

Penale Sent. Sez. 4 Num. 48776 Anno 2023

Presidente: DOVERE SALVATORE

Relatore: VIGNALE LUCIA

Data Udiienza: 15/11/2023

SENTENZA

sul ricorso proposto da:

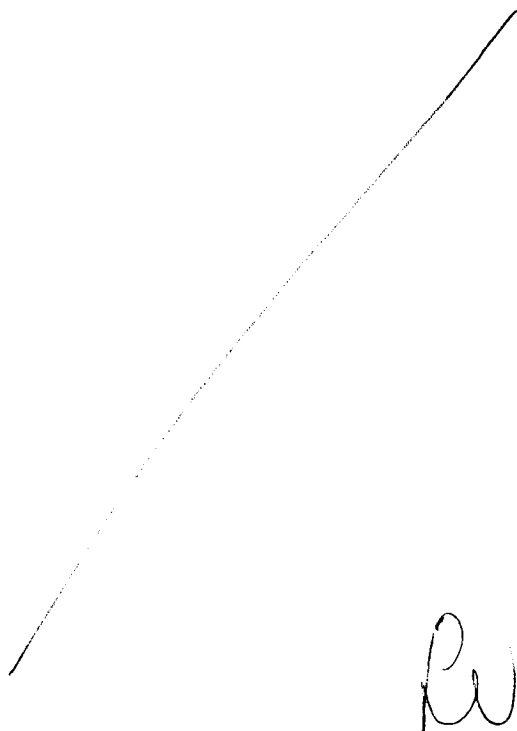
ESPOSITO MAURO FABIO nato a VIMERCATE il 29/08/1985

avverso la sentenza del 26/09/2022 della CORTE APPELLO di BOLOGNA

visti gli atti, il provvedimento impugnato e il ricorso;

udita la relazione svolta dal Consigliere LUCIA VIGNALE;

lette le conclusioni del PG, in persona del Sostituto Procuratore LIDIA GIORGIO, che ha chiesto il rigetto del ricorso;

A long, thin, diagonal line drawn across the lower half of the page, starting from the bottom left and extending towards the top right. Below this line, there is a handwritten signature that appears to be 'RW'.

RITENUTO IN FATTO

1. Con sentenza del 26 settembre 2022, la Corte di appello di Bologna ha confermato la sentenza pronunciata il 4 maggio 2021 dal Tribunale di Modena con la quale Mauro Fabio Esposito è stato ritenuto responsabile di più violazioni degli artt. 624, 625 n. 2 e 5 cod. pen. [capi A), B), C), D) ed E)] e di una violazione dell'art. 4 legge 18 aprile 1975 n. 110 [capo F)].

2. Ricorre contro la sentenza, nell'interesse dell'imputato, il suo difensore deducendo:

- con un primo motivo, la violazione degli artt. 420 *bis* e 604, comma 5 *bis*, cod. proc. pen. (nel testo vigente prima delle modifiche introdotte dal d.lgs 10 ottobre 2022 n. 150) per essere stata pronunciata una sentenza di primo grado (confermata in appello) ancorché l'imputato non fosse informato della celebrazione del processo;

- col secondo motivo, la manifesta illogicità della motivazione con la quale la sentenza di appello ha respinto l'eccezione di nullità della sentenza di primo grado conseguente alla violazione del citato art. 420 *bis* cod. proc. pen.

Il difensore – che era stato nominato d'ufficio all'atto della elezione di domicilio – rileva che le notifiche del decreto di citazione a giudizio sono state eseguite ai sensi dell'art. 161, comma 4, cod. proc. pen. essendo Esposito risultato irreperibile al domicilio eletto e che l'elezione di domicilio era avvenuta nel primo atto compiuto dalla polizia giudiziaria, in relazione a «indagini afferenti i reati di cui all'art. 648 cod. pen. e 4 legge 110/75», quando ancora il nome di Esposito non era stato iscritto nel registro delle notizie di reato. Riferisce di non aver potuto prendere contatto con Esposito se non in un momento successivo alla pronuncia della sentenza di primo grado, di non aver quindi potuto instaurare con lui un rapporto professionale né prima dell'inizio del processo di primo grado, né durante lo stesso e di non aver avuto la possibilità di informarlo delle accuse formulate a suo carico né della data d'udienza. Sottolinea di aver chiesto numerosi rinvii nella speranza di poter rintracciare Esposito tramite i coimputati (dei quali, pure, era il difensore), ma senza esito.

