatorio (artt. 127, comma quinto e 409, comma sesto), funzionale cioè a far valere le sole nullità derivate dall'omesso avviso dell'udienza e dall'omessa audizione della parte comparsa in udienza.

L'impugnazione, da chiunque proposta, non comporta la sospensione del procedimento di messa alla prova.

Il dettato del comma settimo dell'art. 464-quater ("*Contro l'ordinanza che decide sull'istanza di messa alla prova...*") non dovrebbe ingenerare dubbi circa l'autonoma ricorribilità da parte dell'imputato e del suo difensore sia delle ordinanze che ammettono la misura, sia di quelle che rigettano la relativa domanda.

Nell'ambito del rito minorile il dato letterale è più ambiguo. L'art. 28, comma terzo del d.p.r. n. 448 del 1988 parla genericamente di "*ordinanza*" e si collega al testo del comma precedente che menziona esclusivamente l'ordinanza che dispone la sospensione.

Si è così verificata in quel contesto la contrapposizione tra un (minoritario e risalente) indirizzo interpretativo incline a ritenere autonomamente ricorribili per cassazione tutte “*le ordinanze riguardanti la messa alla prova, siano esse positive o negative*” (sez. I, n. 1768 del 20 novembre 1992, Muzio, Rv. 193517; sez. I, n. 11650 del 9 novembre 1992, Mancini e altro, Rv. 192579); e un altro (maggioritario e più attuale) che invece circoscrive la ricorribilità alle sole ordinanze ammissive della misura, reputando che quelle reiettive possano essere impugnate solo congiuntamente alla sentenza che definisce il giudizio, secondo la regola vigente per tutte le ordinanze emesse nel dibattimento che non investano la libertà personale (art. 586 cod. proc. pen.) [sez. IV, n. 34169 del 18 giugno 2002, Tenerelli, Rv. 225953; sez. I, n. 2429 del 24 aprile 1995, Zagarella, Rv. 201298; sez. I, n. 4518 del 22 marzo 1995, Biasco, Rv. 201137; sez. I, n. 3107 del 30 giugno 1992, Franzè, Rv. 192165].

In tema di messa alla prova del minore allora la questione relativa all’illegittimo diniego della *chance* di definizione alternativa del procedimento è reputata motivo - anche esclusivo, stando all’art. 586, primo comma - per l’appello avverso la sentenza di condanna (sez. II, n. 35937 del 21 maggio 2009, Rv. 245592; sez. V, n. 21181 del 9 maggio 2006, Rizzi, Rv. 234206; sez. II, n. 7848 del 2 giugno 1992, Ottavi e altro, Rv. 191014).

L’indirizzo maggioritario fonda - oltre che sulla segnalata concatenazione testuale tra il secondo e il terzo comma dell’art. 28 cit. - sulla scarsa significatività degli argomenti esibiti dai sostenitori dell’avviso contrario che fanno appello alla *ratio* della misura prevista dal rito minorile (limitare al massimo il contatto traumatico tra il minorenne e il processo) e alla previsione testuale di una facoltà d’impugnazione dell’imputato e del suo difensore, che sarebbero per definizione disinteressati all’impugnazione del provvedimento ammissivo.

A questi argomenti si replica che: la previsione di una facoltà di autonoma impugnazione dell’ordinanza di rigetto non risolverebbe il problema del contatto traumatico tra il minore e il processo, contatto che proseguirebbe in pendenza dell’impugnazione; l’imputato potrebbe avere interesse a impugnare l’ordinanza ammissiva per dolersi della durata della sospensione o della natura delle prescrizioni impartite.

b) Il problema dell’appello congiunto della sentenza di condanna e della propedeutica ordinanza di rigetto della sospensione con messa alla prova. - L’interesse a riproporre in questa sede il dibattito relativo al ricorso previsto dal rito minorile può apparire scarso, data l’univocità del testo dell’art. 464-quater, nel senso della ricorribilità autonoma per cassazione di qualsiasi decisione adottata dal giudice sulla richiesta di messa alla prova.

Vi è però almeno una questione problematica posta dal nuovo istituto che quel dibattito può contribuire a ‘illuminare’.

Essa può compendiarsi nel quesito se la previsione espressa della ricorribilità per cassazione dell’ordinanza che rigetta la domanda di sospensione con messa alla prova significhi la sottrazione all’imputato della facoltà di proporre, per lo stesso motivo, appello avverso la sentenza di condanna pronunciata a seguito del diniego.

In questo senso deporrebbero il principio di tassatività dei mezzi d'impugnazione sancito dall'art. 568 cod. proc. pen. e la previsione dell'art. 586, comma primo, cod. proc. pen. che riconosce l'impugnazione congiunta di ordinanza e sentenza soltanto "quando non è diversamente stabilito dalla legge".

La ricorribilità (solo) per cassazione delle ordinanze di rigetto della misura precluderebbe allora impugnazioni fondate sul "merito" delle scelte compiute dal giudice del primo grado nell'esercizio della sua discrezionalità, non potendo la Corte di cassazione valutare, per esempio, il giudizio prognostico negativo o la valutazione di inidoneità del programma di trattamento che risultino adeguatamente motivati.

L'unica verifica del merito del provvedimento di rigetto individuata dal legislatore sembrerebbe allora quella demandata al giudice di primo grado che sia stato investito prima della dichiarazione di apertura del dibattimento, secondo il meccanismo di recupero del rito previsto dall'art. 464-quater, comma nono, cod. proc. pen.

Ciò risulta particolarmente penalizzante nei moduli processuali del giudizio direttissimo e del procedimento per citazione diretta, in cui il termine finale per la richiesta *in prima battuta* di applicazione della sospensione e il giudice che deve esserne investito coincidono con il termine e il giudice, entro il quale e innanzi al quale può essere chiesto il *recupero*.

La sensibilità per l'abolizione della verifica nel merito della pronuncia reiettiva della misura è acuita dal confronto con una vicenda giurisprudenziale dipanatasi nell'ambito del giudizio abbreviato, dove le Sezioni Unite Penali (sentenza n. 44711 del 27 ottobre 2004, *Wajib*) pervennero per via interpretativa a estendere la possibilità di recupero dei vantaggi del rito abbreviato condizionato negato dal primo giudice, ammettendo un secondo sindacato da compiersi sia da parte dello stesso giudice all'esito del dibattimento; sia da parte della Corte d'appello investita dell'impugnazione della sentenza di condanna.

A fondamento di quella pronuncia furono posti il principio di legalità della pena inflitta (art. 25 Cost.), del diritto di difesa (art. 24 Cost.) e il principio di ragionevolezza che non paiono estranei - in base a quanto sopra si è detto del duplice profilo processuale (rito alternativo espressivo del diritto di difesa come il giudizio abbreviato) e sostanziale (fattispecie complessa culminante nell'estinzione del reato implicante l'esenzione legale dalla pena) - al caso del diniego ingiustificato della sospensione con messa alla prova.

Resta da stabilire se, anche nel caso in esame, l'implementazione dello statuto garantistico possa essere operato dall'interprete o invece necessariamente richieda un intervento del legislatore o del giudice delle leggi.

c) Previsioni casistiche sui motivi del ricorso per cassazione dell'imputato avverso l'ordinanza di sospensione con messa alla prova. –

Una questione ulteriore attiene ai motivi per i quali l'imputato potrebbe essere indotto a ricorrere per cassazione avverso l'ordinanza che lo ammetta alla 'messa alla prova'.

Una prima indicazione casistica afferisce al **convincimento di colpevolezza** che si è indicato come presupposto cognitivo (non più implicito) della misura.

Sul tema è presumibile che l'ammissibilità del ricorso debba essere condizionata - così come in tema di mancata applicazione dell'art. 129 c.p.p. da parte del giudice del *patteggiamento* - alla precisazione delle *ragioni specifiche* per le quali la statuizione assolutoria avrebbe dovuto essere adottata in luogo del provvedimento dispositivo della sospensione con messa alla prova (v. sez. IV n. 41408 del 17.9.2013, Rv. 256401; sez. II n. 106 del 9 gennaio 1998, Riflettore, Rv. 210449).

Altri motivi potrebbero attenere all'**esatta qualificazione del fatto**, soprattutto quando questa si ripercuota - ai sensi dell'art. 464-quater, comma quinto - sul termine di durata della sospensione e del trattamento propedeutico alla declaratoria di estinzione del reato.

In tali casi, stante la natura consensuale del rito, potrebbero riproporsi gli argomenti che subordinano l'ammissibilità del ricorso all'errore manifesto di qualificazione, escludendo i casi nei quali la qualificazione presenti margini di opinabilità o richieda verifiche istruttorie approfondite, alle quali l'imputato ha rinunciato con la richiesta di sospensione (sez. VI n. 15009 del 27 novembre 2012, Bisignani, Rv. 254865).

La previsione da parte dell'art. 2 della legge in commento di una delega al governo per la trasformazione in illeciti amministrativi di una serie di *delitti minori* e reati contravvenzionali previsti dal codice penale e dalle leggi speciali, individuati sulla base di criteri edittali e *ratione materiae*¹⁹, consente di prevedere che, quando la delega troverà attuazione²⁰, la Corte potrà essere investita di ricorsi concernenti la **sopravvenuta irrilevanza penale dei fatti** per i quali, nel frattempo, siano state pronunciate ordinanze di sospensione del procedimento con messa alla prova, posto che i reati *destinati* alla depenalizzazione sono tutti compresi nell'area applicativa dell'istituto.

In tali casi troveranno verosimilmente applicazione i principi giurisprudenziali che impongono alla Corte di cassazione di rilevare *l'abolitio criminis*, indipendentemente dall'oggetto del gravame e anche in caso di ricorso inammissibile (sez. V n. 39767 del 27.9.2002, Buscemi, Rv. 225702).

Dalla casistica formatasi in tema di messa alla prova dei minori è possibile enucleare un'altra area tematica che potrebbe formare oggetto dei ricorsi per cassazione dell'imputato o

¹⁹ L'intervento di depenalizzazione investe: tutti i reati sanzionati con la sola pena della multa o dell'ammenda (eccettuate determinate materie elencate nella lettera a della disposizione); alcuni delitti previsti dal codice penale (artt. 594, 627, 632,632,633, 635/1, 647); il delitto di evasione contributiva previsto dall'art. 2, comma 1-bis del d.l. n. 463 del 1983, entro il limite dei diecimila euro; il reato previsto dall'art. 10-bis del d.lgs. n. 286 del 1998; una serie specificata di contravvenzioni, sanzionate alternativamente con l'arresto o l'ammenda.

²⁰ Secondo il comma quarto dell'art. 2 cit., i decreti legislativi dovranno essere emanati entro diciotto mesi dalla data di entrata in vigore della legge-delega, secondo una procedura specificamente regolata che contempla l'eventuale emanazione di decreti legislativi integrativi e correttivi nei successivi diciotto mesi.

del suo difensore avverso le ordinanze ammissive della sospensione con messa alla prova, quella che attiene al **programma di trattamento** e al **contraddittorio** che deve assistere la sua approvazione e modifica giurisdizionale.

Il **principio consensualistico** che ispira la regolamentazione normativa dell'istituto induce a ritenere estensibili al nuovo istituto i principi secondo i quali:

- l'ordinanza che dovesse prescindere dalla preventiva audizione dell'imputato sarebbe affetta da nullità di ordine generale per violazione del contraddittorio (v., in relazione alla mancata consultazione dell'imputato sul *progetto di intervento* previsto nel rito minorile, sez. V n. 7576 del 15.1.2004, p.m. in proc. Pantano, Rv. 227940 e 227941; sez. VI n. 5778 del 20.1.2003, p.m. in proc. Mancinelli, Rv. 223552; difforme sez. V n. 3032 del 1.10.1993, p.m. in proc. Romeo, Rv. 195545 che esibisce però argomenti strettamente legati alle *rationes* ispiratrici della messa alla prova minorile);

- il giudice, nell'esercizio del potere di modifica e implementazione del programma riconosciuto dagli artt. 464-quater, comma quarto non può prescindere dal consenso dell'imputato (in tema di rito minorile, v. sez. VI n. 22126 del 17.3.2009, L., Rv. 244142).

Analogamente, la **centralità del programma** di trattamento nell'ordito normativo che si è descritto dovrebbe rendere *a fortiori* riproducibile il principio secondo il quale "*l'istituto della messa alla prova e la relativa sospensione del processo per controllarne l'esito non possono prescindere dalla redazione di uno specifico progetto che deve essere idoneo a raggiungere lo scopo della socializzazione e prevedere gli impegni precisi che l'imputato assume, poiché il patto sottostante alla probativo implica, di fronte alla rinuncia dello Stato a proseguire il processo, l'impegno dell'incolpato al cambiamento e al recupero*" (sez. II n. 46366 dell'8.11.2012, p.m. in proc. C., Rv. 255067).

11. I rapporti tra l'azione civile e il procedimento penale sospeso. –

Il comma ottavo disciplina i rapporti tra l'azione civile e l'azione penale sospesa ai sensi dell'art. 464-quater, nel senso di escludere la contemporanea sospensione del processo civile, prevista in linea generale dall'art. 75, comma terzo cod. proc. pen.

12. L'esecuzione della misura. - In tema di esecuzione dell'ordinanza, l'art. 464-quinquies detta anzitutto una disposizione finalizzata a prevenire le incertezze che potrebbero maggiormente incidere sullo svolgimento del programma e sulla verifica del suo adempimento.

E' perciò stabilito che il giudice fissi il termine entro il quale devono essere adempiute le condotte riparatorie o risarcitorie incluse nel progetto di trattamento e che detto termine possa essere prorogato una sola volta su richiesta dell'imputato, giustificata "*solo*" da gravi motivi.

E' quindi prevista l'immediata trasmissione dell'ordinanza all'ufficio di esecuzione penale esterna al quale è demandata la presa in carico dell'imputato.

Nella fase esecutiva è prevista un'ulteriore possibilità di **intervento modificativo del giudice** sulle prescrizioni del programma, diretto evidentemente a modularlo sulla base dei primi risultati della sperimentazione.

Le modifiche, da disporsi con ordinanza, presuppongono la consultazione (obbligatoria ma non vincolante) dell'imputato e del pubblico ministero. E' significativa la scomparsa, nel testo definitivamente approvato, del riferimento al "consenso dell'imputato" che figurava in quello approvato dalla Camera in prima lettura e che continua a costituire presupposto dell'intervento modificativo operato dal giudice nella fase dell'ammissione (art. 464-quater, comma quarto).

Il rimedio offerto all'imputato o al pubblico ministero avverso le modifiche *in corso d'opera* del programma potrebbe essere ravvisato nell'incidente di esecuzione regolato dall'art. 665 ss. cod. proc. pen.

13. L'assunzione delle prove non rinviabili. - L'art. 464-sexies prevede che la sospensione del procedimento non paralizzi del tutto la funzione conoscitiva del processo. Le *prove non rinviabili* e quelle potenzialmente funzionali al proscioglimento nel merito dell'imputato dovranno essere acquisite dal giudice "con le modalità stabilite per il dibattimento".

14. Gli esiti della prova: estinzione del reato o ripresa del processo. - L'art. 464-septies regola l'alternativa decisoria che si pone al giudice quando è decorso il periodo di sospensione del procedimento: sentenza dichiarativa dell'estinzione del reato/ordinanza dispositiva della ripresa del processo.

La valutazione del giudice sugli esiti della prova presuppone l'acquisizione della relazione conclusiva stilata dall'ufficio di esecuzione penale esterna e la celebrazione di un'udienza della quale dovrà esser dato avviso alle parti necessarie del processo e alla persona offesa.

L'estinzione del processo costituisce l'epilogo naturale di una *probation* che, tenuto conto del comportamento complessivo dell'imputato e del rispetto per le prescrizioni del programma, abbia dato esito positivo.

La ripresa del processo rappresenta invece lo sbocco di una *probation* ad esito negativo ed evidentemente significa che il corso del processo dovrà riprendere dal momento in cui si è verificata la sua interruzione: gli incumbenti conclusivi delle indagini preliminari, nel caso previsto dall'art. 464-ter; l'udienza preliminare, nell'ipotesi in cui la richiesta sia stata presentata in quella fase del procedimento ordinario; la dichiarazione di apertura del dibattimento, nell'ipotesi di richiesta presentata nei contesti del giudizio direttissimo e del procedimento per citazione diretta o nel caso di sospensione 'recuperata' a seguito di primitivo rigetto o del dissenso del p.m. (ai sensi degli artt. 464-ter, comma quarto e 464-quater comma nono); la costituzione delle parti nel dibattimento, nel caso di richiesta presentata dopo l'emissione del decreto di giudizio immediato.

Per quanto attiene al procedimento per decreto, posto che l'art. 464-bis comma secondo prescrive che la richiesta di sospensione deve essere presentata "con l'atto di opposizione", è ragionevole ritenere che la ripresa del procedimento debba essere segnata dall'emissione da parte del G.i.p. del decreto di giudizio immediato, poiché il 'fallimento' della *chance* di definizione alternativa, ponendosi questa come accessorio dell'atto di opposizione, non travolge la domanda principale con la quale l'imputato ricusa la condanna disposta dal giudice *inaudita altera parte* e richiede l'accertamento della sua responsabilità in contraddittorio.

