

PARTECIPAZIONE AL PROCESSO E CONTRADDITTORIO

di Serena Quattrocolo

(Professore ordinario di Diritto processuale penale
presso l'Università del Piemonte Orientale "A. Avogadro")*

SOMMARIO: 1. Delimitazione del campo: i diritti partecipativi dell'imputato – 2. Trentacinque anni di giurisprudenza europea – 3. Primo profilo: la presenza fisica – 4. Secondo profilo: i due canoni di convenzionalità del giudizio *in absentia* – 5. Terzo profilo: i rimedi – 6. Il riflesso di questa giurisprudenza nella parabola normativa italiana – 7. Recenti orientamenti europei.

1. Anche il quinto capitolo¹ del volume *Processo e garanzie della persona II*, riletto oggi, si presenta come una panoramica amplissima su numerosi macro-temi, ciascuno dei quali, oggi, andrebbe trattato singolarmente e monograficamente.

Ciò si deve principalmente all'abilità dell'Autore nell'offrire sempre spunti per una lettura di insieme dei fenomeni processuali: mai parcellizzazione dello sguardo su un solo – o su singoli – istituto(i), ma capacità di leggere i flussi processuali, di analizzare le 'perturbazioni' tra istituti.

Oltre a questo evidente merito di Mario Chiavario, le ragioni della suddetta sensazione vanno, altrettanto oggettivamente, ricercate nell'esponentiale sviluppo della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, nei 35 anni che sono decorsi da quando l'ultima edizione di *Processo e garanzie della persona* è stata pubblicata.

Ognuno dei temi ripresi in questo convegno ha fatto segnare, nell'arco di tempo intercorso dall'uscita della terza edizione del suddetto volume, un progressivo affinamento nell'elaborazione di principi, ma anche di vere e proprie regole processuali, grazie al mirabile sistema convenzionale. Ciò vale anche in relazione al tema dei diritti partecipativi e del contraddittorio. Sono l'attuale *forma mentis* e il moderno vocabolario del processual-penalista a dimostrare che *partecipazione* e

* Intervento con *discussant* Prof. Renzo Orlandi.

¹ M. Chiavario, *Partecipazione al processo e contraddittorio*, in Id., *Processo e garanzie della persona*, II, 3 ed., Giuffrè, Milano 1984, 171 ss.

contraddittorio sono stati i protagonisti di questa stagione, che coincide, del resto, in gran parte, con i trent'anni di vigenza del nuovo codice di procedura penale italiano.

Quali, tra i molti profili sviluppati nel capitolo V di *Processo e Garanzie della Persona II*, possono rappresentare meglio l'evoluzione registrata in questo arco temporale? In quale ambito l'elaborazione interpretativa della Corte di Strasburgo ha offerto lo spunto maggiormente fruttuoso, per l'evoluzione normativa nei singoli Stati parte o, quantomeno, in Italia? Questa è stata la domanda che mi sono posta, quando questo progetto è nato.

Non è, dunque, solo per maggior familiarità con il tema, che la mia prima idea è stata quella di ripercorre il filo della giurisprudenza relativa ai procedimenti *in absentia*, che si è dipanato nella c.d. 'grande Europa', a partire dalla metà degli anni Ottanta del secolo scorso, anni cruciali ai nostri fini, sia per la pubblicazione, appunto, della terza ed ultima edizione di *Processo e garanzie della persona II* (1984), sia per l'emanazione dalla sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Colozza c. Italia* (1985). E', infatti, proprio in questo arco temporale che, grazie alla feconda giurisprudenza di Strasburgo, il tema del diritto di partecipazione delle parti al processo - e, in particolare, dell'imputato - ha finalmente assunto un valore prodromico a ogni altro discorso sul contraddittorio.

2. Quando l'Autore, nell'*incipit* del capitolo V del volume *Processo e garanzie della persona II*, scriveva «si configura, quindi, un'esigenza che non è soltanto di presenza, ma di possibilità di partecipazione attiva, che, collegandosi con la richiamata esigenza di parità delle armi, trova il suo più pieno sviluppo nel contraddittorio tra le parti»², la Corte europea dei diritti dell'uomo non si era ancora pronunciata sull'*affaire Colozza*, deciso, al tempo, solo dalla Commissione³. La successiva sentenza⁴ avrebbe poi rivestito un ruolo essenziale nella costruzione di quello che oggi chiamiamo lo 'statuto convenzionale del procedimento *in absentia*', stilato dalla Corte non soltanto in relazione a casi italiani. Eppure, nelle pagine da cui prende spunto questa breve riflessione, emerge compiutamente l'interazione, essenziale, tra il diritto a essere presenti e a partecipare al processo e tutto il ricco compendio di garanzie che si dipanano nei diversi paragrafi dell'art. 6 Cedu.