In sintesi, la difesa sostiene che il giudice di primo grado ha potuto procedere in assenza dell'imputato solo perché, in mancanza di altri elementi, ha considerato indice sufficiente della conoscenza della celebrazione del processo una elezione di domicilio che neppure conteneva una indicazione corretta del titolo di reato, e fu richiesta dalla polizia giudiziaria quando ancora il nome di Esposito non era neppure stato iscritto nel registro notizie di reato.



Nel censurare la motivazione con la quale la Corte di appello ha respinto l'eccezione di nullità formulata con l'atto di appello il difensore osserva:

- che, secondo i principi affermati dalle Sezioni Unite di questa Corte, la sola elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio da parte dell'indagato non può considerarsi presupposto idoneo ai fini della dichiarazione di assenza «dovendo il giudice, in ogni caso, verificare, anche in presenza di altri elementi, che vi sia stata l'effettiva instaurazione di un rapporto professionale tra il legale domiciliatario e l'indagato, tale da fargli ritenere con certezza che quest'ultimo abbia avuto conoscenza del procedimento ovvero si sia sottratto volontariamente alla stessa» (Sez. Un., n. 23948 del 28/11/2019, dep.2020, Ismail, Rv. 279420);

- che, diversamente da quanto ritenuto dalla Corte di appello nella sentenza impugnata, tali principi trovano applicazione, oltre che nel caso in cui l'indagato abbia eletto domicilio presso il difensore d'ufficio, ogni qualvolta la notifica sia in concreto eseguita presso il difensore d'ufficio; quindi, anche nei casi di cui all'art. 161, comma 4, cod. proc. pen., salvo che non emergano dagli atti ulteriori elementi dai quali sia possibile desumere che l'imputato è informato della celebrazione del processo;

- che il vizio conseguente alla mancata conoscenza della celebrazione del processo di primo grado è stato tempestivamente dedotto con l'atto di gravame, sicché la Corte di appello avrebbe dovuto procedere ai sensi dell'art. 604, comma 5 *bis*, cod. proc. pen., dichiarare la nullità della sentenza di primo grado e restituire gli atti al Tribunale di Modena, ciò che avrebbe consentito all'imputato di essere rimesso nel termine per chiedere riti alternativi ex art. 489, comma 2 cod. proc. pen. (il riferimento è, anche in questo caso al testo vigente prima della entrata in vigore del d.lgs. n. 150/2022).

La difesa si duole, inoltre, della manifesta illogicità della motivazione. Sottolinea in tal senso che, secondo la Corte territoriale, l'imputato era certamente a conoscenza del processo di primo grado, ma la sentenza impugnata ammette anche che potesse non esserlo sostenendo che, se così fosse, ciò sarebbe dipeso da sua colpa e giunge ad affermare, apoditticamente, che, in ogni caso, a quella conoscenza egli si è volontariamente sottratto.

La difesa lamenta che, essendo stata dedotta una nullità ex art. 178, lett. c), cod. proc. pen., la Corte territoriale abbia sostenuto che la mancata conoscenza del processo di primo grado non avrebbe comportato alcun pregiudizio per l'imputato perché questi sapeva del processo di appello e nell'atto di gravame non era stata evidenziata «alcuna concreta lesione del diritto di difesa collegata alla dedotta mancata conoscenza del processo». Sottolinea, infine, che la Corte territoriale ha considerato quale indice della conoscenza del processo di primo grado da parte dell'imputato la circostanza che nel corso dello

stesso il difensore non abbia chiesto la revoca dell'ordinanza dichiarativa di assenza, non abbia chiesto la notifica a mani ex art. 420 *quater* cod. proc. pen e non abbia «attestato» nell'atto di gravame «di non avere mai avuto contatto alcuno con il suo assistito». Il ricorrente osserva che, così argomentando, la Corte di appello ha attribuito al difensore un ruolo che certo non gli compete: quello di attestare se l'imputato ha avuto o meno conoscenza del processo. Una verifica che è il giudice a dover compiere e dalla cui omissione consegue la nullità assoluta della sentenza.