Dovrebbe insomma trovare applicazione il principio dettato dalla giurisprudenza di legittimità per i casi analoghi: dell'opposizione corredata da richiesta di patteggiamento inammissibile, non riscontrata dal consenso del p.m. o rigettata dal giudice per incongruità o errore di qualificazione [sez. I, n. 40137 del 18 settembre 2009, Confl. comp. in proc. Furlan, Rv. 245356; sez. I, n. 40081 del 24 settembre 2008, Confl. comp. in proc. Calabria, Rv. 241651]; dell'opposizione corredata da richiesta di giudizio abbreviato dichiarata inammissibile o, nel caso di istanza condizionata a integrazioni istruttorie, rigettata [sez. IV, n. 17665 del 22 aprile 2010, Lanini, Rv. 247095; sez. I, n. 16237 del 30 gennaio 2008, Cancellato, Rv. 239574; sez. IV, n. 6574 del 16 gennaio 2002, Pagliarini, Rv. 220796].

15. I rapporti tra la sospensione con messa alla prova e il giudizio abbreviato/patteggiamento. - Il legislatore ha palesemente disatteso il suggerimento di costringere la vicenda processuale riaperta dal fallimento della messa alla prova entro i binari del giudizio abbreviato o del patteggiamento²¹.

Un tale vincolo avrebbe evidentemente disincentivato la scelta della messa alla prova, aggiungendo al carico delle prescrizioni la prospettiva di una rinuncia definitiva al contraddittorio nella formazione della prova, così alterando i termini dello scambio prefigurati sin dalle prime elaborazioni dell'istituto (accettazione di prescrizioni comportamentali *versus* estinzione del reato).

Resta da comprendere se, escluso lo sbocco obbligatorio nell'abbreviato o nel patteggiamento, resti consentita all'imputato, una volta fallita la *probation*, la facoltà di opzionare tali riti.

Sul tema avrebbe dovuto esprimersi il legislatore per almeno due ordini di ragioni.

Stante la coincidenza tra i termini finali di richiesta della sospensione con messa alla prova e quelli entro i quali possono essere richiesti il giudizio abbreviato e il patteggiamento, una volta fallita o revocata la messa alla prova, dovrebbero essere ritenute inammissibili per intempestività le richieste di accedere ad altri riti alternativi presentate allo spirare del *dies ad quem*.

In secondo luogo, la natura di rito alternativo assegnata dal legislatore al nuovo istituto potrebbe indurre a ritenere che la sua ammissione precluda altre strade di definizione

²¹ In tal senso si era espresso, nell'audizione del 29.5.2013, V. SAVIO, vicepresidente dell'associazione nazionale magistrati.

alternativa, secondo il principio "*electa una via, non datur recursus ad alteram*" applicato dalla giurisprudenza al tema dei rapporti tra giudizio abbreviato e patteggiamento, in assenza dell'espressa previsione di convertibilità dell'un rito nell'altro (sez. I n. 15451 del 25.3.2010, Soldano, Rv. 246939; sez. III n. 32234 dell'11.7.2007, Lupo, Rv. 237023; sez. VI n. 1940 del 10.12.2009, p.g. in proc. Testa, Rv. 245705).

Queste indicazioni devono però fare i conti con le affermazioni della già richiamata pronuncia del giudice delle leggi (Corte cost. n. 125 del 1995) che, annullando per irragionevolezza la previsione che vietava al giudice di concedere la messa all'imputato minorenni che avesse richiesto il giudizio abbreviato, formulò un giudizio di piena compatibilità *ontologica e funzionale* tra i due moduli processuali.

Resta da comprendere se le affermazioni dedicate dalla Consulta al rito minorile siano davvero esportabili nel nostro contesto, posto che la messa alla prova degli adulti si differenzia da quella minorile per il fatto di esigere l'iniziativa dell'imputato: ciò che rende difficilmente mutuabili nel nostro caso alcuni passaggi argomentativi rilevanti della sentenza costituzionale e induce al recupero del principio di incompatibilità tra alternative decisorie, tutte promananti dalla scelta dell'imputato.

16. Il regime di utilizzabilità delle informazioni acquisite durante il procedimento di messa alla prova in caso di ripresa del processo. - Ancora in tema di esito negativo della messa alla prova, è significativa la scomparsa dal testo definitivo del comma secondo dell'art. 464-septies della previsione, contenuta nel testo approvato dalla Camera in prima lettura, secondo la quale "*le informazioni acquisite ai fini e durante il procedimento di messa alla prova non sono utilizzabili*".

La formula riecheggiava una disposizione dettata in tema di mediazione esperita nel procedimento davanti al giudice di pace, secondo la quale "*In ogni caso le dichiarazioni rese dalle parti nel corso dell'attività di conciliazione non possono essere in alcun modo utilizzate ai fini della deliberazione*".

Non sono chiare le ragioni della scomparsa, nel testo definitivamente approvato, di detta limitazione e possono formularsi soltanto ipotesi approssimative sulle sue implicazioni.

Saranno senz'altro utilizzabili le prove assunte nell'incidente istruttorio previsto dall'art. 464-sexies cod. proc. pen. "*con le forme previste per il dibattimento*".

Tanto deve ritenersi sia per le prove non rinviabili; sia per quelle ammesse in quanto potenzialmente conducenti al proscioglimento dell'imputato, e ciò anche quando il risultato conseguito dovesse ridondare in danno dello stesso, secondo i principi dettati in relazione ad altri accadimenti probatori orientati al proscioglimento (come quello previsto all'art. 422 cod. proc. pen.). Dette informazioni, a ben guardare, non sono *finalizzate* alla messa alla prova, ma costituiscono parentesi circoscritte di prosecuzione della funzione cognitiva del processo, delle quali non avrebbe senso prevedere l'esperimento per escluderne poi l'utilizzazione.

Dovrebbe invece esser certa, stante la loro consistenza 'valutativa', l'inutilizzabilità delle 'considerazioni' consegnate al giudice dagli uffici dell'esecuzione penale esterna a corredo del programma di trattamento e nel corso della sua esecuzione.

Più problematico risulterà lo statuto delle "informazioni" acquisite nel corso dell'indagine socio-familiare o dei colloqui e contatti (intercorsi con gli operatori e/o con la persona offesa) implicati dalla *mediazione*.

In relazione a queste ultime, potrebbe deporre nel senso dell'inutilizzabilità l'estensione analogica delle norme dettate in tema di perizia e consulenza tecnica (art. 228, comma terzo, cod. proc. pen.) che ritengono assolutamente inutilizzabili le notizie apprese dall'imputato, dalla persona offesa o da altre persone per finalità diverse da quelle proprie dell'accertamento tecnico (sez. III n. 16854 del 4.3.2010, B., Rv. 246984; sez. I n. 12731 dell'11.1.2012, Spaccino, Rv. 252600; sez. III n. 43723 del 23.5.2013, M., Rv. 258325; sez. IV n. 5610 del 16.10.2013, Foti, Rv. 258178).

Diversamente potrebbe ritenersi che le informazioni documentate mediante relazioni e verbali stilati dai funzionari dell'ufficio dell'esecuzione o dagli organismi pubblici della mediazione, costituendo atti formati in contesto extragiudiziario, possano confluire nel processo quali documenti (art. 234 cod. proc. pen.)²²; o possano essere recuperate al contraddittorio dibattimentale, attraverso l'esame testimoniale dei sottoscrittori o dei soggetti indicati quali portatori di conoscenze rilevanti.

17. Il provvedimento di revoca anticipata della misura. - L'art. 464-octies prevede la revoca anticipata dell'ordinanza di sospensione con messa alla prova, da disporsi nei casi previsti dall'art. 168-quater del codice sostanziale.

La norma processuale si limita a sancire la possibilità che l'iniziativa della revoca sia adottata *motu proprio* dal giudice; la necessità che la sua valutazione sia comunque preceduta dal contraddittorio camerale coinvolgente anche la persona offesa; l'impugnabilità dell'ordinanza di revoca mediante ricorso per cassazione per violazione di legge.

L'ultimo comma della disposizione assimila gli effetti della revoca anticipata a quelli della *probation* conclusa con esito negativo: ripresa del processo "dal momento in cui era rimasto sospeso"; cessazione dell'esecuzione delle prescrizioni e degli obblighi imposti.

Dalla formula testuale ("**Quando l'ordinanza di revoca è divenuta definitiva, il procedimento riprende il suo corso ... e cessa l'esecuzione delle prescrizioni e degli obblighi imposti**") s'inferisce che detti effetti non conseguono immediatamente all'emissione dell'ordinanza di revoca, ma postulano il suo consolidamento per effetto del vano decorso dei termini dell'impugnazione ovvero la definizione negativa (inammissibilità o rigetto) di quest'ultima.

²² Come si afferma per le relazioni e degli inventari stilati in ambiti estranei al processo penale da soggetti investiti di *munus publicum* quali: il curatore fallimentare (sez. F n. 49132 del 26.7.2013, De Serriis, Rv. 257650); i funzionari CONSOB e gli ispettori della Banca d'Italia (sez. V n. 4324 dell'8.11.2012, Dall'Aglio e altro, Rv. 254325; sez. V n. 14759 del 2.12.2011, Fiorani, Rv. 252300); le relazioni degli assistenti sociali dirette al tribunale per i minorenni (sez. VI n. 23326 del 21.5.2013, Garofalo e altri, Rv. 252868).

Il **carattere ultimativo dei provvedimenti previsti dall'art. 464-septies e octies** è sancito dall'art. 464-novies per il quale, una volta disposta la ripresa del processo (per revoca o per esito negativo dell'osservazione comportamentale), l'istanza non può essere più riproposta. L'*ultimatum* non è circoscritto alla singola vicenda procedimentale, se si legge la disposizione insieme a quella dell'art. 168 – *bis* che costruisce un limite soggettivo a carico del soggetto al quale sia stata già *concessa* una volta la sospensione del procedimento con messa alla prova.

18. Rapporti tra la messa alla prova e altri benefici. - Non sono contemplate ripercussioni della messa alla prova (riuscita o fallita) sul regime applicativo di altri benefici.

L'art. 47, comma terzo del Progetto Pisapia vietava di concedere più di una volta la sospensione condizionale della pena a chi avesse usufruito della sospensione del processo con messa alla prova per un reato punito con pena detentiva.

Il testo approvato non impedisce invece, in astratto, che possa godere per due volte della sospensione condizionale della pena chi abbia già beneficiato della messa alla prova; né che possa essere ammesso alla prova chi abbia già 'interamente' consumato il beneficio della sospensione condizionale della pena.

In concreto, queste evenienze devono fare i conti con le prognosi giudiziali sul comportamento futuro dell'imputato e con la previsione dell'art. 6 della legge che introduce, tra i provvedimenti da annotare nel casellario giudiziale (ex art. 3, comma primo del d.P.R. 14.11.2002, n. 313), "*l'ordinanza che ai sensi dell'art. 464-quater del codice di procedura penale dispone la sospensione del procedimento con messa alla prova*".

19. Il computo del periodo di messa alla prova in caso di revoca. –

Recependo un'indicazione presente già nella direttiva formulata dall'art. 3 lett. h) del disegno di legge Severino, l'art. 4 lett. b) della legge n. 67 del 2014 introduce una previsione di carattere incentivante, innovativa rispetto al regime della messa alla prova 'minorile'.

Il nuovo art. 657-bis cod. proc. pen., tenuto conto delle limitazioni della libertà personale insite nel programma trattamentale, riconosce la computabilità del periodo di prova, eseguito con esito negativo, ai fini della determinazione della pena da eseguire, secondo un criterio di ragguglio che equipara tre giorni di prova a un giorno di reclusione o di arresto ovvero a 250 euro di multa o di ammenda²³.

Il dettato normativo non consente di comprendere se per periodo di prova scomputabile debba intendersi quello formalmente intercorso tra il momento dell'ammissione e quello della revoca anticipata o della valutazione negativa pronunciata al termine della durata istituzionale della prova; o invece quello nel corso del quale l'imputato abbia effettivamente osservato le

²³ La direttiva del *disegno Severino* si esprimeva in termini meno favorevoli per il reo, dal momento che equiparava cinque giorni di prova a un giorno di pena detentiva ovvero a 250 euro di pena pecuniaria.

prescrizioni del programma, prima di incorrere nella violazione grave o nelle trasgressioni reiterate che hanno determinato la dismissione della misura.

In ogni caso, per prevenire il rischio di scomparti irragionevoli, conviene che le distanze tra violazioni rilevanti e provvedimenti di revoca siano accorciate, attraverso una scansione ravvicinata delle relazioni rimesse all'ufficio dell'esecuzione penale dal nuovo art. 141-ter disp. att. cod. proc. pen. (la norma prevede una frequenza minima trimestrale, incrementabile per disposizione del giudice) e la rapida fissazione dell'udienza diretta alla revoca anticipata dopo l'acquisizione dell'informazione negativa.

20. Il ruolo degli uffici dell'esecuzione penale esterna. - La **procedura di elaborazione del programma** è regolata dal nuovo art. 141-ter d. att. che fa appello alle competenze degli uffici locali dell'esecuzione penale esterna che, in base all'art. 72 della legge n. 354 del 1975 (espressamente richiamato dalla nuova norma di attuazione), sono già investiti di compiti omogenei, quali lo svolgimento di indagini socio-familiari per l'applicazione delle misure alternative alla detenzione; la proposta dei programmi di trattamento ai condannati che aspirano all'affidamento in prova e alla detenzione domiciliare; il controllo dell'esecuzione dei programmi e la proposta di modificazione e revoca.

A questi uffici l'imputato deve domandare la predisposizione del programma depositando gli atti del procedimento penale, con eventuali osservazioni e proposte.

L'ufficio istruisce la domanda mediante l'indagine socio-familiare e redige il progetto, acquisendo il consenso dell'imputato e l'adesione dell'ente o del soggetto presso il quale l'imputato è chiamato a svolgere le prestazioni lavorative di pubblica utilità o l'attività di volontariato sociale.

Il programma è quindi trasmesso dall'UEPE al giudice, corredato dell'indagine socio-familiare e delle *'considerazioni che lo sostengono'* che non possono prescindere da una relazione sulle possibilità economiche dell'imputato, sulla sua capacità di svolgere attività riparatorie, sulle *chances* di una mediazione, da sperimentare eventualmente con la collaborazione di centri e strutture pubbliche o private presenti sul territorio.

Il quarto comma della norma di attuazione disciplina i compiti dell'U.E.P.E., una volta che sia intervenuto il provvedimento giudiziale di ammissione alla sospensione con messa alla prova:

- **informazione periodica circa l'attività trattamentale svolta e il comportamento dell'imputato**, secondo cadenze regolate dal giudice e comunque non eccedenti il trimestre;
- **proposte di modifica contenutistica e temporale (abbreviazioni) e revoca** del programma in caso di "reiterata o grave trasgressione".

Il quinto comma assegna allo stesso ufficio la responsabilità di redigere la **'dettagliata relazione finale'**, da depositare nella cancelleria del giudice, insieme alle relazioni periodiche, non meno di dieci giorni prima dell'udienza fissata per l'adozione dei provvedimenti di cui all'art. 464-septies, con facoltà per le parti di prenderne visione ed estrarne copia.

La previsione del sovraccarico di incombenze che, in conseguenza del nuovo istituto, graverà sugli uffici dell'esecuzione penale esterna (previsione che ha suggerito ai primi commentatori un pronostico di involuzione burocratica della nuova misura), spiega la previsione dell'art. 7 della legge che stabilisce il monitoraggio annuale dell'attuazione delle disposizioni sulla messa alla prova e la proposta ministeriale, ricorrendone la necessità, di incrementi delle piante organiche da effettuare per legge, previi appositi stanziamenti.

21. L'assenza di una disciplina transitoria per la sospensione del procedimento con emessa alla prova. - Manca nella legge approvata il 2 aprile 2014 una disciplina diretta a regolare i procedimenti instaurati per i delitti previsti dall'art. 168-bis che abbiano, al momento dell'entrata in vigore della legge, superato le fasi processuali entro le quali, ai sensi dell'art. 464-bis cod. proc. pen., la sospensione del procedimento con messa alla prova può essere richiesta dall'imputato.

La lacuna differenzia l'intervento in esame da riforme analoghe intervenute sul processo e sui regimi sanzionatori negli ultimi decenni.

L'art. 30, comma secondo del D. lgs. 28 luglio 1989, n. 272 (Norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del d.P.R. 22 settembre 1988, n. 448 recante Disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni) prevedeva che le norme relative alla sospensione del processo con messa alla prova degli imputati minorenni (art. 28 del d.P.R. n. 448 del 1988), alla dichiarazione di estinzione del reato per esito positivo della prova (art. 29 d.P.R. cit.), alle sanzioni sostitutive trovassero applicazione ai procedimenti pendenti alla data di entrata in vigore del nuovo rito minorile.

La disposizione fu interpretata nel senso dell'applicabilità degli istituti alla generalità dei procedimenti in corso, quale che fosse lo stato o il grado in cui essi si trovavano, al di là dunque del limite del giudizio di primo grado, ordinariamente configurato dalla giurisprudenza di legittimità per l'applicazione della misura 'a regime' e anche nel caso in cui il giudice del merito fosse stato nuovamente investito della regiudicanda, a seguito dell'annullamento con rinvio di una precedente pronuncia (sez. I, n. 5399 del 23 marzo 1990, Liistro, Rv. 184031; sez. IV, n. 1510 del 9 gennaio 1990, Sacchi, Rv. 183209).