Non è superfluo, oggi, ricordare che il diritto dell'imputato alla presenza nel proprio processo non è contemplato nel catalogo delle garanzie processuali dell'art. 6 Cedu, così come assai di rado è contemplato, espressamente, nelle Costituzioni dei

² Ibidem, 172.

³ Decisione della Commissione sulla ricevibilità dei ricorsi proposti da *Colozza e Rubinat c. Italia*, 9.7.1982, in www.echr.coe.int. V. M. Chiavario, *Partecipazione e contraddittorio*, cit., 209.

⁴ Corte europea dei diritti dell'uomo (d'ora in poi, C. eur.), 12.2.1985, *Colozza c. Italia*, in www.echr.coe.int

Paesi europei,⁵ essendo tuttavia presente nell'art. 14§3 lett. d ICCPR⁶, che pur condivide con la Convenzione europea il processo genetico. Non è superfluo, tale richiamo perché, nonostante l'univoca lettura offerta dalla Corte europea dell'art. 6§1 e della natura intrinseca e prodromica della garanzia partecipativa all'intera architettura dei diritti sancita dal paragrafo 3 del medesimo articolo (enunciata proprio nel paragrafo 27 della ricordata sentenza Colozza c. Italia), la sovrapposizione tra rappresentanza del difensore e partecipazione personale dell'imputato continua ad essere una questione non del tutto superata, in alcuni ordinamenti del Consiglio d'Europa⁷, ove il procedimento non è considerato contumaciale, ma pienamente contraddittorio, quando l'imputato sia comunque rappresentato in giudizio dal difensore.

Nonostante questo dato – che denuncia un perdurante atteggiamento punitivo⁸ verso il contumace – è impossibile negare l'ampiezza dell'impatto che la giurisprudenza europea ha prodotto nella cultura giuridica e nella legislazione degli Stati parte, sviluppando il concetto di 'diritto ad essere presenti al proprio processo', principalmente attraverso tre capisaldi, tre tracce che emergono ben evidenti dalla giurisprudenza ultratrentennale in materia e che costituiranno lo snodo di questa breve riflessione.

3. La prima traccia da seguire, dunque, è quella della dimensione fisica della presenza, che, taciuta dai compilatori della Convenzione, permea, tuttavia, l'intera teoria delle garanzie partecipative più dettagliatamente enunciate nell'art. 6 Cedu. Nei §§ 1 e 3, letti congiuntamente, emerge l'essenzialità della presenza fisica, non come condizione necessaria della giurisdizione, ma come diritto soggettivo dell'imputato. Diritto, innanzitutto, a svolgere un ruolo cruciale nella ricostruzione dei fatti che gli sono addebitati, ossia nel *fact-finding* e nell'accertamento dei possibili motivi dell'agire⁹, ma anche in relazione alle numerose valutazioni della personalità o della pericolosità del soggetto che si inseriscono nei vari snodi processuali¹⁰. Dal basilare

⁵ S. Quattrocchio, *Participatory Rights in Comparative Criminal Justice. Similarities and Divergences within the Framework of the European Law*, in S. Quattrocchio, S. Ruggeri, *Personal Participation in Criminal Proceedings*, Springer, Cham, 2019, p. 453.

⁶ M. Chiavario, *sub art. 6 Cedu*, in S. Bartole, B. Conforti, G. Raimondi, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, Padova, 2001, 234.

⁷ V., ad es., il Lussemburgo: V. Covolo, *Report on Luxembourg*, in S. Quattrocchio, S. Ruggeri, *Personal Participation in Criminal Proceedings*, cit., p. 283

⁸ E' noto come, storicamente, l'atteggiamento verso il contumace sia stato caratterizzato da riprovazione, come testimoniato dalle più comuni ricostruzioni sull'etimologia del termine stesso, talvolta ricondotto al verbo *contemnere*, talaltra al verbo *tumere*: v. N. Nicolini, *Della procedura penale nel Regno delle Due Sicilie*, pt. 3, T. III, Napoli 1831, 32, nt. 1.