3. Il Procuratore generale ha depositato conclusioni scritte chiedendo il rigetto del ricorso.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. Si deve premettere che, nel caso oggetto del presente ricorso, alla data di entrata in vigore del d.lgs. n. 150/2022, era già stata pronunciata una ordinanza con la quale si era disposto di procedere in assenza. Pertanto, ai sensi dell'art. 89 del citato decreto, devono essere applicate «le disposizioni del codice di procedura penale e delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale in materia di assenza anteriormente vigenti, comprese quelle relative alle questioni di nullità in appello e alla rescissione del giudicato». Tale puntualizzazione è necessaria perché, ogni volta che nell'esposizione sarà citato un articolo del codice di rito, il rinvio deve essere inteso al testo di quell'articolo precedente alla riforma.

2. Dalla sentenza impugnata emerge che, il 6 ottobre 2016, Mauro Fabio Esposito, fu denunciato a piede libero (insieme ad altre persone la cui posizione è stata definita in separato giudizio) per ricettazione e violazione dell'art. 4 legge 110/75. Esposito viaggiava, insieme ad altri, a bordo di un'auto nella quale furono rinvenuti strumenti atti ad offendere e beni della cui illecita provenienza la polizia giudiziaria operante aveva ragione di dubitare; per questo, fu invitato a nominare un difensore di fiducia e a dichiarare o eleggere domicilio ai sensi dell'art. 161 cod. proc. pen. Egli elesse domicilio a Castelnuovo Rangone (MO) in via Tobagi 14; dichiarò di non avere un difensore di fiducia e gli fu nominato un difensore d'ufficio in persona dell'avv. Graziano Martino del foro di Modena (che ancora oggi lo assiste).

La Corte di appello riferisce che il domicilio eletto non corrispondeva al luogo di residenza (sito a Gonzaga, in via Benedetto Croce n. 8/c). Riferisce, inoltre, che il 29 novembre 2016 la polizia giudiziaria eseguì una perquisizione

nell'abitazione ove Esposito risultava residente e dove viveva Concetta Piazza, la quale dichiarò di non avere più alcun rapporto con lui; confermò, dunque, che da quella abitazione Esposito si era allontanato. Dalla sentenza impugnata risulta che Esposito risultò irreperibile all'indirizzo che aveva indicato quando aveva eletto domicilio e, pertanto, la notifica del decreto di citazione a giudizio fu eseguita ai sensi dell'art. 161, comma 4, cod. proc. pen. presso il difensore d'ufficio. Esposito è stato poi tratto a giudizio nelle forme previste dall'art. 550 cod. proc. pen. di fronte al Tribunale di Modena in composizione monocratica con l'accusa di aver commesso, in concorso con altri, più furti aggravati, in diversi comuni della provincia di Modena, tra il 19 settembre e il 5 ottobre 2016. Nel corso del giudizio di primo grado, tenutosi di fronte al Tribunale di Modena, il giudice ha proceduto in assenza. Dalla lettura dei verbali di udienza – necessaria e possibile in ragione del vizio dedotto – risulta che tale decisione non fu motivata con ordinanza ai sensi dell'art. 420 *bis* cod. proc. pen.

2.1. Nel respingere l'eccezione di nullità della sentenza di primo grado, sollevata dalla difesa ai sensi dell'art. 604, comma 5 *bis*, cod. proc. pen., la Corte di appello ha sostenuto: che Esposito era a conoscenza del processo di primo grado; che, se non lo era, ciò dipese da sua colpa perché, pur avendo eletto domicilio nel corso delle indagini, non comunicò il nuovo indirizzo e non prese contatti col difensore d'ufficio del quale possedeva i recapiti; che, in ogni caso, a quella conoscenza egli si sottrasse volontariamente indicando quale proprio domicilio un'abitazione nella quale non si fece trovare e scegliendo di non comunicare un indirizzo alternativo.

A sostegno di tali conclusioni la Corte territoriale ha sottolineato che il difensore d'ufficio non ha mai chiesto la revoca dell'ordinanza con la quale il giudice aveva disposto procedersi in assenza e ha chiesto, invece, plurimi rinvii per valutare se chiedere riti alternativi: richieste che sottendono l'esistenza di contatti tra il difensore e l'imputato.