L'art. 64 del D. lgs. 28 agosto 2000, n. 274 (Disposizioni sulla competenza penale del giudice di pace), nel sancire una regola generale di applicabilità della nuova disciplina ai soli fatti commessi dopo la sua entrata in vigore (2 gennaio 2002), eccettuava le innovazioni sanzionatorie ritenute, nella normalità dei casi, più favorevoli.

La condanna alla permanenza domiciliare e al lavoro di pubblica utilità, le dichiarazioni di estinzione del reato per particolare tenuità e a seguito di condotte riparatorie avrebbero dovuto essere applicate, per i reati compresi nell'elenco dell'art. 4 D. lgs. cit., anche dal giudice competente in base alla normativa processuale previgente e anche ai fatti commessi in epoca anteriore all'entrata in vigore della legge.

L'art. 4-ter del d.l. 7 aprile 2000, n. 82, convertito con modificazioni dalla legge 5 giugno 2000 n. 144 regolò il regime intertemporale dei procedimenti interessati dalla profonda modifica, di segno ampliativo, apportata al giudizio abbreviato dalla legge 16 dicembre 1999, n. 479 (abolizione del consenso del p.m. e del vaglio giudiziale di decidibilità allo stato degli atti; introduzione del giudizio abbreviato condizionato a integrazioni istruttorie; abolizione della preclusione del rito alternativo per i delitti sanzionati con l'ergastolo), stabilendo che le nuove disposizioni fossero applicate anche ai processi nei quali, pur essendo scaduto il termine finale di proposizione della richiesta, non fosse ancora iniziata l'istruttoria dibattimentale.

La **legge 12 giugno 2003, n. 134** - nell'estendere il cd. patteggiamento ai delitti sanzionati con pena detentiva che, tenuto conto delle circostanze e della riduzione premiale, non superasse i cinque anni soli o congiunti a pena detentiva (a fronte dei due anni che costituivano il limite previgente) - prevede, all'art. 5, la facoltà dell'imputato o del suo difensore munito di procura speciale di proporre l'istanza nella prima udienza utile successiva all'entrata in vigore della legge, anche quando fosse in corso il dibattimento e anche quando una precedente istanza proposta nei termini di cui all'art. 446 cod. proc. pen. fosse stata rigettata dal giudice o non avesse conseguito il consenso del p.m.

Al fine di garantire l'esercizio della prerogativa, il comma secondo della disposizione prevede che, su richiesta dell'imputato o del suo difensore, il dibattimento fosse sospeso per un periodo non inferiore a quarantacinque giorni per consentire di valutare l'opportunità di giovare della nuova disciplina. E la Corte Costituzionale (sentenza n. 455 del 22 novembre 2006), dichiarando manifestamente infondata la questione sollevata in ordine al contrasto della disciplina transitoria con i principi di eguaglianza e ragionevole durata del processo, segnalò come entrambi i parametri costituzionali evocati dal giudice remittente dovessero contemperarsi con la tutela del diritto di difesa (art. 24 Cost.) della quale la richiesta di patteggiamento doveva ritenersi una modalità di esercizio (affermazione quest'ultima già contenuta nelle sentenze Corte Cost. nn. 91/2005 e 420/2004).

L'innovazione legislativa recata dal Capo II della legge n. 67/2014 pone problemi di diritto intertemporale non dissimili da quelli affrontati con le disposizioni sopra richiamate, difficilmente risolvibili in sede interpretativa.

Il nuovo istituto cumula, come si è detto, connotazioni di carattere processuale e sostanziale.

Il profilo e gli effetti di carattere sostanziale (estinzione del reato conseguente all'adempimento di un programma che implica l'accettazione di misure limitative della libertà del soggetto) indurrebbero a ritenere inappagante una soluzione che, in ossequio al canone *tempus regit actum*, precludesse l'accesso all'istituto da parte degli imputati che (pur presentando i requisiti oggettivi e soggettivi della nuova misura) si trovassero, al momento della sua formale entrata in vigore, in una fase processuale più avanzata rispetto alle scadenze fissate dall'art. 464-bis cod. proc. pen. per la richiesta della misura.

Traducendosi nella sottrazione della *chance* di conseguire la dichiarazione di estinzione del reato, tale soluzione contrasterebbe con l'art. 2, comma quarto del codice penale in tema di retroattività della *lex mitior* che, pur non essendo direttamente costituzionalizzato dall'art. 25 Cost. (che si limita a sancire il principio d'irretroattività della nuova legge incriminatrice e delle disposizioni aggravatrici del trattamento sanzionatorio), impone una verifica di ragionevolezza ai sensi dell'art. 3 Cost. del differente trattamento sanzionatorio di soggetti che – versando nelle medesime condizioni sostanziali - siano però giudicati in diversi stadi del processo.

Gli esiti di tale valutazione non sarebbero scontati, se si considerano gli approdi della giurisprudenza costituzionale in tema di retroattività delle modifiche migliorative apportate alla disciplina delle cause estintive del reato.

Nella sentenza del n. 74 del 20 maggio 1980, la Consulta, interpellata sulla costituzionalità della disciplina estensiva della sospensione condizionale della pena introdotta dal d.l. 11 aprile 1974 n. 99 (conv. dalla legge 7 giugno 1974, n. 220) nella parte in cui non se ne consentiva l'applicazione in fase esecutiva ai soggetti già condannati, prima dell'entrata in vigore della riforma, con sentenza irrevocabile, argomentò la difesa delle disposizioni impugnate con la ragionevolezza del limite applicativo costituito dal giudicato intangibile.

Ciò vuol dire che diversa potrebbe essere la risposta a una questione sollevata in ordine alla preclusione della '*messa alla prova*' di imputati la cui responsabilità non sia stata ancora definita con sentenza irrevocabile, al momento dell'entrata in vigore della legge.

E' accaduto poi che l'efficacia retroattiva del regime migliorativo della prescrizione stabilito, per taluni delitti, dall'art. 6 della legge 8 dicembre 2005, n. 251 sia stato ritenuto illegittimamente limitato dalla norma transitoria dell'art. 10, comma 3, l. cit. in relazione al momento della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, per l'insignificanza di quell'incombente rispetto alle ragioni fondanti l'istituto della prescrizione (Corte Cost., 23.11.2006, n. 393).

Riguardata alla luce della disciplina convenzionale e delle fonti internazionali, la questione lasciata aperta dal legislatore assume rilievo ancora maggiore.

Occorre infatti tener conto dell'affermazione del principio di retroattività della *lex mitior* contenuta nell'art. 15, primo comma, del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici adottato a New York il 16 dicembre 1966, ratificato e reso esecutivo con legge 25 ottobre 1977, n. 881; nell' art. 49, primo comma, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea proclamata a Nizza il 7 dicembre 2006 e successivamente recepita dal Trattato di Lisbona modificativo del Trattato sull'Unione europea e del Trattato che istituisce la Comunità europea, entrato in vigore il 1° dicembre 2009.

Allo stesso modo, bisogna prendere atto delle pronunce della Corte di giustizia dell'Unione europea che, già prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, iscrivevano il principio della retroattività della *lex mitior* tra quelli facenti parte delle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, destinati perciò a costituire parte integrante dei principi generali del diritto comunitario di cui la Corte di giustizia garantisce il rispetto e che il giudice nazionale deve

osservare quando applica il diritto nazionale per attuare l'ordinamento comunitario (sentenza 3 maggio 2005, Berlusconi e altri, cause riunite C-387/02, C-391/02, C-403/02; sentenza 11 marzo 2008, Jager, C-420/06; sentenza 28 aprile 2011, El Dridi, C-61/11).

Soprattutto però è attraverso il prisma dell'art. 7 CEDU, così come interpretato dalla Corte di Strasburgo nella notissima sentenza 17 settembre 2009 (Scoppola contro Italia), che si è pervenuti al conferimento di uno *status convenzionale* e di un nuovo fondamento *costituzionale* (art. 117 Cost.) al principio di retroattività della *lex mitior*.

In quella pronuncia (confermata nella successiva decisione 27 aprile 2010, Morabito contro Italia) la Corte di Strasburgo ha per la prima volta statuito che "l'art. 7 par. 1 della Convenzione non sancisce solo il principio dell'irretroattività delle leggi penali più severe, ma anche e implicitamente, il principio della retroattività della legge penale meno severa", traducendosi "*nella norma secondo cui, se la legge penale in vigore al momento della commissione del reato e le leggi penali posteriori adottate prima della pronuncia definitiva sono diverse, il giudice deve applicare quella le cui disposizioni sono più favorevoli all'imputato*".

Risulta evidente da queste indicazioni la necessità di una norma transitoria la cui assenza non potrebbe agevolmente essere risolta attraverso l'esegesi conformata ai canoni costituzionali e convenzionali indicati.

Gli effetti sostanziali della nuova misura non consistono infatti in automatismi dei quali il giudice possa fare applicazione anche all'esito del dibattimento, in sede di impugnazione o addirittura in fase esecutiva.

Essi postulano un esperimento comportamentale, scandito da valutazioni a forte contenuto discrezionale (a partire da quella che inerisce all'idoneità del programma di trattamento rispetto agli obiettivi di risocializzazione 'senza condanna' e dalla prognosi favorevole circa il rispetto del programma e l'astensione dell'imputato istante da ulteriori reati) e 'osservato' dal giudice attraverso organi a ciò deputati.

L'applicazione di siffatto regime sarebbe precluso al giudice di legittimità e non risulterebbe agevolmente praticabile – in assenza di chiare previsioni 'procedurali' del legislatore – neppure dal giudice del merito (peraltro individuabile nel solo giudice di primo grado, data l'esclusione di un rimedio impugnatorio diverso dal ricorso per cassazione) una volta iniziata l'istruttoria dibattimentale.

II.

LE NUOVE DISPOSIZIONI IN TEMA DI PROCESSO "IN ASSENZA" DELL'IMPUTATO.

(a cura di Pietro Silvestri)

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Il processo in assenza dell'imputato: il sistema precedente.- 3. Il diritto dell'imputato ad essere presente nel suo processo.-3.1. (segue). Le norme sovranazionali.- 3.2. (segue). Le condanne inflitte dalla Corte europea dei diritti dell'uomo per violazione della Convenzione e le modifiche normative interne conseguenti. - 4. Le linee direttive della nuova disciplina.- 5. La prova certa della conoscenza della data dell'udienza e il processo in assenza.- 6. (segue). Conoscenza della data dell'udienza e sistema delle notificazioni.- 7. La prova della conoscenza del procedimento e il processo in assenza.- (segue). 8. (segue). Conoscenza del procedimento e sistema delle notificazioni.-9. (segue). Conoscenza del procedimento e irreperibilità dell'imputato.- 10. La revoca della ordinanza dichiarativa dell'assenza dell'imputato e i rimedi restitutori.- 11. I casi in cui non vi è la prova della conoscenza, da parte dell'imputato, né dell'udienza, né della esistenza del procedimento: la sospensione del processo.- 12. (segue). La revoca della sospensione del processo.- 13. (segue). Sospensione del processo e termine di prescrizione del reato.- 14. Le modifiche in materia di impugnazioni e di restituzione nel termine.- 15. Prime considerazioni riepilogative.- 16. Il nuovo art. 625 ter cod. proc. pen.- 17. Questioni di diritto intertemporale.

1. Premessa. - Il Capo III della L. n. 67 del 2014 contiene disposizioni (artt. 9 - 15) che ridisegnano la disciplina del processo "in assenza" dell'imputato recependo, in larga parte, alcune delle criticità segnalate da tempo nei confronti del c.d. "processo contumaciale". Il testo normativo riprende in maniera chiara altro disegno di legge presentato nel corso della precedente legislatura e con essa decaduto.

2. IL PROCESSO IN ASSENZA DELL'IMPUTATO: IL SISTEMA PRECEDENTE. - Nel sistema normativo emendato, al momento in cui, chiamato il processo, il giudice verificava la regolare costituzione delle parti in udienza preliminare o in dibattimento, l'imputato poteva essere:

- a) presente, se materialmente in aula;
- b) assente, se, anche se impedito, aveva chiesto o consentito che l'udienza fosse celebrata in sua assenza ovvero, se detenuto, aveva rifiutato di assistervi (art. 420 quinquies cod. proc. pen.);
- c) contumace, quando non compariva, benché ritualmente citato, e non fosse legittimamente impedito e non vi fosse la prova o la probabilità di una sua mancata conoscenza della citazione.

Gli elementi costitutivi della contumacia erano: 1) un fatto giuridico positivo, cioè la sussistenza di una regolare *vocatio in iudicium*; 2) un atto giuridico negativo, cioè la mancata comparizione; 3) un atto giuridico negativo (la mancata prova), che si ricollega ad un fatto negativo (mancanza dell'impedimento). **(sez. un., n. 37483 del 26 settembre 2006 (dep. 14 novembre 2006), Arena, Rv. 234599).**

Il processo contumaciale si caratterizzava, quindi, per essere una situazione derogatoria alla regola generale, che, in tanto poteva legittimamente determinarsi, in quanto il giudice avesse

accertato la sussistenza di quegli elementi costitutivi appena indicati. Era consolidata l'affermazione secondo cui che le relative norme fossero di stretta interpretazione e non potessero diversamente trovare analogica applicazione in situazioni non normativamente prefigurate.

L'istituto della assenza si caratterizzava, invece, per la conoscenza del dibattimento da parte dell'imputato che, tuttavia, rinunciava ad assistervi con una manifestazione di volontà espressa o tacita, ma mai presunta.

Quanto alla insussistenza della prova della conoscenza da parte dell'imputato dell'avviso o della citazione, l'art. 420 bis cod. proc. pen. prevedeva il dovere per il giudice di disporre la rinnovazione della notificazione quando era provato, o vi era comunque la probabilità, che l'imputato non ne avesse avuto effettiva conoscenza, nonostante la regolarità della notificazione.

La disposizione in esame costituiva una erosione del principio di conoscenza legale che regola, di norma, la materia delle notificazioni e che fa conseguire, dalla verifica della loro regolarità, la presunzione di effettiva conoscenza dell'atto da parte del destinatario.

Si assumeva che il principio di conoscenza legale corrisponde ad una imprescindibile esigenza applicativa, non essendo esigibile la pretesa che si pervenga in ogni caso alla dimostrazione della effettiva esistenza del procedimento conoscitivo: l'art. 420 bis cod. proc. pen. temperava tale principio, prevedendo una valutazione "reale" da parte del giudice.

3. IL DIRITTO DELL'IMPUTATO AD ESSERE PRESENTE NEL SUO PROCESSO. - Nell'ottica di un processo a carattere accusatorio, la partecipazione dell'imputato al "suo" processo è condizione indefettibile per il regolare esercizio della giurisdizione; essa afferisce al diritto di difesa (autodifesa) e, perciò, non è "confiscabile", potendo al più essere oggetto di rinuncia da parte del titolare dello stesso, in presenza di una non equivoca manifestazione di volontà.

Al diritto dell'imputato di partecipare al processo è stato riconosciuto rango costituzionale.

Si è evidenziato come l'art. 111 Cost., in senso simmetrico all'art. 6 par. 3 C.E.D.U., pur non contemplandolo espressamente, lo dà per presupposto là dove afferma che la legge assicura che la persona accusata di un reato ha la facoltà di interrogare le persone che rendono le dichiarazioni a suo carico, che il processo è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova, che la colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base delle dichiarazioni rese da chi si sia sempre sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore.

Da tale assunto si fanno discendere due corollari.

Il primo è quello per cui, nel vigente sistema, un giudizio senza imputato può essere celebrato solo a seguito di una opzione, anche solo ragionevolmente presunta, cosciente e volontaria, cioè responsabile, dello stesso imputato.

Il secondo è che i meccanismi di tutela del diritto alla presenza sono necessari soprattutto in vista dell'attendibilità dell'esito giudiziale.

Con riguardo al concetto di autodifesa, è utile riportare quanto il Giudice delle leggi aveva affermato già prima della costituzionalizzazione del principio del *"giusto processo"*.

Era stato chiarito che *"l'autodifesa, nell'ambito del principio del contraddittorio, ha riguardo ad un complesso di attività mediante le quali l'imputato, come protagonista del processo penale, ha facoltà di esercitarne lo sviluppo dialettico contribuendo all'acquisizione delle prove ed al controllo della legalità del suo svolgimento"*, sicché, ai fini dell'accertamento critico della verità nel processo *"in nessun caso, per effetto di interposizione rappresentativa, può impedirsi all'imputato di partecipare, indicando quegli elementi e quelle circostanze di fatto che egli ritiene utili"*.

Nello stesso tempo, con evidente attenzione al valore del buon andamento della giustizia, la Corte costituzionale, aveva ritenuto che: *"Il diritto di difesa può essere regolato dalla legge, sia nel modo sia nel tempo, per evitare sviamenti dallo scopo della protezione datagli, e soprattutto per evitare che sia attuato in maniera ingiustificatamente dilatoria o del tutto sterile, così da pregiudicare l'ordinaria amministrazione della giustizia, che è un'esigenza di interesse generale, e lo stesso svolgimento della funzione giurisdizionale, che non è nella disponibilità privata"*.