⁹ C. eur., 21.9.1993, Kremzow c. Austria, §§ 62, 67.

¹⁰ M. Chiavario, *sub art. 6*, cit., 234.

diritto di essere presente discende una serie di garanzie che rendono concreto e personale il contributo che l'imputato può dare non solo all'attività accertativa, ma anche a quella decisoria, influenzando il verdetto del giudice. Ne discende, però, il riconoscimento di spazi che riducono il diritto partecipativo dell'imputato alle udienze nelle quali siano in discussione soltanto questioni di diritto, come, ad esempio, quelle dei procedimenti di impugnazione. Senza potersi soffermare più approfonditamente su questo profilo, è necessario sottolineare come esso sia strettamente correlato alla struttura del sistema delle impugnazioni di ciascun ordinamento, come emerge, ad esempio, dalla pronuncia C. eur. Döry c. Svezia¹¹. E' stato sottolineato che, per quanto la Corte di Strasburgo prenda in considerazione le specificità del singolo sistema giudiziario, il crisma di convenzionalità offerto a taluni procedimenti di impugnazione in diritto, che escludono la presenza dell'imputato, finisce per ammettere un effetto negativo sulla posizione di quest'ultimo, che non è necessariamente protetto dal rischio di *reformatio in peius*¹² e, dunque, può veder aggravata la sua posizione a seguito di un'udienza cui non ha avuto diritto di partecipare.

Diverso è, naturalmente, il quadro che si configura quando, invece, i diritti partecipativi dell'imputato siano espressamente riconosciuti. L'articolato congegno di garanzie che discende dalla presenza fisica in giudizio rappresenta certo un diritto cui l'imputato può accedere attraverso la propria partecipazione personale, ma, allo stesso modo, tale congegno, come tutto il catalogo dell'art. 6, può essere legittimamente oggetto di rinuncia, esplicita o implicita – ma certamente inequivoca, v. *infra* – da parte dell'imputato, che può scegliere di non avvalersene, come ben sottolineato proprio nel Capitolo V di Processo e garanzie della persona II¹³.

E' nella sentenza Poitrimol c. Francia¹⁴, infatti, che la Corte esprimerà, nel modo forse più efficace, un assioma certo non banale, ovvero la potenziale compatibilità convenzionale di un processo senza imputo, alla duplice condizione che ciò avvenga – sulla base di un'adeguata informazione - per scelta consapevole di quest'ultimo e che sia certamente previsto un rimedio pienamente reintegratorio, almeno laddove l'assenza non risulti consapevole¹⁵. In tale passaggio emerge evidentemente una lettura del diritto di essere presenti al proprio giudizio indipendente da qualsiasi obbligo partecipativo dell'imputato, in un'ottica non certo universale, data la tradizionale

¹¹ C. eur., 11.11.2002, Döry c. Svezia.

¹² S. Ruggeri, Personal participation in criminal proceedings, in absentia trials and inaudito reo procedures. Solution models and deficiencies in ECtHR case-law, in S. Quattrocchio, S. Ruggeri, Personal Participation in Criminal Proceedings, cit., 585.

¹³ M. Chiavario, *Partecipazione e contraddittorio*, cit., 206 s.

¹⁴ C. eur., 23.11.1993, Poitrimol c. Francia.

¹⁵ Si può discutere se tale diritto possa essere rivendicato anche quando la rinuncia sia consapevole, osserva C. eur., in Poitrimol c. Francia, cit., § 31.

equazione, riconosciuta in numerosi ordinamenti, tra assenza di quest'ultimo e violazione di un interesse collettivo¹⁶.

L'Italia, nonostante il silenzio della sua Costituzione, ha sempre delineato proprio un esempio evidente di emancipazione del diritto soggettivo della partecipazione dell'imputato da un obbligo oggettivo di presenza. Pur riflettendo, in questo senso, l'orientamento convenzionale espresso dalla Corte europea, l'ordinamento italiano, com'è noto, non ha potuto sottrarsi a una lunga serie di censure per violazione proprio dei diritti partecipativi dell'imputato... Una scia che, partendo dall'*affaire* Colozza e passando per i casi Brozicek, FCB, T.¹⁷ e poi Kwiatkowska, Osu, Somogy, R.R., Sejdovic¹⁸, ed ancora, Hu, Ayi Ali, Zunic e Pititto¹⁹ – per ricordare i più importanti – ha attraversato tutta la stagione successiva alla pubblicazione di *Processo e garanzie della persona II*. Già nella vigenza del codice del 1930, infatti, riconoscendo nella scelta sulla partecipazione una legittima strategia difensiva, la contumacia italiana – intrecciandosi con gli attigui istituti della assenza, irreperibilità e latitanza²⁰ – offriva il destro, più di altre legislazioni, al considerevole sforzo interpretativo della Corte europea, dal quale sarebbe poi emerso, appunto, un secondo profilo, una seconda traccia da seguire, ovvero quello dello 'statuto di convenzionalità' del processo *in absentia*.