La sentenza impugnata riferisce che, a sostegno dell'istanza di rinvio, il difensore d'ufficio dell'imputato produsse in copia una sentenza pronunciata dal Tribunale di Modena a carico di Esposito e precisò che era intenzione della difesa chiedere «riti alternativi subordinati al riconoscimento del vincolo della continuazione con i fatti oggetto di quella sentenza». Sostiene che, in questo contesto, il primo giudice «non aveva ragione alcuna per ritenere» che l'imputato non avesse avuto conoscenza della celebrazione del processo né «che tale eventuale mancata conoscenza fosse dovuta a ragioni a lui non addebitabili». Osserva ancora che, solo all'udienza del 4 febbraio 2020 (dieci mesi dopo la celebrazione della prima udienza dibattimentale), quando tutti gli altri imputati chiesero un rito alternativo, il difensore riferì che non aveva avuto contatti con

Esposito, nei cui confronti, pertanto, si doveva procedere «nelle forme ordinarie». Anche in questo caso – rileva la Corte di appello – il difensore non chiese che l'ordinanza ex art. 420 *bis* cod. proc. pen. fosse revocata, sicché la dichiarazione di non aver avuto contatti col cliente non può essere riferita «alla mancata conoscenza del processo da parte di Esposito, ma all'assenza dei contatti specificamente necessari per procedere a riti alternativi».

La Corte territoriale sostiene, inoltre, che la dedotta mancata conoscenza della celebrazione del processo di primo grado non ha determinato lesione alcuna del diritto di difesa.

A sostegno di tale affermazione osserva:

- che la conoscenza della sentenza di primo grado e del giudizio di appello è certa, perché il 29 settembre 2021 Esposito ha chiesto di essere ammesso al patrocinio a spese dello Stato e l'atto di appello è stato depositato il 1° ottobre 2021 dal suo difensore d'ufficio (lo stesso che lo aveva assistito nel processo di primo grado il quale ha poi chiesto alla Corte di appello la liquidazione dei compensi professionali);

- che nell'atto di appello non è stata chiesta una rinnovazione istruttoria e non è stata evidenziata la volontà di chiedere riti alternativi;

- che, in grado di appello, non è stata chiesta la trattazione orale;

- che l'imputato e il suo difensore non hanno riferito di «fatti, circostanze o valutazioni processuali» che sarebbe stato possibile evidenziare se Esposito avesse potuto partecipare al giudizio di primo grado e non poterono essere messe in luce in ragione della sua assenza;

- che, pertanto, anche se la conoscenza della celebrazione del processo di primo grado non vi fosse stata o fosse stata incolpevole, ciò non avrebbe recato alcun concreto pregiudizio all'imputato.

3. Come noto, con la sentenza n. 28912 del 28/02/2019, Innaro, Rv. 275716, le Sezioni unite di questa Corte sono state chiamate a pronunciarsi sulla nozione di «effettiva conoscenza del procedimento» alla quale l'art. 175, comma 2, cod. proc. pen., nella previgente formulazione (introdotta dal decreto-legge 21 febbraio 2005, n. 17, convertito dalla legge 22 aprile 2005, n. 60, e poi modificata con la legge 28 aprile 2014 n. 67), ricollegava effetti preclusivi della restituzione in termini per l'impugnazione. Nell'affrontare il tema, la sentenza ne ha tratto spunto per tracciare i confini di ammissibilità del processo *in absentia* in termini coerenti con le indicazioni provenienti dalla normativa convenzionale e dalle pronunce delle corti sovranazionali. Ha affermato, quindi, che un processo svolto in assenza può considerarsi conforme all'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, come interpretato dalla giurisprudenza della Corte

europea dei diritti dell'uomo, solo se l'imputato ne aveva conoscenza effettiva e non è sufficiente a tal fine che egli fosse informato dell'esistenza di un'indagine penale a suo carico. Ha precisato, inoltre, che la conoscenza del processo è garantita solo dalla conoscenza di un provvedimento formale di "*vocatio in iudicium*" contenente l'indicazione dell'accusa formulata nonché della data e del luogo di svolgimento del giudizio. Ha statuito, infine, che tale conoscenza non può essere soltanto presunta né, men che mai, meramente legale.

Con la sentenza in esame, le Sezioni Unite hanno sostenuto che, nelle situazioni tipizzate dall'art. 420 *bis* cod. proc. pen., opera una presunzione di volontaria sottrazione alla conoscenza del processo. Hanno tuttavia precisato che tale presunzione è necessariamente relativa e può essere superata se l'imputato (nel caso previsto dall'art. 420 *bis*, comma 4, cod. proc. pen.) o il condannato (nel caso previsto dall'art. 629 *bis* comma 1 cod. proc. pen.) danno dimostrazione della «incolpevole mancata conoscenza della celebrazione del processo».