3.1. (segue). Le norme sovranazionali. - È sul versante delle norme pattizie internazionali che il principio in esame trova indefettibile affermazione.

L'art. 6, comma 3, lett. c), d), e), della Convenzione prescrive, tra l'altro, che *"ogni accusato ha più specialmente diritto... a c) difendersi da sé o avere l'assistenza di un difensore di propria scelta..."; d) "interrogare o far interrogare i testimoni a carico ed ottenere la convocazione e l'interrogazione dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico"; e) "farsi assistere gratuitamente da un interprete se non comprende o non parla la lingua impiegata in udienza"*.

Il Patto internazionale sui diritti civili e politici (adottato a New York il 16 dicembre 1966, reso esecutivo con L. 25 ottobre 1977, n. 881, ed entrato in vigore per l'Italia il 15 dicembre 1978) reca, nel suo art. 14, comma 3, lett. d), e), f), che *"ogni individuo accusato di un reato ha diritto, in posizione di piena eguaglianza... d) ad essere presente al processo ed a difendersi personalmente o mediante un difensore di sua scelta..."; "e) a interrogare o far interrogare i testimoni a carico e ad ottenere la citazione e l'interrogatorio dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico"; "f) a farsi assistere gratuitamente da un interprete, nel caso in cui egli non comprenda o non parli la lingua usata in udienza"*.

Possono, in tale contesto e senza alcuna pretesa di esaustività, ricordarsi anche le nove *"regole minime"* raccomandate ai governi dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, con

la Risoluzione n. 11 del 21 maggio 1975, che prescrivono garanzie per l'imputato assente nel processo, "*salvo che si sia accertato che egli si è sottratto volontariamente alla giustizia*".

3.2. (Segue). Le condanne inflitte dalla Corte europea dei diritti dell'uomo per violazione della Convenzione e le modifiche normative interne conseguenti. - Le tappe dell'evoluzione normativa ed esegetica del tema risultano fortemente condizionate dalle condanne inflitte all'Italia dalla Corte europea dei diritti dell'uomo per violazione della Convenzione.

Le critiche si sono storicamente appuntate sull'art. 175 cod. proc. pen. e sull'istituto della rimessione in termini.

In maniera sintetica, va evidenziato come già sotto il vigore del codice abrogato, con la sentenza "*Colozza*" del 12 febbraio 1985, il Giudice di Strasburgo ravvisò nell'ordinamento italiano una violazione della Convenzione per la mancanza di una disciplina che controbilanciasse la "*fictio*" della conoscenza legale, su cui si basava la disciplina in tema di notificazioni e che permettesse, quindi, all'imputato, una volta venuto effettivamente a conoscenza del procedimento, di ottenere una nuova pronuncia di merito.

La Corte lasciò libertà allo Stato convenuto di scegliere i mezzi per adempiere l'obbligo fissato in sentenza, senza perciò indicare né le modalità, né la forma del rimedio processuale da apprestare, purché questo fosse effettivo ed adeguato a risanare il pregiudizio patito dall'imputato incolpevolmente assente nel proprio processo.

Il legislatore italiano intervenne con la l. 23 gennaio 1989 n. 22, elaborata contemporaneamente al nuovo codice di rito, di cui, sia pure parzialmente, anticipava le soluzioni in tema di processo contumaciale e rito degli irreperibili.

La nuova disciplina non pose, però, l'Italia al riparo da nuovi giudizi innanzi la Corte europea e da nuove condanne.

Nei giudizi innanzi la Corte e.d.u., l'assunto del governo italiano fu storicamente quello di valorizzare, sul piano delle garanzie offerte all'imputato, l'istituto della restituzione nel termine per impugnare, di cui all'art. 175 cod. proc. pen.; tale rimedio fu, tuttavia, ritenuto dai giudici di Strasburgo solo astrattamente idoneo a garantire al condannato il diritto di prender parte al processo e, quindi, di dedurre elementi a propria difesa, essendo in realtà povero di "*chance*" di successo, soprattutto per via dell'onere probatorio che, nella originaria previsione dell'art. 175, comma 2, cod. proc. pen., era interamente a carico dell'istante.

La giurisprudenza della Corte di Strasburgo nella sentenza **Sejdovic c. Italia (10 novembre 2004)** stabilì che vi era violazione dell'art. 6 CEDU nel sistema processuale dello Stato membro in conseguenza della esistenza di una lacuna strutturale del sistema, costituita dall'assenza di un meccanismo effettivo volto a garantire ed attuare il diritto delle persone condannate in contumacia – non informate in maniera effettiva delle pendenze a loro carico e che non avessero rinunciato in maniera non equivoca al loro diritto a comparire- di ottenere

che una giurisdizione statuisca di nuovo, dopo averle sentite nel rispetto dell'art. 6 della Convenzione, sul merito delle accuse.

Da tale principio fu fatto derivare il corollario per cui il rifiuto di "riaprire" un processo svoltosi sì in contumacia, ma in assenza di ogni indicazione rivelatrice della volontà dell'imputato di rinunciare al suo diritto a comparire, dovesse considerarsi come un flagrante diniego di giustizia, manifestamente contrario ai principi che ispirano il citato art. 6.

A seguito dell'ennesima condanna, il legislatore intervenne nuovamente sulla materia, modificando, nell'ambito della discrezionalità di scelta riconosciutagli dal giudice europeo, l'istituto della restituzione nel termine, nella convinzione che tale via, benché indiretta, fosse sufficiente a soddisfare le istanze di riconoscimento all'imputato del diritto ad essere informato del proprio processo e a potervi partecipare.

Con la modifica dell'art. 175 cod. proc. pen. fu riconosciuto al contumace il diritto alla restituzione nel termine per impugnare, salvo che avesse avuto effettiva conoscenza del procedimento e avesse volontariamente rinunciato a comparire ovvero a proporre impugnazione ed opposizione.

In particolare, il comma secondo della norma, facendo riferimento, quanto alla effettiva conoscenza quale causa di esclusione della richiesta di rimessione, tanto al procedimento che alla sentenza, separando i due termini con la <<o>> disgiuntiva, indicava chiaramente come, anche solo la prova positiva della conoscenza da parte dell'imputato della pendenza del procedimento, gli precludesse di ottenere il rimedio straordinario, ancorché della sentenza emessa nella sua contumacia avesse poi avuto legale conoscenza.

Nell'occasione furono rimosse le disposizioni che escludevano l'automaticità della rimessione in termini per l'impugnazione del provvedimento contumaciale da parte dell'imputato che non avesse avuto effettiva conoscenza del processo celebrato nei suoi confronti: fu soppresso, in particolare, l'onere di provare, da parte del richiedente, la conoscenza effettiva della esistenza del procedimento e l'assenza di colpa.

Il diritto alla restituzione non era più collegato all'acquisizione della prova negativa dell'effettiva conoscenza, ma, al contrario, veniva fondato sul raggiungimento di quella positiva, con la conseguenza che, qualora quest'ultima non fosse pienamente fornita, doveva essere concesso il nuovo termine all'imputato: a tal fine il giudice doveva compiere ogni necessaria verifica.

Non fu invece introdotta la previsione della regressione del procedimento laddove fosse accolta l'istanza di restituzione; l'imputato poteva proporre impugnazione avverso la sentenza contumaciale, senza poter nuovamente celebrare il processo ingiustamente svoltosi *in absentia*, anche se nel giudizio d'appello poteva essere disposta la rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale.

Nonostante la riforma, la Corte EDU si pronunciò in termini analoghi nei casi **Kollcaku c. Italia** e **Pititto c. Italia** (8 febbraio 2007) in cui fu osservato che la notifica delle azioni intentate nei confronti del contumace costituisce un atto giuridico di tale importanza da richiedere condizioni formali e sostanziali idonee a garantire l'esercizio effettivo dei diritti dell'accusato.

Secondo la Corte, il principio indicato non poteva condurre ad escludere in linea generale che alcuni fatti potessero dimostrare inequivocabilmente la conoscenza da parte di un imputato del processo iniziato nei suoi confronti e della natura e della causa delle accuse. La Corte ritenne che gli strumenti previsti dagli artt. 175 e 670 del cod. proc. pen. italiano non potessero tuttavia essere ritenuti rimedi idonei ad offrire al condannato, con un grado sufficiente di certezza, la possibilità di avere un nuovo processo nel quale esercitare il proprio diritto alla difesa.

L'impianto processuale continuò a manifestare i propri limiti.

La Corte Costituzionale, con la sentenza emessa il 9 dicembre 2009, n. 317, dichiarò l'illegittimità costituzionale dell'art. 175, comma 2, cod. proc. pen., nella parte in cui non consentiva la restituzione nel termine per proporre impugnazione contro la sentenza contumaciale all'imputato, che non abbia avuto effettiva conoscenza del procedimento o del provvedimento, quando analoga impugnazione sia stata proposta in precedenza dal difensore dello stesso imputato.

Nell'occasione la Corte enucleò un contenuto essenziale sovranazionale del diritto di difesa dell'imputato contumace; in particolare, la Corte costituzionale, mutuandone le componenti dal diritto vivente elaborato dalla giurisprudenza della CEDU, affermò che: *«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»*

Anche quest'intervento, tuttavia, non è valso a placare le critiche rivolte da chi considerava inadeguato l'art. 175 cod. proc. pen. a far fronte alla carenze sistemiche.

In tale contesto si sono registrati nel tempo sempre crescenti rilievi critici rivolti alla disciplina della rimessione in termini, censurata per la eccessiva discrezionalità riconosciuta al giudice nel valutare l'idoneità della conoscenza del procedimento ad assicurare in concreto il diritto alla informazione sulla accusa e sul processo, o ancora per la questione della individuazione del soggetto su cui ricada (imputato o autorità giudiziaria procedente) l'onere di provare il momento esatto della avvenuta conoscenza, con l'effetto, nel caso in cui si fosse privilegiata la prima soluzione interpretativa, di ripristinare sostanzialmente quegli ostacoli all'effettività del diritto ad un giusto processo individuati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nel testo dell'art. 175 cod. proc. pen., precedente alla novella del D.L. n. 17 del

2005, conv. con modific., con L. n. 60 del 2005 (*così, tra le altre, Sez. V, 31 marzo 2010, n. 19072, R., Rv. 247510*).

Da più parti si è dubitato della compatibilità, con i principi costituzionali e convenzionali del giusto processo, di un impianto processuale, quale quello italiano, che, in tema di rito contumaciale, si affidava essenzialmente allo strumento previsto dall'art. 175, comma 2, cod. proc. pen. per tutelare l'imputato "*assente involontario*" nel processo a suo carico.

Si è evidenziato come non sempre i meccanismi della restituzione nel termine per impugnare e della rinnovazione dell'istruzione dibattimentale fossero in grado di garantire al contumace un nuovo, soddisfacente, giudizio sul merito delle accuse, potendosi verificare ipotesi concrete (imputato contumace, assolto in primo grado e condannato in appello, a seguito di impugnazione, avanzata dal P.M.) in cui al contumace, restituito nel termine per impugnare, venisse consentito solo il ricorso per cassazione.

Più in generale, sono state sollevate forti perplessità sul fatto che un giudizio di appello, sia pure con la riconosciuta possibilità di rinnovazione dell'istruzione dibattimentale, potesse essere garanzia di un giusto processo per chi, giudicato in primo grado in contumacia, si fosse poi trovato di fronte ad una situazione processuale già per più aspetti pregiudicata, anche sul piano probatorio.

In tale situazione, sempre più pressante è stato l'auspicio *de jure condendo* di una complessiva rivisitazione del rito contumaciale, in tutti i suoi articolati, se non addirittura pervenire "*all'espunzione dal nostro ordinamento del giudizio in contumacia, in linea con altri sistemi processuali di tipo accusatorio*".

4. Le linee direttive della nuova disciplina. - La legge n. 67 del 2014, riprendendo, come già detto, la formulazione di altro disegno di legge presentato durante la precedente legislatura, recepisce alcune delle criticità segnalate e disciplina il processo "*in assenza*" dell'imputato, introducendo "*la sospensione del procedimento nei confronti degli imputati irreperibili*".

Le nuove disposizioni:

a) eliminano, quasi integralmente, i riferimenti alla contumacia, ridisegnando i presupposti, in presenza dei quali, il processo può essere celebrato in assenza dell'imputato (alcuni riferimenti al contumace sono in verità rimasti: in tal senso non sono stati modificati: 1) l'art. 429 comma primo lett. f), in relazione, in sede di notifica del decreto che dispone il giudizio, all'avvertimento all'imputato che, non comparendo, sarà giudicato in contumacia, e comma 4; 2) simmetricamente, l'art. 552, comma primo lett. d), in relazione, in sede di notifica del decreto di citazione diretta in giudizio, all'avvertimento all'imputato che, non comparendo, sarà giudicato in contumacia);

b) non modificano la disciplina delle notificazioni all'imputato e, in particolare, l'istituto della irreperibilità (artt. 159- 160 cod. proc. pen.);

c) escludono la possibilità di procedere in assenza nei confronti di coloro per i quali vi non è la prova né della conoscenza della data della udienza né dell'esistenza del procedimento;

d) prevedono strumenti restitutori volti a garantire, nel caso di illegittima celebrazione del processo in assenza, la regressione e, quindi, la celebrazione di un nuovo "processo" in cui esercitare il diritto di difesa limitato in quello "*ingiustamente*" celebrato in assenza.

Sul piano generale, la disciplina si articola avendo come riferimento tre categorie di situazioni, e cioè che al momento della costituzione delle parti, in sede di udienza preliminare o dibattimentale:

1) vi sia la prova certa della conoscenza da parte dell'imputato della data della udienza e questi abbia espressamente rinunciato a parteciparvi;

2) non vi sia la prova certa della conoscenza dell'imputato della data della udienza, ma, al contempo, vi siano una serie di "fatti o atti" da cui si fa discendere, direttamente o indirettamente, la prova che l'imputato sia a conoscenza della esistenza del procedimento penale nei suoi riguardi;

3) non vi sia la prova certa della conoscenza da parte dell'imputato né della data dell'udienza, né della esistenza del procedimento penale.

In riferimento alla situazione sub 1), ove si abbia la prova certa della conoscenza da parte dell'imputato della data della udienza e vi sia rinuncia ad assistervi, il processo potrà essere celebrato in assenza.

Quando, invece, in relazione alla situazione sub 2), si abbia la prova della sola conoscenza da parte dell'imputato della esistenza del procedimento penale, il novellato art. 420 bis, cod. proc. pen., fa conseguire la possibilità di celebrare il processo in assenza, ma, al contempo, prevede rimedi restitutori ove si dimostri la incolpevole mancata conoscenza della celebrazione del processo (art. 420 bis, comma 4).

Alla terza situazione consegue la sospensione del processo (art. 420 quater cod. proc. pen).

La disciplina viene altresì completata con rilevanti modifiche in tema di dibattimento (art. 10), di impugnazioni e di restituzione in termini (art. 11) e di prescrizione (art. 12).

Il problema principale che si pone è quello di definire, da una parte, i casi in cui il processo debba essere sospeso, e, dall'altra, i casi in cui si possa procedere anche in assenza dell'imputato, perché, pur in assenza della prova certa della conoscenza della udienza, si è tuttavia ragionevolmente certi che questi sia a conoscenza del "*fatto*" che si stia procedendo nei suoi confronti.

Il tema, cioè, è quello di stabilire quando si può ritenere la conoscenza dell'udienza o del procedimento da parte dell'imputato del processo e quando, invece, si deve sospendere il processo perché si reputa, o si teme, che manchi tale conoscenza.

5. La prova certa della conoscenza della data dell'udienza e il processo in assenza.

- L'art. 9 del testo, novellando l'art. 420 bis cod. proc. pen., disciplina al primo comma innanzitutto l'ipotesi in cui sia lo stesso imputato assente, libero o detenuto, a fornire la prova certa della conoscenza della data della udienza, manifestando espressamente la volontà di rinunciare a parteciparvi.

In tali casi il processo potrà essere celebrato in assenza, non si porrà il tema del legittimo impedimento a comparire dell'imputato, attesa l'intervenuta rinuncia, e non dovrebbero operare i rimedi restitutori, di cui si dirà.

La rinuncia deve essere espressa.

Sul tema la giurisprudenza, in passato, aveva in più occasioni affermato che la volontà dell'imputato di non partecipare alla udienza poteva essere desunta non solo da una dichiarazione formale, ma anche da qualunque comportamento concludente, indicativo di una inequivoca volontà di non presenziare all'udienza, o anche dal mero "rifiuto di traduzione", essendo irrilevante l'affermazione espressa di voler optare per il rito contumaciale (Cfr., tra le altre, **sez. VI 26 maggio 1995, Martelli, Rv. 202830; sez. II, n. 489 del 21 dicembre 1998, Avezzano, Rv. 212225; Sez. I, 9 luglio 2003, n. 34979/03, Rv. 226394**; con riguardo agli arresti domiciliari, **Sez. I, 7 luglio 2010, n. 33510, Rv. 248118**).