4. Si dipana, infatti, attraverso i decenni di giurisprudenza della Corte europea, l'elaborazione dei due criteri che rappresentano le indefettibili condizioni affinché il processo penale contumaciale sia compatibile con la Convenzione: l'impegno degli organi giudiziari nel portare a conoscenza dell'imputato il processo a suo carico e l'inequivocabile e consapevole rinuncia da parte di quest'ultimo ad essere presente,

¹⁶ G. Ubertis, *Il dibattimento senza imputato nella prospettiva internazionale*, in *LP* 2004, 765, riassume efficacemente le soluzioni generalmente adottate a livello internazionale a fronte dell'assenza dell'imputato, distinguendole tra ipotesi di sospensione automatica del procedimento e sanzioni dirette o indirette, che considerano tale assenza un vero e proprio illecito penale, oppure, comunque, un elemento *contra reum*, da utilizzare in sede di giudizio.

¹⁷ C. eur. 19.12.1989, Brozicek c. Italia; C. eur. 28.8.1991, F.C.B. c. Italia; C. eur., 12.10.1992, T. c. Italia, riferiti a procedimenti svoltisi con il rito del 1930.

¹⁸ C. eur., 30.11.2000, Kwiatkowska c. Italia; C. eur. 11.7.2002, Osu c. Italia (procedimento penale svoltosi con le regole del c.p.p. 1930, ma ricorso originato dal rigetto della restituzione nel termine per impugnare, avanzata *sub* art. 175 c.p.p. 1988); C. eur. 18.5.2004, Somogyi c. Italia; C. eur., 10.11.2004, Sejdovic c. Italia, poi in parte confermata da Gr. Ch., 1.3.2006, Sejdovic c. Italia; C. eur., 9.6.2005, R.R. c. Italia.

¹⁹ Decisioni successive alla l. 60/2005, ma originate da ricorsi susseguenti all'applicazione dell'art. 175 c.p.p.1988, prima della riforma: C. eur., 28.6.2006, Hu c. Italia; C. eur., 14.12.2006, Ayi Ali c. Italia; C. eur., 21.12.2006, Zunic c. Italia; C. eur., 12.6.2007, Pititto c. Italia.

²⁰ Volendo, sul punto, S. Quattrocchio, *Contumacia* (dir. princ. Pen.), *Enc. dir., Annali*, II, t. 1. Giuffrè, Milano, 2008, 140 s.

come recentemente la Corte europea ha ricordato nel caso MTB c. Turchia²¹. Si tratta di due canoni che i giudici di Strasburgo hanno saputo elaborare, progressivamente, nel corso degli anni, prendendo spunto dai casi nazionali loro sottoposti, non di rado italiani, come ricordato nel paragrafo precedente.

Nonostante l'eterogeneità degli ordinamenti scrutinati e la frequenza delle doglianze riferite ai diritti partecipativi, la giurisprudenza relativa sembra essere rimasta, nel tempo, tendenzialmente coerente, trovando a tutt'oggi, nella pronuncia della Grand Chambre sull'*affaire* Sejdovic c. Italia il suo *leading case*, come emerge dall'efficace 'riassunto' del quadro giurisprudenziale, a partire dal 1985 (anno di deposito della sentenza Colozza), fino al 2015, offerto dalla pronuncia Sanader c. Croazia²².