3.1. Quest'ultimo tema è stato approfondito – e ulteriormente precisato – nella sentenza delle Sezioni Unite n. 23948 del 28/11/2019, dep.2020, Ismail, Rv. 279420. In un passaggio della motivazione (pag. 17 e 18), questa sentenza sottolinea che le difficoltà di lettura delle previsioni in materia di assenza derivano spesso dai diversi presupposti da cui si parte nell'interpretarle: se si parte dal presupposto della discontinuità del nuovo sistema rispetto a quello precedente (che valorizzava principalmente la regolarità formale delle notifiche), si potrà procedere in assenza «soltanto nel caso di prova della piena consapevolezza dell'imputato» della data, del luogo del processo e del contenuto delle accuse; se invece «si parte dal ricercare una continuità rispetto alla tradizione del sistema legale delle notifiche» e alla disciplina della restituzione nel termine che precedeva la riforma del 2005, allora si può pensare che il legislatore abbia introdotto presunzioni di conoscenza della celebrazione del processo. Solo la prima prospettiva però – osserva la sentenza – è conforme alle «affermazioni sostanzialmente semplici della Corte EDU nelle decisioni che riguardano il nostro ordinamento», affermazioni secondo le quali la consapevolezza da parte dell'imputato dell'accusa formulata a suo carico, oltre che della data e del luogo del processo, deve essere valutata in concreto e non può essere fondata su presunzioni legali.

Partendo da queste premesse, la sentenza Ismail chiarisce che quelli previsti dall'art. 420 *bis*, comma 2, cod. proc. pen. sono semplici «indici di conoscenza» che devono essere «interpretati secondo la loro funzione»: quella di individuare situazioni che, per le concrete «modalità con cui si sono realizzate», pur in presenza di una notifica che non sia stata effettuata «a mani proprie»,

consentono di ritenere che l'imputato abbia avuto effettiva conoscenza del processo (pagg. 23-25 della motivazione).

Secondo la rigorosa lettura fornita dalla sentenza in esame «il fondamento del sistema è che la parte sia personalmente informata del contenuto dell'accusa e del giorno e luogo dell'udienza». Il processo in assenza, quindi, è ammesso solo quando l'imputato ne abbia avuto effettiva conoscenza. Una «effettività» che deve essere valutata in concreto e può essere ritenuta esistente, oltre che quando la notifica è avvenuta a mani, anche in presenza di alcune situazioni concrete dalle quali si può desumere, con ragionevole certezza, che tale conoscenza c'è stata. A queste situazioni è equiparata la volontaria sottrazione alla conoscenza del procedimento (o di singoli atti del procedimento), ma anch'essa deve essere valutata in concreto, attraverso un rigoroso accertamento in fatto della condotta posta in essere e dell'elemento psicologico che la sorregge, non essendo possibile equiparare la volontarietà alla «mancata diligenza» (pag. 28 della motivazione).

Muovendo da questo schema argomentativo, la sentenza Ismail supera e rafforza i principi contenuti nella sentenza Innaro, qualifica infatti le situazioni tipizzate dall'art. 420 *bis*, comma 2, cod. proc. pen. come meri indici della conoscenza della celebrazione del processo e sottolinea che l'idoneità di quegli indici deve essere valutata in concreto e in termini di effettività. L'elezione di domicilio, quindi, deve essere «seria» e reale, dovendo essere apprezzabile un rapporto tra il soggetto, ed il luogo presso il quale dovrebbero essere indirizzati gli atti». Che così debba essere – osserva la sentenza – risulta dalla scelta legislativa (intervenuta con legge 23 giugno 2017 n. 103) di introdurre il comma 4 *bis* dell'art. 162 cod. proc. pen. in base al quale «l'elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio non ha effetto se l'autorità che procede non riceve, unitamente alla dichiarazione di elezione, l'assenso del difensore domiciliatario». Con questa disposizione, infatti, il legislatore ha «inteso ridurre al minimo un tipico ambito di possibili elezioni di domicilio "disattente"». Non è certo questa – prosegue la sentenza – l'unica possibilità di indicazione di un domicilio di fatto inidoneo e tuttavia è evidente che, con l'art. 162 comma 4 *bis* cod. proc. pen., il legislatore ha «inteso disciplinare un caso tipico, frequente nell'ambito dei rapporti con stranieri più o meno precari presenti o in transito in Italia, in cui in modo magari frettoloso, si è voluto risolvere il problema della notifica degli atti successivi accettando una indicazione *prima facie* poco consapevole» (pag. 22 e 23 della motivazione).