Il tema è quello del se, anche alla luce delle nuove disposizioni, potrà ritenersi sussistente la rinuncia dell'imputato a presenziare in tutti quei casi in cui, pur non essendovi una manifestazione formale, possa tuttavia desumersi, o ritenersi esistente, una espressa volontà di non comparire all'udienza e, quindi, un chiaro disinteresse alla partecipazione.

Non perfettamente coincidente con quella appena indicata, pare l'ipotesi, disciplinata dal comma 2 dello stesso art. 9, in cui l'imputato non è presente in udienza, non vi è alcuna manifestazione di volontà di rinuncia e, tuttavia, vi è la prova certa della sua conoscenza della udienza, per essere stato l'avviso o il decreto di citazione a giudizio notificato ritualmente e personalmente, anche a mezzo posta, allo stesso imputato.

In tal caso il processo potrà essere celebrato in assenza, salvo, in mancanza di una dichiarazione di rinuncia, che non sussista un legittimo impedimento ex art. 420 ter cod. proc. pen.; peraltro, proprio la mancanza di un atto di rinuncia sembrerebbe dover formalmente riconoscere all'imputato la possibilità di dimostrare che l'assenza è stata dovuta ad una incolpevole mancata conoscenza della celebrazione del processo (art. 420 bis, comma 4), con conseguente operatività dei rimedi restitutori.

6. (segue). Conoscenza della data dell'udienza e sistema delle notificazioni. - Al di là delle ipotesi indicate, la questione che si pone è quella di stabilire se e quando possa considerarsi raggiunta la prova certa della conoscenza della data dell'udienza da parte dell'imputato nei casi in cui l'atto non sia ricevuto da questi personalmente.

La disciplina della notificazione degli atti all'imputato è ispirata a criteri formali, essendo predisposte una serie di garanzie, volte ad assicurare la conoscenza reale dell'atto, anche attraverso la previsione di una rigorosa procedura di ricerca del soggetto, cui, tuttavia, si accompagna, all'interno della sistematica del codice, una chiara aspettativa di leale collaborazione da parte del notificando in funzione della realizzazione delle esigenze di accelerazione dei tempi del procedimento.

In particolare, al di là della ipotesi di notifica dell'avviso di fissazione della udienza preliminare all'imputato detenuto, per l'imputato non detenuto, la norma generale di riferimento è costituita dall'art. 157 cod. proc. pen., che opera quando non vi sia una dichiarazione o elezione di domicilio.

La norma di cui all'art. 157 c.p.p. pone, come regola generale, quella della consegna dell'atto a mani proprie del destinatario, formalità, questa, che può avvenire in qualunque luogo questi si trovi, ed anche nelle ipotesi in cui vi sia già stata dichiarazione o elezione di domicilio.

A tale regola generale la disposizione in esame fa succedere l'indicazione di una serie di luoghi in cui l'atto può essere consegnato anche a persone diverse dal destinatario; il sistema delinea una successione di forme di notificazione non in sé alternativa e rimessa alla libera scelta dell'organo notificatore, quanto, piuttosto, caratterizzata, in ragione della diversità dei consegnatari e dei luoghi, dalla misura progressivamente decrescente della garanzia di effettiva conoscenza dell'atto, oggetto della comunicazione, da parte del suo destinatario.

In tutti i casi diversi da quelli in cui l'atto sia ricevuto personalmente dall'imputato, compresi quelli in cui l'atto è consegnato ad un familiare convivente, ovvero venga inviato per posta ma l'avviso di ricevimento della raccomandata non sia sottoscritto direttamente dall'imputato, la situazione appare maggiormente problematica, atteso che il meccanismo di perfezionamento della notifica è legato alla osservanza della sequenza procedimentale fissata dalla legge, che solo produce l'effetto della conoscenza legale dell'atto medesimo, ma non è accompagnata dalla prova della conoscenza certa dell'atto da parte dell'imputato.

In tali ipotesi, l'osservanza delle formalità previste dall'art. 157 cod. proc. pen. produce l'effetto di "ritenere" conosciuto l'atto da parte del suo destinatario, ma non pare potersi considerare raggiunta la prova che l'imputato abbia la certa conoscenza della data della udienza.

Il corollario che ne dovrebbe conseguire è quello di ritenere in tutte queste situazioni non raggiunta la prova della conoscenza certa della data dell'udienza da parte dell'imputato, con conseguente maggiori possibilità, al di là del tema del legittimo impedimento a comparire, che si verifichi una sua assenza incolpevole alla partecipazione del processo, con conseguente operatività dei rimedi restitutori, di cui si dirà.

Il sistema sembra strutturato in modo tale da non poter escludere il rischio di comportamenti strumentali volti a impedire che l'avviso di fissazione della udienza preliminare sia notificato personalmente all'imputato.

Non attiene alle situazioni indicate, l'ipotesi in cui l'imputato abbia dichiarato o eletto domicilio, da cui invece, come si dirà, potrà al più trarsi solo la prova della conoscenza della esistenza del procedimento.

7. LA PROVA DELLA CONOSCENZA DEL PROCEDIMENTO E IL PROCESSO IN ASSENZA. - La seconda categoria di situazioni disciplinata dal novellato art. 420 bis cod. proc. pen. attiene ai casi in cui:

- a) la notificazione dell'atto sia regolare;
 - b) non vi sia la prova certa della conoscenza della udienza da parte dell'imputato, per non essere stato ricevuto l'atto personalmente;
 - c) l'imputato sia assente e non abbia rinunciato ad assistere;
 - d) non sussistano i presupposti per l'applicazione dell'art. 420 ter cod. proc. pen.
- e tuttavia vi sia la tendenziale prova, diretta o indiretta, che l'imputato abbia conoscenza della esistenza del procedimento penale nei suoi confronti.

In particolare, il processo viene celebrato in "assenza" se:

- 1) nel corso del procedimento l'imputato abbia dichiarato o eletto domicilio.

La norma non fa riferimento anche all'ipotesi in cui l'imputato, invitato, rifiuti di dichiarare o eleggere domicilio, sebbene anche in tal caso pare sostenibile che l'indagato sia informato della esistenza del procedimento penale a suo carico; potranno tali casi, verosimilmente, essere ricondotti alla situazione sub 4);

- 2) l'imputato sia stato, nell'ambito del procedimento, arrestato, fermato o sottoposto a misura cautelare.

Si tratta di una previsione ampia che, da una parte, sembra fare riferimento anche alle misure cautelari reali e, dall'altra, si riferisce a fattispecie che presuppongono la concreta avvenuta esecuzione della misura cautelare o pre-cautelare "sia stato arrestato, fermato o sottoposto".

Alcuni profili di criticità paiono individuabili.

Sotto un primo profilo, la norma pare prevedere una sorta di presunzione di conoscenza che sembra avere, come si dirà in prosieguo, il proprio assunto costitutivo in un onere di informazione, a carico dell'indagato, sugli sviluppi futuri del procedimento.

In realtà, va evidenziato come, sulla base della disciplina introdotta, si imponga all'imputato di "informarsi" sugli sviluppi futuri di un procedimento nel quale, tuttavia, il rinvio a giudizio potrebbe intervenire a distanza anche di anni dalla esecuzione della misura precautelare o cautelare, e anche dinanzi ad un'autorità giudiziaria diversa da quella che ha proceduto per dette misure (ad esempio, in caso di incompetenza, per materia o territorio) o, ancora, per fatti qualificati in modo diverso - e più grave - rispetto a quanto originariamente contestato.

Si tratta di un onere oggettivamente gravoso che rischia di fare aumentare il numero di processi rispetto ai quali venga poi fornita la prova della incolpevole assenza dell'imputato.

Sotto altro profilo, problemi potrebbero porsi, quanto alle misure cautelari personali, in quei casi in cui la misura cautelare sia disposta ma non eseguita.

Nel caso di misura cautelare coercitiva è possibile che, al momento in cui è notificato l'avviso di fissazione dell'udienza preliminare, l'imputato sia già stato dichiarato latitante, cioè vi sia già una valutazione giurisdizionale sul fatto che il soggetto si sia "*volontariamente sottratto*" alla misura; se così fosse, il corollario che ne dovrebbe conseguire sarebbe quello di poter procedere in assenza, essendovi in atti la prova che l'imputato si è sottratto volontariamente alla conoscenza "*del procedimento o di atti del medesimo*" (art. 420 bis, comma 2, ultima parte).

In tale situazione, cioè, ricorrerebbe un'altra fattispecie tra quelle previste dall'art. 420 bis, da cui far discendere la prova della conoscenza da parte dell'imputato della esistenza del procedimento.

Ove, invece, la misura cautelare disposta non sia coercitiva personale, l'adempimento esecutivo è costituito dalla notifica del provvedimento ai sensi dell'art. 293, comma 2, cod. proc. pen.; in tale evenienza, quando il provvedimento sia notificato personalmente all'indagato, si potrà poi ritenere, al momento della notifica dell'avviso di fissazione dell'udienza preliminare, sussistente la prova della conoscenza della esistenza del procedimento.

Ove, invece, l'ordinanza impositiva della misura cautelare interdittiva sia non eseguita la questione assumerà un limitato rilievo quando la notifica del provvedimento sarà preceduta in concreto dall'interrogatorio dell'indagato (art. 289 cod. proc. pen.) atteso che, in tali casi, vi sarà la prova della conoscenza del procedimento.

Sotto altro profilo, la situazione in esame, da cui la legge fa discendere la conoscenza da parte dell'imputato dell'esistenza del procedimento, pare porre problemi in tutti i casi in cui, nel corso delle indagini preliminari, il pubblico ministero proceda a separare o riunire procedimenti oggettivamente e soggettivamente cumulativi.

In particolare, ci si può riferire ai casi, non infrequenti, in cui l'indagato sia sottoposto nell'ambito di un determinato procedimento a misura cautelare, ma poi quel procedimento venga riunito ad altro procedimento rispetto al quale alcuna misura cautelare venga disposta e nel cui ambito venga poi richiesto il rinvio a giudizio e fissata l'udienza preliminare sia per le imputazioni del procedimento nel cui ambito sia stata emessa misura cautelare, sia per altre imputazioni.

L'udienza preliminare potrebbe, cioè, essere preceduta da un avviso di conclusione delle indagini non ricevuto personalmente dall'interessato ed avere ad oggetto anche imputazioni relative ad un procedimento, quello nel cui ambito non sia stata emessa misura cautelare ed al

quale l'altro procedimento – quello in cui la misura sia stata invece disposta- sia stato riunito, rispetto al quale l'imputato potrebbe non aver avuto mai alcuna conoscenza effettiva e completa.

In tali situazioni paiono prospettabili almeno due soluzioni.

Si potrebbe ritenere che la conoscenza del procedimento nel cui ambito sia emessa la misura cautelare o precautelare imponga quell'onere di informazione e di conoscenza a carico dell'imputato, di cui si è già detto, che dovrebbe indurlo a seguire e verificare lo sviluppo procedimentale e, quindi, a controllare se il pubblico ministero abbia in qualche momento riunito il procedimento in questione ad altro procedimento.

La conseguenza sarebbe quella di poter procedere in assenza anche nei casi in esame e, quindi, di ritenere, sulla base dell'indicato onere di diligenza, formalmente ma solo tendenzialmente, esistente la prova della esistenza del procedimento.

A tale soluzione potrebbe contrapporsene altra.

Si potrebbe ritenere in tali casi che il giudice, che non abbia la prova certa della conoscenza da parte dell'imputato della data della udienza, per essere stato l'avviso di fissazione non notificato personalmente all'imputato, non potrebbe procedere in assenza anche per le imputazioni relative al procedimento nel cui ambito alcuna misura cautelare sia stata mai emessa.

Il tema in esame può riproporsi, peraltro, in tutti i casi in cui in un procedimento venga emessa in un primo momento misura cautelare, successivamente vengano stralciati i reati per i quali la misura è stata emessa e poi nel procedimento originario si proceda ad altre iscrizioni di notizie di reato.

La questione è se anche in relazione ai nuovi reati iscritti dopo la separazione delle imputazioni per le quali fu emessa misura cautelare possa ritenersi esistente la prova da parte dell'imputato dell'esistenza del procedimento.

3) se l'imputato abbia nominato un difensore di fiducia.

Anche la situazione in esame può evidenziare profili di criticità.

Sotto un primo profilo, il dato testuale della norma induce a ritenere esistente la prova della conoscenza del procedimento da parte dell'imputato ogni qual volta vi sia la nomina di un difensore di fiducia; ciò, dovrebbe accadere anche nei casi in cui la nomina sia, tuttavia, intervenuta in una fase assolutamente iniziale, magari temporalmente molto distante, anche di anni, dalla celebrazione dell'udienza preliminare, che, peraltro, come detto, potrebbe essere celebrata da una autorità giudiziaria diversa per fatti completamente diversi, magari più gravi, rispetto a quelli ipotizzati al momento della nomina del difensore.

In tali casi, al di là di ogni considerazione sulla compatibilità con i principi della Convenzione EDU, il processo sarà verosimilmente celebrato.

Sotto altro profilo, la norma non fa riferimento alla nomina di un difensore d'ufficio.

Sul punto va tuttavia evidenziato come, nel caso di nomina di un difensore d'ufficio, il nome del difensore è comunicato, ai sensi dell'art. 28 delle disp. att. cod. proc. pen., senza ritardo all'imputato, sicché, almeno nei casi in cui l'avviso dell'avvenuta nomina del difensore d'ufficio venga ricevuto personalmente dall'indagato, potrebbe sostenersi, diversamente dal dato testuale della norma, che questi sia a conoscenza della esistenza del procedimento penale, sicché la fattispecie dovrebbe rientrare nella ipotesi sub 4), di cui si dirà in prosieguo, con conseguente possibilità di procedere in assenza.

Diverso, invece, pare essere il caso in cui l'avviso dell'avvenuta nomina del difensore d'ufficio sia ricevuto materialmente da altri soggetti, potendosi nella specie ipotizzare una "presunzione di conoscenza", ma non potendo da ciò farsi discendere la prova certa della conoscenza della esistenza del procedimento.

4) se risulti "comunque" con certezza che l'imputato sia a conoscenza del procedimento o che l'imputato si sia sottratto volontariamente alla conoscenza del procedimento o di atti del medesimo.

Al di là di quanto si è già detto, possono essere ricompresi nella situazione in esame tutti i casi in cui un qualunque invito o avviso endo-procedimentale sia ricevuto personalmente dall'imputato.

In tale categoria potrebbero farsi rientrare ulteriori ipotesi, quelle cioè in cui la stessa prova della conoscenza dalla data della udienza e, quindi, del procedimento, emerga "aliunde"; si pensi, a titolo esemplificativo, al caso in cui l'avviso di fissazione dell'udienza sia notificato ma non ricevuto personalmente dall'imputato libero ma questi faccia pervenire all'Autorità Giudiziaria, prima della celebrazione della udienza, un atto di revoca del precedente difensore, ovvero una qualsiasi richiesta, anche cautelare, o comunque una dichiarazione in cui si faccia riferimento anche alla data della udienza.

In tali situazioni, nonostante l'atto non sia stato ricevuto personalmente dall'imputato, potrebbe sostenersi che vi sia comunque la prova che questi abbia conoscenza della esistenza del procedimento, o, addirittura, della data della udienza, sicché non presentandosi, il processo potrà essere celebrato in assenza se non vi saranno situazioni che legittimano il rinvio della trattazione del processo ai sensi dell'art. 420 ter cod. proc. pen. (impedimento a comparire).

8. (segue). Conoscenza del procedimento e sistema delle notificazioni. - Va evidenziato che il nuovo art. 420 bis, comma 2, cod. proc. pen., a differenza di quanto espressamente previsto dal nuovo art. 420 quater, non fa alcun riferimento alla regolarità della notifica dell'avviso di fissazione della udienza preliminare, né in tal senso soccorrono i lavori preparatori.

Si potrebbe sostenere, quindi, che, anche nel caso di una notificazione invalida dell'avviso di fissazione dell'udienza preliminare, il processo potrebbe essere celebrato in assenza, ove

sussista uno di quei "fatti o atti" giuridici di cui si è appena detto, cioè quando vi sia la tendenziale prova, diretta o indiretta, che l'imputato sia a conoscenza della esistenza del procedimento.

In realtà, ove si consideri che la novella non modifica l'art. 420, comma 2, cod. proc. pen., nella parte in cui prevede che il giudice debba disporre la rinnovazione degli avvisi, della citazioni, delle comunicazioni e delle notificazioni di cui dichiara la nullità, dovrebbe farsi discendere che, anche nel caso in cui vi sia prova della conoscenza certa da parte dell'imputato del procedimento (ad esempio, perché vi sia un atto di nomina di un difensore), si potrà procedere in assenza solo se l'avviso di fissazione della udienza sia stato comunque validamente notificato, seppur non nella mani dell'interessato.

Pare potersi sostenere, cioè, che la prova della conoscenza del procedimento da parte dell'imputato non consenta la celebrazione del processo in assenza se non vi sia la prova della rituale notifica dell'avviso di fissazione, dovendo il giudice procedere alla rinnovazione della notificazione nel caso in cui ne dichiarare la nullità (art. 420, comma 2, cod. proc. pen).