Attorno al primo profilo, è costante l'orientamento della Corte nel porre in capo, rispettivamente, ai legislatori, agli uffici giudiziari e agli organi delle notificazioni, il dovere di garantire efficaci canali di conoscenza della *vocatio in ius*. A partire già dalla sentenza Colozza c. Italia²³, emerge la necessità che - al di là dell'eventuale obbligo normativo degli individui di comunicare ufficialmente alle autorità i mutamenti di residenza e/o domicilio - l'ordinamento soddisfi un livello minimo di efficienza nel concreto reperimento dell'imputato, il quale potrebbe anche essere detenuto, magari all'estero²⁴. Deficit normativi, cortocircuiti organizzativi, specifiche *impasses* eccezionali ammontano a voci di responsabilità dello Stato resistente, laddove le sue autorità abbiano semplicemente 'presunto' la conoscenza dell'atto introduttivo del giudizio, senza averne accertata l'effettività. Senza teorizzare la necessità, indefettibile, di una notifica *brevi manu*, la Corte riconosce agli Stati spazi di manovra per organizzare le notificazioni e le ricerche dell'irreperibile (o latitante), ma entro il limite invalicabile dell'effettiva fruibilità del diritto convenzionale da parte del suo titolare.

Senza soluzione di continuità, su questo primo profilo, ovvero la effettiva conoscenza del procedimento, se ne innesta un secondo, che presuppone, da parte dell'imputato, una consapevole scelta strategica di possibile rinuncia ai propri diritti partecipativi. La chiave di volta di questo canone è e rimane la 'dottrina Poitrimol' sopra ricordata - che sancisce la possibile legittimità convenzionale del giudizio *in absentia* - attraverso la quale si è dipanata, nella giurisprudenza successiva, l'abitudine della Corte a verificare in concreto, caso per caso, gli elementi della effettiva

²¹ C. eur., 12.6.2018, MTB c. Turchia

²² C. eur. 12.2.2015, Sanader c. Croazia, § 67-74.

²³ Colozza c. Italia, cit., § 28, ove si accerta che «*it is difficult to reconcile the situation found by the Court with the diligence which the Contracting States must exercise in order to ensure that the rights guaranteed by Article 6 (art. 6) are enjoyed in an effective manner*».

²⁴ Come nel caso F.C.B. c. Italia, cit., § 33. Vedi già, sul punto, M. Chiavario, *Partecipazione e contraddittorio*, cit., 207.

consapevolezza dell'imputato rispetto alla propria scelta astensionistica. A prescindere da un'esplicita rinuncia, atteggiamenti e altre espressioni della volontà possono valere a rendere convenzionalmente legittimo il procedimento *in absentia*, quando la scelta dell'interessato appaia consapevole e incontrovertibile. In tale ottica, l'assenza dell'imputato, regolata nel nuovo codice di procedura penale italiano, tra il 2000 e il 2014, dall'art. 420-*quinquies* c.p.p., si presentava come una trasposizione ideale dell'approccio della Corte europea, volto a riscontrare un atteggiamento incontrovertibile della volontà rinunciataria dell'imputato: fugando ogni dubbio sull'effettiva conoscenza dell'atto introduttivo del processo, la formula che contemplava la richiesta o il consenso a procedere in assenza oppure il rifiuto dell'imputato detenuto di partecipare, delineavano una situazione chiara, ai fini dell'accertamento convenzionale. La medesima situazione è oggi enunciata nel primo comma dell'art. 420-*bis* c.p.p., quale prima ipotesi che legittima il procedere in assenza dell'imputato, accompagnata, com'è noto, da una serie di altri casi decisamente meno chiari e incontrovertibili di presunta conoscenza del processo da parte dell'imputato.

Naturalmente, però, è proprio fuori dalle situazioni incontrovertibili che sorgono i maggiori rischi di violazione del dettato convenzionale e sono moltissimi i casi, anche italiani, nei quali i giudici di Strasburgo hanno dovuto registrare, invece, l'insussistenza del secondo parametro d'indagine e, dunque, accertare il presupposto di un'eventuale violazione dell'art. 6 §§ 1 e 3 Cedu. Come anticipato, l'elemento più sensibile è rimasto, nel corso del tempo, l'inferenza di una consapevole rinuncia da una condizione di irreperibilità o latitanza, che rappresenta - a partire dalla sentenza Colozza, per finire con il *leading case* della Grande Chambre, Sejdovic, ripreso anche nel recente caso MTB c. Turchia²⁵ - il punto di maggiore 'penetrazione' della giurisprudenza della Corte negli ordinamenti interni, laddove si nega la legittimità di due situazioni: non sono compatibili con l'art. 6 Cedu né la presunzione di conoscenza del processo da parte del latitante, non qualificata da elementi oggettivi, né la collocazione sull'imputato non comparso dell'onere di provare l'assenza di volontà di sottrarsi al giudizio e, dunque, la forza maggiore che ha impedito la costituzione nel processo²⁶.