4. Le premesse interpretative sopra indicate sono, in larga misura, imposte dalla consolidata giurisprudenza della Corte EDU (si veda, per tutte, Corte Edu,

GC, 01/03/2006, Sejdivic c. Italia), ma lo sono anche dall'evoluzione del quadro normativo.

Rileva in tal senso la Direttiva 2016/343 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 9 marzo 2016 «sul rafforzamento [...] del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali» in base alla quale il processo in assenza è consentito «qualora l'indagato o imputato sia stato informato in tempo utile del processo e delle conseguenze della mancata comparizione», ma «il fatto che l'indagato o imputato sia informato del processo, dovrebbe essere inteso nel senso che l'interessato è citato personalmente o è informato ufficialmente con altri mezzi della data e del luogo fissati per il processo» (considerando n. 36). L'art. 8, paragrafo 2, di questa direttiva stabilisce, infatti, che un processo possa svolgersi in assenza a condizione che «l'indagato o imputato sia stato informato in un tempo adeguato del processo e delle conseguenze della mancata comparizione» e l'art. 9 stabilisce che «laddove gli indagati o imputati non siano stati presenti al processo e non siano state soddisfatte le condizioni di cui all'articolo 8, paragrafo 2» debba essere riconosciuto in modo incondizionato «il diritto a un nuovo processo o a un altro mezzo di ricorso giurisdizionale, che consenta di riesaminare il merito della causa, incluso l'esame di nuove prove».

Anche la Corte costituzionale, del resto, chiamata a valutare la legittimità costituzionale degli artt. 161 e 163 cod. proc. pen. «nella parte in cui non prevedono la notifica personale dell'atto introduttivo del giudizio penale, quantomeno nell'ipotesi di elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio», ha ritenuto che sarebbe stato necessario, al fine di valutare la rilevanza della questione, accertare se tra il legale domiciliatario e l'imputato era sorto un effettivo rapporto professionale e, quindi, se si erano «realizzate le condizioni da cui dedurre l'esistenza di un rapporto di informazione tra il legale, benché nominato di ufficio, e l'assistito». Ha sottolineato, quindi, che un tale rapporto era necessario per verificare se «gli imputati fossero effettivamente venuti a conoscenza della *vocatio in iudicium*» o invece, pur in presenza di notifiche regolari, non avessero alcuna consapevolezza dell'inizio del processo a loro carico (cfr. Corte cost. sent. n. 31/2017).

5. Così tratteggiato il quadro normativo e giurisprudenziale all'interno del quale ci si deve muovere per risolvere le questioni oggetto del presente ricorso, si deve subito osservare che, nel caso in esame, la notifica del decreto di citazione al giudizio di fronte al Tribunale è stata eseguita presso il difensore di ufficio ai sensi dell'art. 161, comma 4, cod. proc. pen. nel testo all'epoca vigente e, su questa base, il Tribunale ha ritenuto di procedere in assenza. La Corte di appello ha condiviso tale decisione e ha sostenuto che l'imputato ebbe effettiva

conoscenza del processo di primo grado, oltre che sulla base dell'indice di conoscenza costituito dall'elezione di domicilio, anche in ragione del "comportamento processuale" del suo difensore che non eccepì la mancata conoscenza della celebrazione del processo e chiese più di un rinvio per chiedere riti alternativi.

La sentenza impugnata sembra sostenere che, quando la notifica avviene presso il difensore d'ufficio, questi ha l'onere di riferire al giudice se abbia instaurato contatti con l'imputato e abbia potuto informarlo della celebrazione del processo e sia tenuto a segnalare che ciò non è avvenuto chiedendo che non si proceda in assenza oppure chiedendo la revoca dell'ordinanza emessa ai sensi dell'art. 420 *bis* cod. proc. pen. Si tratta di una tesi priva di pregio. La verifica delle condizioni che consentono di procedere in assenza, infatti, deve essere compiuta d'ufficio dal giudice sulla base di quanto emerge dagli atti. Ciò è reso evidente dalla disposizione contenuta nel comma 5, secondo la quale il giudice deve revocare l'ordinanza dichiarativa di assenza «se risulta che il procedimento, per l'assenza dell'imputato, doveva essere sospeso» ai sensi dell'art. 420 *quater* cod. proc. pen. senza che sia necessaria a tal fine un'istanza di parte.