Il sistema pare costruito nel senso che la mancanza della prova certa che l'imputato abbia conoscenza della data dell'udienza - per essere stato l'avviso di fissazione non ricevuto personalmente - venga in qualche modo compensata dalla prova della conoscenza della esistenza del procedimento, cui si fanno conseguire oneri di informazione e di collaborazione a carico della parte.

La configurazione di tali oneri sembra doversi far discendere dalle stesse caratteristiche dell'attuale sistema processuale.

L'impianto del codice del 1930 delineava, infatti, un sistema che, da una parte, affidava alla prevalente iniziativa del giudice le sorti del processo, e, dall'altra, tendeva a limitare il potere delle parti, relegandolo ad un ruolo quasi esclusivamente passivo.

E' condivisa l'affermazione secondo cui, invece, l'attuale sistema è fondato, invece, anche sulle specifiche iniziative delle parti che, di volta in volta, hanno il potere di contribuire a determinare in via autonoma i tempi, le modalità e i contenuti dell'attività processuale.

Le parti, cioè, non sono più titolari solo di poteri limitativi dell'autorità del giudice, ma condividono con questi la responsabilità dell'andamento del processo; da ciò consegue la necessità che esse si assumano oneri strumentali allo stesso esercizio dei poteri di cui sono titolari.

In corrispondenza, cioè, della espansione dell'area di disponibilità accordata alle parti, risultano inevitabilmente accresciuti anche gli spazi di responsabilità ad esse imputabili; ciò significa che su ciascuna parte processuale non possono che gravare tutti gli oneri connessi all'esercizio dei poteri loro conferiti e, quindi, anche quelli strumentali, nel rispetto delle garanzie individuali, all'esigenza di evitare la paralisi dei processi o una loro durata «irragionevole».

9. (segue). Conoscenza del procedimento e irreperibilità dell'imputato. - Ciò detto, un profilo problematico sembra comunque emergere ed attiene al se possa procedersi in assenza anche in alcuni casi in cui l'indagato è dichiarato irreperibile sin dalla fase delle indagini preliminari.

Si è già detto di come le nuove disposizioni non abbiano modificato in alcun modo l'art. 159 cod. proc. pen. che disciplina una modalità di notificazione, considerata valida *"ad ogni effetto"*.

Quanto all'istituto della irreperibilità, è consolidata l'opinione secondo cui il legislatore, dopo aver descritto le modalità di notificazione di un atto all'imputato libero e aver fissato, in particolar modo, i luoghi in cui deve essere ricercato il destinatario dell'atto, disciplina l'eventualità che, nonostante l'osservanza delle norme in parola, non si perfezioni alcuna procedura volta a garantire la rituale comunicazione dell'atto.

Il meccanismo normativo descritto nell'art. 159 cod. proc. pen. ha un ambito applicativo determinato, non avendo operatività generalizzata; in particolare, la disciplina della irreperibilità non si applica:

- a) all'imputato detenuto;
- b) all'imputato latitante o evaso;
- c) all'imputato in servizio militare.

Sotto altro profilo, trattandosi di un meccanismo che sacrifica fortemente la conoscenza effettiva a favore di quella legale, è naturale, in un sistema inteso a valorizzare il diritto di difesa, che esso debba attivarsi solo dopo che siano esperiti tutti i mezzi idonei ad assicurare che l'imputato sia reso edotto dell'esistenza di un provvedimento a suo carico, sicché presupposto fondante, ai fini del ricorso alla forma di notificazione in questione, è che non sia possibile effettuare la consegna in nessuno dei luoghi indicati nell'art. 157 c.p.p.

La Corte costituzionale, che già ritenne l'istituto in questione perfettamente conforme al quadro costituzionale, ancora nel 1998 aveva ritenuto infondata la questione di legittimità costituzionale, in riferimento agli artt. 3, 11, 24 della Costituzione, degli artt. 159, 160 c.p.p. nella parte in cui, consentendo almeno in astratto l'instaurazione e la definizione di un processo a totale insaputa dell'imputato, violerebbero il diritto di difesa.

Riaffermando la compatibilità costituzionale dell'istituto, la Corte chiarì come la previsione del rito degli irreperibili debba considerarsi parte integrante *«di una complessa scelta di sistema, operata dal legislatore, incentrata sul duplice criterio del massimo impegno previsto per assicurare la conoscenza del processo e dell'adozione di strumenti recuperatori e reintegrativi nei casi estremi in cui l'obiettivo non sia potuto raggiungere preventivamente»*.

Corollario di tali principi e dei fondamentali equilibri sottesi all'istituto in esame è quello della interpretazione rigorosa dei presupposti cui è subordinata l'operativa della disciplina in questione.

A seguito della entrata in vigore delle nuove disposizioni, la questione che si pone attiene non tanto alle ipotesi in cui l'imputato sia e rimanga irreperibile sin dall'inizio del procedimento e non vi sia in atti alcun "fatto o atto" da cui desumere la prova della conoscenza del procedimento, quanto, piuttosto, in tutti quei casi in cui l'imputato risulti irreperibile da un dato momento delle indagini preliminari fino al momento della notifica dell'avviso di fissazione dell'udienza preliminare, ma, ciò nonostante, prima di essere dichiarato irreperibile abbia, ad esempio, nominato un difensore di fiducia ovvero abbia ricevuto personalmente un atto procedimentale, o, ancora, si sia reso irreperibile dopo essere stato sottoposto a misura cautelare o essere stato arrestato.

Se l'imputato è "da sempre" irreperibile, e non vi è alcun "fatto o atto" da cui desumere che egli abbia conoscenza del procedimento, il processo dovrà essere sospeso ai sensi dell'art. 420 quater cod. proc. pen., di cui si dirà.

Se, invece, l'imputato è irreperibile al momento della notificazione dell'avviso di fissazione dell'udienza preliminare, ma vi è la prova che egli abbia avuto in un dato momento conoscenza del procedimento, per avere, ad esempio, nominato un difensore o ricevuto un invito o un avviso, paiono prospettabili almeno due ipotesi ricostruttive.

Si potrebbe ritenere che le modalità di notificazione all'imputato irreperibile siano del tutto incompatibili con le nuove disposizioni e che, quindi, una volta che il giudice verifichi la irreperibilità, il processo debba essere sospeso, anche se in atti vi sia la prova della conoscenza del procedimento da parte dell'imputato.

Si tratta di una ricostruzione sostanzialmente abrogativa dell'art. 160, comma secondo, cod. proc. pen.

Potrebbe tuttavia sostenersi che, essendo quella prevista dall'art. 159 cod. pen. una "forma di notificazione" ancora valida "ad ogni effetto" ed essendovi in atti la prova della conoscenza del procedimento, il processo dovrebbe nondimeno essere celebrato "in assenza" anche nelle situazioni in esame, con la possibilità per l'imputato di dare la prova della ignoranza incolpevole della celebrazione del processo, con conseguente operatività dei rimedi restitutori.

10. La revoca dell'ordinanza dichiarativa dell'assenza dell'imputato e i rimedi restitutori. - In tutti i casi esaminati il giudice emette ordinanza con cui dispone di procedere in assenza dell'imputato.

L'ordinanza è revocabile anche d'ufficio se l'imputato compare.

È possibile che l'imputato compaia e nulla eccepisca in ordine alla pregressa assenza, ovvero che, comparando, fornisca "la prova che l'assenza è stata dovuta ad una incolpevole mancata conoscenza della celebrazione del processo" ovvero che versava nell'assoluta impossibilità di comparire e che la prova dell'impedimento è pervenuta con ritardo senza una sua colpa, ovvero che il procedimento avrebbe dovuto essere sospeso ai sensi del novellato art. 420 quater, di cui si dirà.

La colpa imputabile della mancata conoscenza del processo potrà consistere in qualsiasi trascuratezza o negligenza, desumibile dagli atti, che possa aver favorito la mancata conoscenza, come, ad esempio, nel caso in cui l'interessato abbia omesso di predisporre gli opportuni accorgimenti al fine di agevolare la comunicazione nei suoi riguardi dell'atto da parte della persona che lo abbia ricevuto.

Potrà porsi il problema del se la incolpevole mancata conoscenza della celebrazione del processo possa essere costituita dalla colpevole condotta del difensore di fiducia.

La Corte di cassazione ha in passato affermato, con riferimento alla disciplina della restituzione del termine, che il mancato o inesatto adempimento da parte del difensore di fiducia dell'incarico di partecipare al processo e di proporre impugnazione, a qualsiasi causa ascrivibile, non è idoneo a realizzare l'ipotesi di caso fortuito o forza maggiore che legittimano la restituzione in termini, né, in caso di sentenza contumaciale, quella dell'assenza di colpa dell'imputato nel non avere avuto effettiva conoscenza del provvedimento ai fini della tempestiva impugnazione poiché grava sull'imputato l'onere di scegliere un difensore professionalmente valido e di vigilare sull'esatta osservanza dell'incarico conferito. (In tal senso, tra le altre, sez. IV, n. 20665 del 14 marzo 2012, Ferioli, Rv. 254072; sez. VI, n. 18992 del 30 marzo 2006, Siracusa, Rv. 234690; sez. II, n. 12922 del 30 marzo 2007, Rosati, Rv. 236389; sez. IV, n. 31 408 del 9 maggio 2013, Meo, Rv. 255952; sez. III, n. 39437 del 5 giugno 2013, Leka, Rv. 257221; nello stesso senso anche **sez. un.**, n. 14991 dell'11 aprile 2006, De Pascalis, Rv. 233419).

Si tratta di un indirizzo al quale si contrappone altro orientamento secondo cui è illegittimo il diniego della richiesta di restituzione in termini per la presentazione dei motivi di appello ex art. 175 cod. proc. pen., quando l'omesso adempimento dell'incarico di proporre impugnazione da parte del difensore di fiducia, non attivatosi contrariamente alle aspettative dell'imputato, sia stato determinato da una situazione di imprevedibile ignoranza della legge processuale penale, tale da configurare un'ipotesi di caso fortuito o forza maggiore. (sez. VI, n. 35149 del 26 giugno 2009, A, Rv. 244871; sez. II, n. 31680 del 14 luglio 2011, Lan, Rv. 250747).

L'art. 420 quater, comma 5, cod. proc. pen., nella formulazione precedente, prevedeva che se vi era la prova che l'assenza era dovuta a mancata conoscenza dell'avviso ovvero ad assoluta impossibilità a comparire, e se l'imputato dimostrava altresì l'incolpevole ritardo nella comunicazione dell'impedimento, poteva chiedere l'assunzione o la rinnovazione degli atti rilevanti ai fini della decisione.

Il nuovo art. 420 bis, comma 4, stabilisce che se l'imputato compare nel corso della udienza preliminare prima della decisione ed è in grado di dimostrare di non aver avuto colpa nella ignoranza della celebrazione del processo, il giudice dispone il rinvio dell'udienza; il raggiungimento della prova consentirà all'imputato di chiedere l'acquisizione di atti e documenti ai sensi dell'art. 421, comma terzo, cod. proc. pen. (primi due periodi): gli atti sono quelli di indagine compiuti dopo il deposito della richiesta di rinvio a giudizio e le eventuali

memorie (art. 121 cod. proc. pen.) anche dei consulenti di parte; i documenti sono quelli di formazione extraprocessuale (art. 234 cod. proc. pen.).

Ove, invece, l'imputato, assente all'udienza preliminare, compaia nel giudizio di primo grado, può formulare richieste istruttorie ai sensi dell'art. 493 cod. proc. pen. (art. 420 quater, terzo periodo).

È possibile in tale contesto che l'imputato abbia notizia del processo e decida di costituirsi alla prima udienza dibattimentale; egli sarà tenuto a depositare la lista prevista dall'art. 468 cod. proc. pen. nel termine di sette giorni se vorrà, quindi, chiedere l'ammissione di prove dichiarative.

È altresì possibile che l'imputato, rimasto senza colpa assente dall'udienza preliminare, abbia conoscenza dell'udienza dibattimentale dopo la scadenza del termine previsto dall'art. 468 cod. proc. pen. per il deposito delle liste e decida di comparire; egli quindi sarà presente al momento della costituzione delle parti in giudizio ma non potrà chiedere l'ammissione delle prove dichiarative che avrebbe dovuto indicare nella lista ex art. 468 cod. proc. pen.

Tuttavia il richiamo contenuto nell'art. 420 quater all'art. 493 cod. proc. pen. potrebbe indurre a ritenere che, ove venga raggiunta la prova che effettivamente l'imputato sia stato in uno stato di ignoranza incolpevole fino oltre il decorso del termine per la presentazione delle liste, potrebbe chiedere ed ottenere l'ammissione delle prove dichiarative ai sensi dell'art. 493, comma secondo, cod. proc. pen.

Il richiamo contenuto nel nuovo art. 489 cod. proc. pen. all'art. 420 bis consente di ipotizzare che l'imputato, rimasto assente alla udienza preliminare e, invece, comparso in dibattimento, ove dimostri che l'assenza sia dovuta ad una delle situazioni già indicate (assenza dovuta ad una incolpevole mancata conoscenza della celebrazione del processo, ovvero impedimento a comparire la cui prova sia pervenuta con ritardo senza una sua colpa) potrà ottenere la restituzione in termini per chiedere il giudizio abbreviato o l'applicazione di pena.

Il quarto periodo dell'art. 420 bis riconosce infine all'imputato, ferma restando in ogni caso la validità degli atti regolarmente compiuti, il diritto di chiedere la rinnovazione delle prove già assunte.

Non pare scontato ritenere, sulla base del dato letterale, che il nuovo art. 420 bis, comma 4, consenta anche all'imputato che compare all'udienza preliminare di chiedere la rinnovazione delle prove già assunte.

La formulazione, non felicissima, della norma contenuta nel quarto periodo lascia spazio ad un'interpretazione diversa, e cioè che il diritto dell'imputato di chiedere la rinnovazione delle prove assunte sia riferito a quanto previsto solo nel periodo immediatamente precedente, che, tuttavia, disciplina la comparizione nel corso del giudizio di primo grado, e non anche ai primi due periodi del comma, che disciplinano la comparizione nel corso dell'udienza preliminare.

Se così fosse, si dovrebbe concludere nel senso della impossibilità per l'imputato che compaia prima della decisione in udienza preliminare di chiedere la rinnovazione degli atti istruttori già compiuti, salvi il potere di sollecitazione dei poteri integrativi del giudice ai sensi dell'art. 422 cod. proc. pen.

Né, sotto altro profilo, l'art. 420 bis, comma 4, contiene il riferimento, già previsto dall'art. 420 quater, comma 3, alla facoltà per l'imputato, che compare nel corso della udienza preliminare prima della decisione, di rendere dichiarazioni spontanee o di chiedere di essere sottoposto ad interrogatorio.

11.I casi in cui non vi è la prova della conoscenza, da parte dell'imputato, né dell'udienza né dell'esistenza del procedimento: la sospensione del processo. Nel caso in cui l'imputato sia assente e non ricorrano:

a) nullità della notificazione dell'avviso di fissazione della udienza preliminare, atteso che, diversamente, il giudice dovrebbe provvedere alla rinnovazione dell'atto (art. 420 cod. proc. pen.);

b) alcuna delle ipotesi previste dall'art. 420 bis (1- conoscenza certa della udienza; 2- notificazione dell'atto non personalmente all'imputato, ma conoscenza del procedimento da parte di questi);

c) alcuna delle ipotesi previste dall'art. 420 ter cod. proc. pen.;

il giudice rinvia il processo disponendo che l'avviso contenente la data della nuova udienza sia notificato personalmente all'imputato dalla polizia giudiziaria (nuovo art. 420 quater, comma primo).

Se la notificazione non risulta possibile e non vi sono le condizioni per emettere una sentenza ai sensi dell'art. 129 cod. proc. pen., il giudice sospende il processo disponendo, nel caso di procedimento cumulativo, e salvo che la riunione sia ritenuta assolutamente necessaria per l'accertamento dei fatti, la separazione della posizione processuale dell'imputato da quella degli altri (art. 9, comma terzo, della nuova legge, che sostituisce l'art. 420 quater cod. proc. pen.).

Alla sospensione consegue anche la "impermeabilità" alle sorti del processo penale dell'eventuale azione civile risarcitoria esercitata nel giudizio civile dopo la sospensione del processo.

Durante la sospensione del processo il giudice può acquisire, a richiesta di parte, le prove non rinviabili, "con le modalità stabilite per il dibattimento" (nuovo art. 420 quater, comma terzo).

Si tratta di una disposizione che testualmente richiama l'art. 467 cod. proc. pen. in tema di atti preliminari al dibattimento, ma che costituisce un "novum" rispetto alla udienza preliminare ove si consideri che, nel caso di attività di integrazione probatoria avente ad

oggetto prove dichiarative, l'assunzione della prova e' condotta dal giudice ai sensi dell'art. 422, comma terzo, cod. proc. pen.

Nella specie il legislatore sembra aver avuto come riferimento la disciplina dell'incidente probatorio.

In caso di sospensione, il giudice dispone nuove ricerche almeno allo scadere di ogni anno al fine di procedere alla notifica dell'avviso di fissazione della udienza.