5. La terza traccia che si reperisce nella giurisprudenza europea, poi, è quella relativa ai rimedi da attuare qualora emerga che le due predette condizioni non sono state in concreto rispettate. Si tratta, come risulta chiaramente, di un 'test trifasico' che

²⁵ C. eur., MTB c. Turchia, cit., § 54.

²⁶ C. eur., Gr. Ch., Sejdovic c. Italia, cit., § 87, 88: «*it could not be inferred merely from his status as a "fugitive" (latitante), which was founded on a presumption with an insufficient factual basis, that he had waived his right to appear at the trial and defend himself*»; «*a person charged with a criminal offence must not be left with the burden of proving that he was not seeking to evade justice or that his absence was due to force majeure*».

la Corte europea applica costantemente quando è chiamata a pronunciarsi su doglianze relative ai diritti partecipativi dell'imputato. Nella sintesi di questi tre fattori si riassume l'approccio dei giudici di Strasburgo verso il complesso tema della conoscenza, effettiva o presunta, degli atti introduttivi del processo, che sottende profili legati, più che all'impostazione normativa di ciascun ordinamento, alla concreta organizzazione dei servizi di notificazione e al quotidiano svolgimento delle operazioni di reperimento dei destinatari della *vocatio in ius*. Insomma, pur enucleate le due precedenti 'condizioni di convenzionalità', il test per l'accertamento della violazione dell'art. 6 §§ 1 e 3 Cedu non è completo senza la verifica del terzo *step*, quello dei rimedi. Infatti, anche laddove si sia verificato un deficit di conoscenza dell'atto introduttivo, o sia stata erroneamente inferita una consapevole rinuncia alla partecipazione personale, l'esito dello scrutinio della Corte non è ancora determinato, poiché l'accesso ad un efficace rimedio, che garantisca una completa rivalutazione in fatto e in diritto dei temi del processo²⁷, sarebbe sufficiente a recuperare un adeguato livello di *fairness* processuale.

A tale scopo, però, la possibilità di ottenere 'la nuova rivalutazione delle accuse a suo carico' deve essere garantita all'imputato/condannato senza l'apposizione, da parte dell'ordinamento nazionale, di condizioni eccessivamente restrittive.

Qui, tanto la tradizionale disciplina contumaciale italiana, quanto quella riconducibile all'istituto francese della purgazione, hanno offerto alla Corte di Strasburgo spunti di elaborazione importante: il rimedio, cui l'imputato deve avere il diritto di accedere, non deve essere illusorio, poiché subordinato al soddisfacimento di una *probatio diabolica* (quanto ai presupposti dell'incolpevole ignoranza [Sejdovic c. Italia], per esempio, o alla prova della sussistenza di fatti nuovi tali da rovesciare la condanna contumaciale divenuta definitiva [Sanader c. Croazia]); né, come ricordato, deve richiedere all'interessato un sacrificio sproporzionato, come ad esempio, la rinuncia alla libertà, con la consegna all'autorità giudiziaria.

Si tratta di profili rispetto ai quali la Corte europea ha offerto un'ampia elaborazione, che, qui sì, ha spesso messo in luce l'insuperabile contrarietà delle formulazioni normative nazionali – o della loro consolidata interpretazione giurisprudenziale – con il dettato convenzionale.

Partendo dall'ultima delle condizioni richiamate, in quanto prodromica a tutte le altre, la Corte ha ripetutamente escluso – con le sentenze Poitrimol, Omar, Guérin, Khalfaoui, Krombach, per ricordare le più note – la compatibilità convenzionale di istituti come, appunto, la purgazione della contumacia francese, tradizionalmente basata sulla previa consegna del condannato alle autorità, il quale, dunque, può

²⁷ C. eur. Gr. Ch., Sejdovic c. Italia, cit., § 85: il nuovo procedimento o la riapertura di quello celebrato *in absentia*, deve garantire «a fresh factual and legal determination of the criminal charge».

accedere a quel ‘nuovo giudizio’, che pur potrebbe, in potenza restituire complessiva equità processuale all’intera vicenda, soltanto da una condizione detentiva. Tale condizione, dice espressamente la Corte, spezza inevitabilmente l’equilibrio tra il diritto di accesso al giudice e l’esercizio dei diritti di difesa²⁸, sancendo l’insuperabile violazione dell’art. 6 Cedu, così come tale equilibrio è altresì spezzato dalla specifica ipotesi in cui, l’accesso al nuovo giudizio sia subordinato, più genericamente, ad una presentazione dell’interessato all’autorità giudiziaria nazionale, con obbligo di elezione di domicilio nel Paese, come recentemente accertato nel caso *Sanader c. Croazia*²⁹.