A ciò deve aggiungersi che – a differenza di quanto la sentenza impugnata sembra ritenere – non è possibile pretendere che il difensore "attesti" di non aver avuto contatti col proprio assistito né – tanto meno – è possibile desumere da tale mancata attestazione che quei contatti vi siano stati e l'imputato sia stato informato della celebrazione del processo. A questo proposito, basta ricordare che, ai sensi dell'art. 13 del Codice Deontologico Forense, «l'avvocato è tenuto, nell'interesse del cliente e della parte assistita, alla rigorosa osservanza del segreto professionale e al massimo riserbo su fatti e circostanze in qualsiasi modo apprese nell'attività di rappresentanza e assistenza in giudizio, nonché nello svolgimento dell'attività di consulenza legale e di assistenza stragiudiziale e comunque per ragioni professionali».

6. È ugualmente priva di pregio l'affermazione, contenuta nella sentenza impugnata, secondo la quale essendo stato informato del processo di appello, e non avendo formulato in questa sede istanze di rinnovazione istruttoria, l'imputato non avrebbe ragione di dolersi della dedotta mancata conoscenza della celebrazione del processo di primo grado. Basta rilevare in proposito che ai sensi dell'art. 604, comma 5 *bis*, cod. proc. pen. (nel testo vigente all'epoca dei fatti), se in primo grado si è proceduto in assenza e vi è la prova che ciò è avvenuto fuori dei casi consentiti, il giudice di appello deve «dichiarare la nullità della sentenza» e disporre «la trasmissione degli atti al giudice di primo grado».



L'art. 604 parlava (e parla) espressamente di nullità della sentenza. Questa nullità consegue al mancato rispetto delle norme che disciplinano la procedibilità in assenza: riguarda quindi l'intervento dell'imputato ed è una nullità di ordine generale ex art. 178 lett. c) cod. proc. pen. La nullità non deriva, però, dall'omessa citazione a giudizio (se si può valutare la procedibilità in assenza la citazione a giudizio non può essere stata omessa). Non si tratta quindi di una nullità assoluta ex art. 179 cod. proc. pen., bensì di una nullità a regime intermedio, soggetta alla disciplina dell'art. 180 cod. proc. pen. Poiché si è verificata nel giudizio, la nullità può certamente essere dedotta, come è avvenuto nel caso di specie, con l'impugnazione della sentenza di primo grado.

L'interesse all'osservanza della disposizione violata è evidente atteso che, se avesse accolto l'eccezione, la Corte di appello avrebbe dovuto restituire gli atti al giudice di primo grado e si sarebbe dovuto nuovamente celebrare il processo. Inoltre, avrebbe trovato applicazione l'art. 489, comma 2, cod. proc. pen. e l'imputato sarebbe stato rimesso nel termine per «formulare le richieste di cui agli articoli 438 e 444».

7. Dalla sentenza impugnata risulta: che, nel caso di specie l'avv. Martino era difensore d'ufficio, oltre che di Esposito, di altri imputati; che i rinvii finalizzati alla richiesta di riti alternativi furono chiesti per tutti; che il difensore d'ufficio riuscì ad avere contatti con altri imputati, per i quali chiese riti alternativi, ma dichiarò di non aver avuto contatti con Esposito e perciò riferì che, per questo imputato, si sarebbe dovuto procedere «nelle forme ordinarie». La Corte di appello ha interpretato tale dichiarazione come indice della instaurazione di un rapporto professionale tra il difensore e l'imputato. Ha sostenuto, infatti, che il difensore d'ufficio non denunciò la mancanza di contatti con il cliente al fine di chiedere la sospensione del processo, ma solo per segnalare che non poteva chiedere riti alternativi perché non aveva ricevuto procura speciale in tal senso.

La motivazione muove dall'errata premessa secondo la quale la revoca dell'ordinanza dichiarativa di assenza deve essere chiesta dal difensore. Come già chiarito, invece, è obbligo del giudice verificare che sussistano le condizioni per procedere in assenza non solo al momento della verifica della regolare costituzione delle parti, ma anche dopo. Il testo dell'art. 420 *bis* cod. proc. pen. vigente all'epoca dei fatti è inequivoco in tal senso perché stabilisce, al comma 5, che il giudice deve revocare l'ordinanza con la quale ha disposto di procedere in assenza «se risulta che il procedimento, per l'assenza dell'imputato, doveva essere sospeso» ai sensi dell'art. 420 *quater* cod. proc. pen.