12. (segue). La revoca della sospensione del processo. - L'ordinanza di sospensione è revocata se (art. 420 quinquies cod. proc. pen):

a) le ricerche abbiano dato esito positivo, cioè se l'imputato sia stato "trovato" e, quindi, sia possibile effettuare la notificazione dell'atto;

b) se l'imputato abbia nel frattempo nominato un difensore di fiducia, così dando la prova della avvenuta conoscenza del procedimento;

c) in ogni altro caso in cui vi sia la prova della avvenuta conoscenza del procedimento;

d) se vi siano le condizioni per emettere una sentenza ai sensi dell'art. 129 cod. proc. pen.

Con la revoca della ordinanza di sospensione il giudice fissa la data della nuova udienza e dispone la notificazione dell'avviso alle parti private e alla persona offesa, nonché la comunicazione al pubblico ministero.

Pare potersi sostenere che, nel caso in cui non vi sia la prova certa della conoscenza del procedimento da parte dell'imputato, cioè se la notifica dell'atto è disposta solo a seguito dell'esito positivo delle nuove ricerche, l'avviso di fissazione della nuova udienza debba essere ricevuto personalmente dall'imputato.

Ci si può chiedere cosa accada nel caso in cui le ricerche abbiano dato esito positivo, non vi sia tuttavia la prova della conoscenza da parte dell'imputato della pendenza del procedimento e la notifica dell'avviso di fissazione della udienza non sia, ciò nonostante, effettuata personalmente all'imputato.

Potrebbe in tal caso ritenersi che il giudice debba nuovamente verificare se "sia possibile" la notificazione dell'atto, atteso che, diversamente, potrebbe ipotizzarsi una nuova sospensione del processo.

Ove, invece, sia stata raggiunta la tendenziale prova certa della conoscenza del procedimento da parte dell'imputato, si potrà procedere in sua assenza anche nel caso in cui l'imputato non riceva personalmente la notificazione dell'avviso di fissazione della nuova udienza, purché la notifica sia rituale.

All'udienza l'imputato potrà chiedere il rito abbreviato o di applicazione della pena.

13. (segue) Sospensione del processo e termine di prescrizione del reato. - La sospensione del processo sospende il corso della prescrizione del reato (art. 12 della legge in esame che aggiunge all'art. 159 cod. pen. il comma 3 bis).

Lo sospensione della prescrizione, anche nel caso di sospensione del processo, non può tuttavia protrarsi per un periodo superiore ai termini massimi previsti dall'art. 161, comma 2, cod. pen.

Si tratta di una previsione normativa che sembra disegnare un andamento asimmetrico fra sospensione del processo e sospensione della prescrizione.

Mentre, infatti, la sospensione del processo può protrarsi per un tempo non pre-determinato, ben potendo il giudice prendere atto, all'esito della periodiche nuove ricerche, della impossibilità di disporre la nuova notifica dell'avviso di fissazione dell'udienza, la sospensione della prescrizione, invece, non può protrarsi per un tempo superiore a quelli previsti dall'art. 161, comma secondo, cod. pen. in tema di interruzione.

Si tratta di una previsione oscura perché ricollega all'istituto della sospensione della prescrizione un limite che invece è proprio di un altro istituto, strutturalmente diverso, quale quello della interruzione della prescrizione.

Può quindi verificarsi che la durata della sospensione del processo superi il limite previsto dall'art. 161 cod. pen., con conseguente decorso del termine di prescrizione del reato in costanza della permanente sospensione del processo.

Nel corso dei lavori preparatori risultano essere stati presentati numerosi emendamenti volti a sganciare, nel caso di sospensione del processo ai sensi dell'art. 420 quater cod. proc., la sospensione della prescrizione dal limite previsto dall'art. 161 cod. pen., ma tutti sono stati respinti.

La *ratio* di tale scelta legislativa, all'apparenza non priva di irragionevolezza, potrebbe essere ravvisata nel fatto che la sospensione del processo consegue ad un fatto oggettivo, in nulla attribuibile all'imputato, al quale, non potendo essere mosso alcun rilievo sotto il profilo della leale collaborazione, non può essere addossato un effetto indiretto negativo, quale quello di rimanere a tempo indeterminato sottoposto ad un processo penale.

La sospensione è infatti disposta solo dopo che il giudice abbia verificato che l'imputato non si sia sottratto in maniera strumentale al processo, e, quindi, potrebbe sostenersi che, proprio l'assenza di "*responsabilità*" giustifichi, in astratto, che il termine di prescrizione non rimanga sospeso a termo indeterminato.

Ciò nondimeno, non si può escludere che la previsione di una sospensione del processo "*sganciata*", quanto alla sua durata, da una corrispondente sospensione della prescrizione del reato, possa prestarsi ad un uso indebito e strumentale delle nuove norme da parte di chi, pur sapendo della esistenza del procedimento penale nei suoi confronti, si adoperi per evitare che ciò emerga, sperando di "*lucrare*" sul versante della sospensione della prescrizione e, quindi, "*sottrarsi*" al processo.

In tale contesto è prevedibile che il rischio di verifica di comportamenti strumentali potrà essere limitato se le ricerche dell'imputato, volte a verificare se il processo debba o meno debba essere sospeso, saranno davvero approfondite ed efficaci.

14. Le modifiche in materia di impugnazioni e di restituzione nel termine. - L'art. 11 della L. n. 67 del 2014 contiene alcune disposizioni in materia di impugnazioni e di restituzione del termine.

Quanto alle impugnazioni, la legge individua la invalidità, la sanzione e il rimedio processuale nei casi di inosservanza delle disposizioni previste dagli artt. 420 ter e 420 quater cod. proc. pen.

Il tema attiene, cioè, ai casi in cui il processo sia celebrato in assenza dell'imputato laddove, invece, l'udienza avrebbe dovuto essere rinviata per impedimento dello stesso (art. 420 ter cod. proc. pen.), ovvero si sarebbe dovuto sospendere il processo ai sensi dell'art. 420 quater cod. proc. pen.

Con riferimento al **giudizio d'appello**, l'art. 11, comma 3, prevede l'inserimento nell'art. 604 cod. proc. pen. del comma 5 bis con il quale è sancita la nullità della sentenza di primo grado pronunciata:

1) nonostante la sussistenza di un impedimento legittimo a comparire ex art. 420 ter cod. proc. pen.;

2) quando l'imputato possa dimostrare l'incolpevole ignoranza del processo. Si tratta di una previsione che sembrerebbe essere riferibile all'ipotesi in cui o l'imputato, appreso della sentenza, denunci con l'atto di impugnazione una delle situazioni indicate, ovvero compaia in una udienza del giudizio d'appello da altri instaurato.

È verosimile che ci si riferisca alle situazioni, di cui si è detto al par. n. 7, in cui l'avviso di fissazione dell'udienza preliminare o il decreto che dispone il giudizio siano stati ritualmente notificati, non vi sia una dichiarazione di rinuncia a comparire da parte dell'imputato, e sussista una di quelle situazioni da cui la legge fa discendere (art. 420, comma 2), direttamente o indirettamente, la prova della conoscenza da parte dell'imputato della esistenza del procedimento.

3) quando il processo avrebbe dovuto essere sospeso.

Se vi è la prova della violazione della disciplina prevista dagli articoli appena indicati (420 ter e quater), il giudice dichiara la nullità della sentenza e dispone il rinvio degli atti al giudice di primo grado, con conseguente applicazione dell'art. 489, comma secondo, cod. proc. pen., cioè con rimessione nel termine per formulare le richieste di cui agli artt. 438 e 444 cod. proc. pen.

Si tratta di una innovazione normativa di rilievo perché, come in precedenza detto, riconosce all'imputato, nei cui confronti si sia "*ingiustamente*" proceduto in assenza, la celebrazione di un "*nuovo*" processo di primo grado, in cui poter esercitare compiutamente il proprio diritto di difesa, anche attraverso il diritto alla prova.

Quanto al tipo di nullità, pare sostenibile il riferimento alla categoria delle nullità c.d. a regime intermedio di cui all'art. 178 lett. c) cod. proc. pen., trattandosi di violazione di norme che attengono all'intervento dell'imputato.

Simmetricamente, per il **giudizio per cassazione**, il nuovo art. 623, comma primo, cod. proc. pen. prevede che nel caso di annullamento di una sentenza di condanna "*nei casi previsti... dall'art. 604, comma 5, bis*", cioè quelli di cui si è detto, la Corte dispone la trasmissione degli atti al giudice di primo grado.

La disposizione in questione deve essere posta in collegamento con l'art. 623 lett. b) cod. proc. pen.

A fronte del fatto che l'art. 604, così come modificato, prevede la nullità di ogni sentenza di primo grado pronunciata all'esito di un processo "*ingiustamente*" celebrato in assenza, l'art. 623 lett. b), attraverso il richiamo all'art. 604, comma primo, continua invece a fare riferimento alle sole ipotesi di sentenza di condanna emessa in violazione del principio di correlazione tra accusa e sentenza (art. 522 cod. proc. pen.).

Quanto al rinvio contenuto nel nuovo art. 623 all'art. 604, comma quarto, cod. proc. pen., la questione attiene al tema più generale dei limiti entro i quali la Corte di cassazione può disporre il rinvio al giudice di primo grado; nonostante l'art. 623 cod. proc. pen. non preveda espressamente l'ipotesi di annullamento con rinvio al giudice di primo grado per effetto di nullità assolute, è consolidata l'affermazione secondo cui la possibilità di una siffatta pronuncia dovrebbe desumersi sia dalla relazione al progetto preliminare che ritiene "*superflua, quanto al giudizio di cassazione, un'apposita disciplina dell'annullamento con rinvio per le ipotesi di nullità*", sia dal complesso delle norme che regolano il regime delle nullità e, in particolare, dagli artt. 179, 185, comma terzo, e 569, comma quarto, cod. proc. pen. (In tal senso, sez. un. n. 17050 dell'11 aprile 2006, (dep. 18 maggio 2006), Maddaloni, Rv. 233729, in motivazione).

15. Prime considerazioni riepilogative. - Alla luce della ricostruzione effettuata, pare sostenibile che, ove nel corso del processo sia accertato che la mancata partecipazione dell'imputato sia dovuta ad assoluto impedimento la cui prova sia giunta senza colpa in ritardo, ovvero che l'imputato non sia comparso per ignoranza incolpevole della celebrazione del processo, ovvero che il processo avrebbe dovuto essere sospeso ai sensi dell'art. 420 quater:

1) in primo grado, l'imputato potrà chiedere: a) l'ammissione delle prove ex art. 493 cod. proc. pen. e la rinnovazione di quelle già assunte; b) ovvero che il processo venga definito con un rito alternativo (artt. 438 e 444 cod. proc. pen.);

2) nel giudizio di appello, l'emergere postumo di una delle situazioni indicate, comporterà la nullità della sentenza di primo grado, con conseguente restituzione degli atti al giudice di primo grado, davanti al quale l'imputato potrà ottenere la celebrazione di un nuovo processo ovvero, a fronte del rinvio contenuto nel nuovo art. 604 all'art. 489, comma 2, cod. proc. pen., chiedere un rito premiale;

3) nel giudizio per cassazione, l'emergere di una delle situazioni indicate, comporterà la nullità della sentenza di condanna con conseguente restituzione degli atti al giudice di primo grado, davanti al quale l'imputato potrà nuovamente celebrare il processo.

Il nuovo art. 623, comma primo, lett. b), non richiama espressamente l'art. 489, comma 2, limitandosi a fare riferimento ai "*casi previsti dall'art. 604 commi... 5 bis*", sicché, se è vero che il comma 5 bis in questione contiene il riferimento all'art. 489, è altrettanto vero che, essendo il rinvio fatto "*ai casi*", non pare scontato ritenere che, a seguito dell'annullamento della sentenza da parte della Corte di cassazione, l'imputato possa, davanti al giudice di primo grado, chiedere un rito alternativo.

16. Il nuovo art. 625 ter cod. proc. pen. - È previsto inoltre un rimedio straordinario, revocatorio del giudicato (nuovo art. 625 ter, inserito dall'art. 11 della legge in esame).

Il presupposto è costituito dalla esistenza di una sentenza di condanna, ovvero applicativa di una misura di sicurezza, passata in giudicato ed emessa all'esito di un processo celebrato, per tutta la sua durata, in assenza dell'imputato.

In tali casi, l'interessato che abbia avuto conoscenza del processo solo dopo il passaggio in giudicato della sentenza, provando che l'assenza è stata dovuta ad una incolpevole mancata conoscenza della celebrazione del processo, può chiedere "*la rescissione del giudicato*", cioè la revoca della sentenza.

La richiesta deve essere depositata nella cancelleria del giudice che ha pronunciato la sentenza divenuta irrevocabile personalmente dall'interessato o da difensore munito di procura speciale, autenticata secondo le forme previste dall'art. 583, comma 3, cod. proc. pen., e, quindi, anche dallo stesso difensore, entro trenta giorni dalla conoscenza del procedimento.

L'aver collegato il *dies a quo* per la decorrenza del termine alla conoscenza del procedimento implica un controllo dell'osservanza del termine da parte della Corte di cassazione di difficile attuazione, non potendosi affatto escludere condotte strumentali difficilmente verificabili.

Nel caso di accoglimento, la Corte di cassazione dispone la revoca della sentenza e la trasmissione degli atti al giudice di primo grado con specifica previsione di applicabilità dell'art. 489, comma secondo, cod. proc. pen., e quindi con possibilità per l'imputato di chiedere un rito alternativo.

In considerazione del nuovo mezzo straordinario di impugnazione, l'art. 11, comma 6, della legge modifica l'art. 175, comma 2, cod. proc. pen., il cui ambito applicativo viene limitato all'ipotesi di decreto penale di condanna divenuto esecutivo senza che il condannato ne abbia avuto tempestivamente effettiva conoscenza, sempre che non vi sia stata rinuncia espressa all'opposizione.

Un aspetto che deve essere evidenziato è che in tema di restituzione nel termine per il contumace l'art. 175, comma 2, cod. proc. pen. nella formulazione emendata, stabiliva che operasse "*di diritto*" la restituzione nel termine, salvo che l'imputato avesse avuto effettiva

conoscenza del procedimento o del provvedimento e avesse volontariamente rinunciato a comparire ovvero a proporre impugnazione, con conseguente onere per l'autorità giudiziaria di accertare la eventuale sussistenza di tali condizioni.

In tale contesto si era affermato che "in tema di restituzione nel termine per proporre impugnazione avverso la sentenza contumaciale, l'onere di accertare l'effettiva conoscenza del provvedimento da parte dell'imputato grava sull'autorità giudiziaria, ma presuppone, nel caso di regolare notificazione dell'atto, che l'interessato abbia comunque esplicitamente allegato le ragioni determinative della mancata conoscenza. (sez. VI, sez. 6, n. 7533 del 31/01/2013 - dep. 15/02/2013, Basile, Rv. 255149 in fattispecie in cui la sentenza era stata consegnata a mani della collaboratrice domestica, segnatamente identificabile, presso la residenza di riferimento del ricorrente, laddove erano state effettuate precedenti notifiche;

Il testo del nuovo art. 625 ter sembra nuovamente invertire tale onere probatorio, stabilendo espressamente che deve essere il condannato a provare «che l'assenza è stata dovuta ad una incolpevole mancata conoscenza della celebrazione del processo».

Più in generale la disciplina del nuovo rimedio straordinario presenta profili di criticità.

Sotto un primo profilo, non si riviene alcuna previsione in ordine alla eventuale sospensione della esecuzione e ai soggetti eventualmente legittimati ad intervenire nel giudizio in cassazione.

Sotto altro profilo, non è chiaro se, prescindendo dai profili di diritto intertemporale di cui si dirà, la norma trovi nondimeno applicazione per tutti i processi "esauriti".

Il rimedio straordinario opera, peraltro, senza limiti temporali, cioè da quando si è formato il giudicato, ed è prevedibile che ad esso si farà ricorso anche per "demolire" situazioni "esecutive" irrimediabilmente prodotte (interessi risarcitori, confische ecc.).

Va inoltre evidenziato, con specifico riferimento alla Corte di cassazione, come l'attività necessaria per verificare la rescissione del giudicato non potrà che essere compiuta mediante un'accurata analisi del fascicolo processuale, dovendosi verificare, non solo, come la notificazione dell'avviso di fissazione dell'udienza preliminare o del decreto di citazione a giudizio sia stata in concreto effettuata, e, quindi, se l'avviso sia stato o meno ricevuto personalmente dall'imputato, ma, anche, se nel corso dell'intero procedimento si siano verificati quei "fatti o atti processuali", quelli, cioè, indicati nel nuovo art. 420 bis, comma 2, da cui far discendere la prova che l'imputato, ancorché dichiarato contumace/assente, conoscesse o meno la esistenza del procedimento penale ovvero si fosse volontariamente o colposamente sottratto a tale conoscenza.

17. Questioni di diritto intertemporale. – La questione è innanzitutto quella del se le nuove norme dettate in tema di costituzione delle parti e, quindi, di processo "in assenza" siano destinate a trovare applicazione anche nei processi pendenti in cui sia già stato effettuato il controllo della regolare costituzione delle parti e, quindi, sia già stata dichiarata

ritualmente, in ossequio alla legge vigente al momento in cui l'attività è stata compiuta, la contumacia dell'imputato.

È possibile che, in applicazione della normativa vigente al momento in cui la verifica della regolare costituzione delle parti è stata compiuta, sia stata dichiarata la contumacia sulla base della mera regolarità formale della notifica dell'avviso di fissazione dell'udienza preliminare, e che, tuttavia, in atti non vi sia la prova della conoscenza certa da parte dell'imputato né della data della udienza, per essere stato l'avviso ricevuto non personalmente, né della esistenza del procedimento, per non esservi alcuna di quelle situazione da cui, direttamente o indirettamente, tale prova è desunta alla luce della nuova normativa.

I presupposti per la dichiarazione, da una parte, della contumacia secondo le norme emendate, e, dall'altra, della assenza secondo le nuove disposizioni, non sono coincidenti; è possibile che sia stata dichiarata la contumacia di un imputato nei confronti del quale, invece, il processo avrebbe dovuto essere, in applicazione delle nuove norme, sospeso (Il riferimento può essere all'imputato "*da sempre*" irreperibile, rispetto al quale alcuna notifica sia mai stata effettuata se non sulla base degli artt. 159- 160 cod. proc. pen., oppure a quello nei cui confronti si è sempre proceduto a notificazioni mediante consegna degli atti a persone diverse e non si abbia la prova della conoscenza del procedimento).

Sotto altro profilo, problemi di diritto intertemporale potranno porsi in tutti i casi in cui la costituzione delle parti in udienza preliminare sia avvenuta nella vigenza della disciplina emendata e tuttavia la prima udienza del processo in dibattimento venga celebrata dopo l'entrata in vigore delle nuove disposizioni.

In via generale, in presenza di un ricambio normativo il legislatore può decidere di dettare esso stesso un'apposita disciplina tesa a regolare direttamente i profili temporali della successione tra norme (diritto transitorio), ovvero - come nel caso di specie - può scegliere di astenersi da qualunque intervento diretto, lasciando alla applicazione dei principi di diritto intertemporale vigenti la risoluzione dei dubbi interpretativi che insorgano.

La distinzione è fra diritto transitorio e diritto intertemporale.

Nel diritto processuale penale, in presenza di un fenomeno di successione di leggi nel tempo, ove non esista una norma espressa di diritto transitorio, vige il principio generale contenuto nell'art. 11 delle preleggi: esso opera, perciò, alla stregua di un criterio generale di diritto intertemporale, applicabile a tutti i casi di ricambi normativi, al fine di stabilire i limiti temporali della normativa sopravvenuta.

Due sono i criteri fondanti: da un lato, la non retroattività della nuova legge procedurale, sicché gli atti compiuti mantengono la propria efficacia anche sotto l'impero di una diversa legge processuale e, dall'altro, l'efficacia immediata della novella, di talché tutti gli atti successivi rispetto all'entrata in vigore della nuova norma devono essere compiuti secondo i presupposti richiesti dalla modifica normativa.

La difficoltà è storicamente correlata alla esatta individuazione dell'"actum" e del "tempus" cui fare riferimento.

È opportuno richiamare i principi fissati dalle Sezioni unite della Corte di cassazione con particolare riferimento alla distinzione tra atti a struttura monofasica e atti a struttura plurifasica.

Non tutti gli atti processuali hanno un procedimento formativo che si esaurisce contestualmente al loro compimento: alcuni hanno una struttura plurifasica, il cui *iter* formativo è destinato a protrarsi nel tempo e nel quale ogni sequenza è legata alla successiva da uno stretto vincolo di interconnessione strumentale e funzionale.

Ciò rende poco agevole la scelta della norma applicabile allorché la modifica dei parametri normativi di riferimento intervenga prima della definitiva conclusione del procedimento formativo, mentre, di fronte ad un atto a struttura monofasica, la cui realizzazione non è nel tempo frazionata, quel problema non è neppure proponibile, essendo di agevole applicazione la regola del "*tempus regit actum*".

Il legame fra "*tempus*" e "*actum*" è immediatamente percepibile, così da rendere di piana applicazione quella regola, quando si tratta cioè di fattispecie tali da esaurirsi "*uno actu*" ed "*uno tempore*", in quanto morfologicamente ben definite e cronologicamente collocate senza residui nel tempo in cui esse sono (o debbono essere) compiute (così, si sostiene, un'impugnazione proposta oltre il termine stabilito dalla legge che regge l'atto è e resta inammissibile anche se quel termine, ormai scaduto, viene ampliato da una legge sopravvenuta).

Non altrettanto, invece, può dirsi dell'atto o più esattamente dell'attività a struttura plurifasica, cui si è già accennato, dove il vincolo di interconnessione strumentale e funzionale che avvince una fase all'altra, oltre a dispiegarsi nel tempo, si compendia nel risultato finale che ciascuna fase, e tutte nel loro insieme, concorrono finalisticamente a produrre.

In tali casi, ove la regola del "*tempus regit actum*" è riferibile ad un segmento di attività da compiersi dopo l'entrata in vigore della nuova legge, con tale realtà dovrà misurarsi. (Così, testualmente, fra le altre, sez. un., n. 10086 del 13 luglio 1998 (dep. 24 settembre 1998) Citaristi, Rv. 211192 e, soprattutto, in motivazione; in senso conforme, sez. un., n. 4265 del 25 febbraio 1998 (dep. 7 aprile 1998), Gerina, Rv. 210199).

Recentemente la Corte di cassazione, a Sezioni unite è tornata sull'argomento affermando (sez. un., n. 27919 del 31 marzo 2011 (dep. 14 luglio 2011), P.M. in proc. Ambrogio, Rv. 250195 e in motivazione):

"non è in discussione il canone tempus regit actum...anzi, la vitalità del principio deve essere ribadita ed ulteriormente esplicitata.

L'antica regola costituisce la traduzione condensata dell'art. 11 delle preleggi. Essa enuncia che la nuova norma disciplina il processo dal momento della sua entrata in vigore; che gli atti compiuti nel vigore della legge previgente restano validi; che la nuova disciplina, quindi, non ha effetto retroattivo.....

*Di solito non emergono questioni problematiche quando l'atto si compie e si esaurisce istantaneamente. I problemi possono più facilmente insorgere, invece, quando il compimento dell'atto, o lo spatium deliberandi o ancora **gli effetti si protraggono**, si estendono nel tempo: un tempo durante il quale la norma regolatrice muta. Basti pensare alle norme sulla competenza, sulle impugnazioni, sulla disciplina delle prove, sulle misure cautelari, appunto. In taluni casi,alle tradizionali logiche di carattere tecnico-formale si sovrappongono tematiche valoriali, assiologiche....In breve, si pongono problemi diversi l'uno dall'altro, ben presenti nell'esperienza giuridica, rispetto ai quali la logica atomistica (un atto, una norma) può in alcuni casi risultare di difficile applicazione o apparire insufficiente, inappagante. I problemi in questione, sebbene rinvengano una comune, vaga matrice nel susseguirsi di norme differenti entro un medesimo campo d'azione, presentano solitamente tratti distintivi irriducibili in relazione ai diversi istituti. Dunque, piuttosto che cercare soluzioni di carattere generale, conviene considerare che il superamento di alcuni problemi può essere favorito da una attenta disamina della complessiva disciplina legale della materia cui ci si interessa e dall'individuazione del concreto, reale ruolo che la nuova norma è chiamata a svolgervi alla luce delle diverse possibili soluzioni dei problemi di diritto intertemporale..”*

Applicando i principi indicati, senza alcuna pretesa di esaustività, paiono prospettabili in questa fase di prima riflessione, due differenti soluzioni.

Si può ritenere che la verifica della regolare costituzione delle parti, che si conclude con la eventuale dichiarazione di contumacia dell'imputato, sia un'attività che si compie e si esaurisca istantaneamente.

Pare possibile, cioè, considerare la verifica da parte del giudice della regolarità della costituzione delle parti come un'attività che si compie, produce effetti, si consolida e si esaurisce in un dato momento processuale, quale quello in cui il giudice dichiara eventualmente la contumacia dell'imputato.

La valutazione della esistenza o meno delle condizioni per la declaratoria di contumacia, e, quindi, la stessa dichiarazione di contumacia costituirebbe un atto la cui legittimità deve essere valutata al momento in cui la stessa è compiuta sulla base della normativa in quel momento vigente.

Il corollario che ne dovrebbe conseguire sarebbe quello di ritenere non applicabili le nuove norme ai processi pendenti per i quali la verifica della regolare costituzione delle parti sia già stata compiuta e la dichiarazione di contumacia sia già stata emessa.

Ulteriore conseguenza potrebbe essere quella di non ritenere applicabile ai processi già definiti il rimedio previsto dal nuovo art. 625 ter cod. proc. pen.

Le nuove norme sarebbero tutte applicabili solo ai processi per i quali la verifica della regolare costituzione delle parti non sia mai stata ultimata al momento della loro entrata in vigore.

Per affinità di tema, pare utile in questa prima fase di commento richiamare quanto affermato dalla Corte di cassazione nel periodo immediatamente successivo alla entrata in vigore della c.d. legge Carotti che, come è noto, introdusse i vigenti artt. 420- 420 bis- 420 ter - 420 quater cod. proc. pen., sostituendo l'originario art. 420 e abrogando gli artt. 486- 487- 488- 489 che disciplinavano per il dibattimento, insieme all'art. 484, la verifica della regolarità delle costituzioni delle parti e dei presupposti del processo contumaciale.

Anche in quella occasione si pose il problema del se le nuove norme dovessero trovare applicazione per i processi per i quali la verifica delle condizioni per procedere in assenza dell'imputato fosse stata compiuta prima della entrata in vigore della novella legislativa.

La Corte di cassazione, in particolare, fu chiamata a pronunciarsi in una vicenda in cui l'udienza preliminare era stata celebrata in più udienze e in quelle successive alla prima, tutte tenute prima della entrata in vigore della c.d. legge Carotti, l'imputato aveva chiesto un rinvio adducendo l'esistenza di un legittimo impedimento a comparire, ritenuto, tuttavia, dal GUP insussistente.

Il Tribunale, nel corso di una udienza dibattimentale tenuta dopo l'entra in vigore della legge c.d. Carotti, fu investito della questione della legittimità della decisione del GUP, anche alla luce della modifica normativa intervenuta.

Il quadro normativo rispetto al quale la Corte fu chiamata a decidere può sinteticamente essere così riassunto: la lettera dell'art. 420 c.p.p., comma quarto, nel testo vigente all'epoca dell'udienza preliminare, cioè prima della modifica introdotta con la L. n. 479 del 1999, richiamava i soli commi 1 e 2 dell'allora art. 486 c.p.p., sicché l'impedimento dell'imputato era formalmente rilevante unicamente per la partecipazione alla prima udienza e non a quelle successive; non era, infatti, richiamato anche il comma 3 dell'art. 486, relativo, appunto, alle *"successive udienze"*.

Si trattava, quindi, di verificare se la disciplina nel frattempo sopravvenuta, cioè l'art. 420 ter comma tre, che prevedeva il diritto dell'imputato di ottenere il rinvio del processo per impedimento a comparire anche per le udienze successive alla prima, potesse trovare applicazione anche con riguardo all'attività compiuta dal GUP nel momento in cui la nuova normativa non era ancora entrata in vigore.

La Corte di Cassazione, nell'ambito di una articolata motivazione, richiamando il principio del *"tempusregitactum"*, escluse che la nuova normativa in questione, incidente sulla possibilità di procedere in assenza dell'imputato, potesse trovare applicazione, ritenendo legittimo il mancato rinvio del processo perché *"alla luce della normativa all'epoca vigente"* non assumeva rilievo l'assenza, anche se giustificata, dell'imputato per le udienze successive alla prima, in cui si celebrava l'udienza preliminare (sez. VI, n. 33435, del 4 maggio 2006 (dep. 5 ottobre 2006), Battistella, Rv. 234352).

È tuttavia verosimile che, pur seguendo tale impostazione, ulteriori distinzioni possano essere compiute.

Come detto, il problema della applicazione della nuove disposizioni può porsi per i processi per i quali nel corso della udienza preliminare, celebrata prima della modifica normativa, l'imputato sia stato dichiarato contumace, sia stato rinviato a giudizio e, tuttavia, la prima udienza in giudizio venga celebrata dopo l'entra in vigore della nuove disposizioni.

A fronte della interpretazione indicata ne sembra prospettabile anche un'altra.

Si potrebbe sostenere che, se è vero che la fase della costituzione delle parti si esaurisce con la eventuale dichiarazione di contumacia, è altrettanto vero che la situazione è sì perfezionata ma non anche consolidata, nel senso che gli effetti dell'atto non si consumano in un singolo momento, ma si producono nel corso dell'intero processo.

Il corollario che ne dovrebbe conseguire sarebbe quello di ritenere che il giudice che procede dovrebbe nuovamente verificare, esaminando gli atti, se, sulla base della nuova disciplina, il processo possa essere celebrato in assenza dell'imputato, ovvero debba essere sospeso.

Si tratta di una opzione interpretativa in cui, conformemente a quanto affermato dalle Sezioni Unite della Corte, *"alle tradizionali logiche di carattere tecnico-formale si sovrappongono tematiche valoriali, assiologiche..."* (così, sez. un., n. 27919 del 31 marzo 2011 (dep. 14 luglio 2011), P.M. in proc. Ambrogio, Rv. 250195, di cui si è già detto).

Potrebbe peraltro sostenersi che una tale interpretazione sarebbe costituzionalmente e convenzionalmente orientata, immediatamente attuativa della esigenze e delle finalità sottese alla nuova normativa.

Anche una tale interpretazione comporterebbe problemi applicativi.

Può farsi riferimento ai processi per i quali sia stata emessa, all'esito di un processo celebrato in contumacia, sentenza di primo grado la cui motivazione non sia stata ancora depositata; in tal caso, ove si ritengano immediatamente applicabili le nuove norme, occorre considerare che l'art. 548, comma 3, nella parte in cui faceva riferimento alla notifica dell'estratto della sentenza al contumace, è stato soppresso, sicché si potrebbe porre in tali casi il problema della individuazione del momento di decorrenza del termine per impugnare, cioè se anche in tali caso essi dovranno essere computati secondo le previsioni dell'art. 585 cod. proc. pen.

Con specifico riferimento alla Corte di Cassazione, il tema della immediata applicazione delle nuove disposizioni potrebbe porsi innanzitutto per i processi già pendenti al momento in cui la nuova normativa entra in vigore.

Ci si può riferire, in particolare, ai processi già fissati davanti alla Corte, per i quali, è già scaduto il termine per la presentazione di motivi aggiunti e sono stati predisposti motivi di impugnazione aventi ad oggetto questioni del tutto diverse da quella relativa alla verifica della regolarità della dichiarazione di contumacia.

Si tratta di ricorsi in cui la questione della illegittimità della dichiarazione di contumacia per effetto della nuove disposizioni non avrebbe potuto essere dedotta in grado di appello, né dopo la sentenza di secondo grado, essendo la sua deducibilità possibile solo dopo l'entrata in vigore della legge.

La norma di riferimento potrebbe essere quella dell'art. 609, comma 2, cod. proc. pen. nella parte in cui prevede che la Corte decide le questioni che non sarebbe stato possibile dedurre in grado di appello.

Si tratta di una norma che pone una serie di profili problematici, che in queste sede non possono essere affrontati, ma alla quale la Corte di Cassazione ha fatto in passato riferimento soprattutto per le questioni di diritto sostanziale, sempre che si tratti di questioni di diritto sorte dopo il giudizio di secondo grado in forza di *jus superveniens* o di modificazione o di abrogazione della disposizione normativa di riferimento conseguente all'intervento demolitorio o additivo della Corte Costituzionale.

Il tema della immediata applicabilità delle nuove norme potrebbe porsi anche per i processi pendenti per i quali sia stata dedotta nei motivi di ricorso la questione della legittimità della dichiarazione di contumacia, seppur in riferimento alla disciplina attualmente vigente, e non sia ancora decorso il termine per la presentazione di motivi aggiunti.

Il tema, ancora, potrebbe porsi, in generale, dopo l'entrata in vigore della nuova normativa, allorché potrebbe essere chiesto di applicare le nuove disposizioni ai processi per i quali la dichiarazione di contumacia sia stata emessa sulla base della precedente disciplina.

Peraltro, l'attività necessaria per verificare nei processi per i quali la dichiarazione di contumacia è stata emessa sulla base delle attuali disposizioni, la sussistenza delle condizioni per procedere in assenza anche sulla base delle disposizioni sopravvenute, non può che essere compiuta mediante un'accurata analisi del fascicolo processuale.

Occorrerebbe, infatti, verificare non solo come la notificazione dell'avviso di fissazione dell'udienza preliminare o del decreto di citazione a giudizio sia stata in concreto effettuata, e, quindi, se l'avviso sia stato o meno ricevuto personalmente dall'imputato, ma, soprattutto, se vi siano quei "*fatti o atti processuali*", quelli indicati nel nuovo art. 420 bis, comma 2, da cui far discendere la prova che l'imputato, ancorché dichiarato contumace, conoscesse o meno la esistenza del procedimento penale o si sia volontariamente sottratto a tale conoscenza.

Redattori: Raffaele Piccirillo e Pietro Silvestri

**Il vice direttore
Giorgio Fidelbo**