7.1. Secondo la Corte di appello, la circostanza che il difensore d'ufficio abbia prodotto una sentenza definitiva emessa a carico di Esposito e abbia preannunciato una richiesta di riti alternativi subordinata al riconoscimento del vincolo della continuazione tra i fatti oggetto del presente giudizio e quelli per i quali era intervenuta condanna, sarebbe indice della effettività del rapporto professionale instauratosi tra l'imputato e il suo avvocato. L'affermazione è illogica: quale difensore d'ufficio, infatti, l'avv. Martino aveva accesso agli atti, poteva esaminare il certificato del casellario giudiziale dell'imputato e ben poteva acquisire copia di una sentenza definitiva per valutare se chiedere la continuazione tra il reato oggetto di quella sentenza e quelli dei quali Esposito era imputato. La circostanza che il difensore d'ufficio abbia prodotto al Tribunale una copia di quella sentenza, dunque, non dimostra che, nel corso del giudizio di primo grado, il difensore abbia instaurato rapporti con l'imputato e abbia potuto informarlo della celebrazione del processo.

7.2. Altrettanto illogica è l'affermazione secondo la quale l'imputato indicò agli operanti un indirizzo diverso da quello di residenza e a quell'indirizzo non si fece «volontariamente trovare». Si tratta, infatti, di una affermazione apodittica, fondata sull'assunto, indimostrato, che l'imputato si sia allontanato dal domicilio eletto e lo abbia fatto allo scopo di non essere rintracciato.

8. Si è già chiarito che, secondo la rigorosa lettura fornita dalla sentenza n. 23948 del 28/11/2019, Ismail, il fondamento della disciplina del processo in assenza è rappresentato dal principio per cui il giudizio può svolgersi solo se la parte è personalmente informata del contenuto dell'accusa e del giorno e luogo dell'udienza. Il processo in assenza, quindi, è ammesso solo quando l'imputato ne abbia avuto effettiva conoscenza. Una «effettività» che deve essere valutata in concreto e può essere ritenuta, oltre che quando la notifica è avvenuta a mani, anche in presenza di alcune situazioni concrete dalle quali si può desumere, con ragionevole certezza, che tale conoscenza c'è stata. Anche se le Sezioni unite erano state chiamate a pronunciarsi in un caso in cui l'elezione di domicilio era avvenuta presso il difensore d'ufficio, i principi affermati nella sentenza in esame hanno carattere più generale. Quella sentenza ha ricordato, infatti, che in applicazione dei principi indicati dalla Corte EDU, la consapevolezza da parte dell'imputato dell'accusa formulata a suo carico (oltre che della data e del luogo del processo) deve essere valutata in concreto tanto più quando le notifiche siano avvenute presso il difensore d'ufficio.

Nel compiere tale valutazione – e nel decidere se vi fosse stata colpa da parte di Esposito nel non essersi messo in contatto col difensore – la Corte di appello non avrebbe dovuto ignorare: che l'elezione di domicilio fu richiesta dalla

polizia giudiziaria, quando il nome di Esposito non era stato neppure iscritto nel registro di notizie di reato (egli fu «reso edotto» che nei suoi confronti erano «svolte indagini» per i reati di cui agli artt. 648 cod. pen e 4 legge 110/75); che Esposito non risulta aver avuto notizia della effettiva iscrizione di un procedimento a suo carico; che non è noto se egli abbia cambiato il luogo di dimora e le notifiche furono eseguite presso il difensore solo perché egli non fu rintracciato all'indirizzo. Nel caso in esame, dunque, il profilo di colpa ritenuto sussistente (non aver preso contatti col difensore d'ufficio) non è dissimile da quello esaminato dalla sentenza Ismail e anche in questo caso, in assenza di indici rivelatori della effettiva conoscenza della celebrazione del processo e della instaurazione di un rapporto professionale col difensore d'ufficio, l'elezione di domicilio (ancorché avvenuta presso una abitazione) non consentiva di procedere in assenza.

9. Per quanto esposto, il ricorso è fondato. Ne consegue, ai sensi dell'art. 623, comma 1, lett. b) cod. proc. pen., l'annullamento con rinvio della sentenza impugnata e della sentenza di primo grado e la trasmissione degli atti, per nuovo giudizio, al Tribunale di Modena, che dovrà valutare l'eventuale sussistenza di cause di improcedibilità ex art. 129 cod. proc. pen.

P.Q.M.

Annulla con rinvio la sentenza impugnata e quella di primo grado disponendo la trasmissione degli atti al Tribunale di Modena per l'ulteriore corso.

Così deciso il 15 novembre 2023

Il Consigliere  estensore

Il Presidente