Molto articolata è l’analisi che la Corte svolge in relazione agli altri due profili che contraddistinguono l’effettività del rimedio restitutorio. Un primo aspetto riguarda, come insegna l’esperienza italiana, le condizioni per ottenere che una giurisdizione statuisca nuovamente sulle accuse, in fatto e in diritto. Come attentamente segnalato nelle due sentenze *Sejdovic c. Italia*, della sezione semplice e della Grande camera, l’apposizione di condizioni, di fonte legislativa o giurisprudenziale, all’ammissibilità delle istanze proposte dal contumace, viola l’art. 6 Cedu. Infatti, il meccanismo del previgente art. 175 co. 2 c.p.p., ante riforma del 2005 – attraverso l’onere gravante sul richiedente di dimostrare l’incolpevolezza dell’addotta ignoranza – trasformava, anche in ragione della rigida giurisprudenza di legittimità affermatasi in tema, il diritto alla riapertura del processo in una mera ipotesi: osservava la Corte, che l’istituto non garantiva affatto un automatico accesso al rimedio³⁰, ma soltanto una mera eventualità, subordinata, appunto, al soddisfacimento di un onere probatorio, violando così l’art. 6 Cedu. Onere probatorio, osserva poi la Grande camera nel giudizio di secondo grado, nel passaggio relativo all’eccezione sull’esaurimento delle vie di ricorso interne, che il ricorrente ben difficilmente avrebbe potuto superare³¹. E’ a tutti noto come, in quella sede, la Grande Camera avesse apertamente ipotizzato una contrarietà dell’art. 175 co. 2 e 3 c.p.p. alla Convenzione, alla luce della dottrina Broniowski, astenendosi tuttavia dal pronunciare una sentenza pilota in ragione della

²⁸ C. eur., 29.7.1998, *Guérin c. Francia*, § 43: «On porte ainsi atteinte à la substance même du droit de recours, en imposant au demandeur une charge disproportionnée, rompant le juste équilibre qui doit exister entre, d'une part, le souci légitime d'assurer l'exécution des décisions de justice et, d'autre part, le droit d'accès au juge de cassation et l'exercice des droits de la défense.» (v. analogamente, C. eur., 29.7.1998, *Omar c. Francia*, §§ 40 e 41).

²⁹ C. eur. *Sanader c. Croazia*, cit., § 89: «the Court considers that the obligation that an individual tried in absentia has to appear before the domestic authorities and provide an address of residence in Croatia during the criminal proceedings in order to be able to request a retrial, is unreasonable and disproportionate from a procedural point of view».

³⁰ C. eur. 11.10.2004, *Sejdovic c. Italia*, § 38.

³¹ C. eur. Gr. Ch., *Sejdovic c. Italia*, cit., §§ 51, 52.

già intervenuta riforma apportata dalla l. 60/2005, ritenuta dalla Corte potenzialmente idonea a prevenire ulteriori casi di violazione³².

Per altro verso, l'onere probatorio posto dalle regole nazionali sul condannato *in absentia*, quale condizione del nuovo giudizio, può riguardare anche il merito. Nel caso *Sanader c. Croazia*³³, la Corte ha preso in considerazione la particolare situazione nazionale nella quale il condannato aveva a disposizione sia un rimedio specifico, che tuttavia ne presuppone la presenza sul territorio croato – e, dunque, il rischio di incarcerazione – sia un rimedio generale, accessibile a tutti condannati, anche in presenza, ma che presuppone, come la nostra revisione, un *novum* probatorio determinante ai fini del proscioglimento, attribuendo al giudizio contumaciale di condanna il valore di una concreta inversione dell'onere probatorio, posto di fatto in capo al condannato. Si tratta, ancora una volta, osserva la Corte, di una condizione contraria al dettato convenzionale, al basilare diritto di accesso al giudice,³⁴ di colui che lamenta di essere stato giudicato *in absentia* senza aver consapevolmente e volontariamente rinunciato ai propri diritti partecipativi.

6. Questa breve e parziale ricostruzione risponde proprio all'intento iniziale, di scoprire come una specifica garanzia analizzata nel volume del 1984 sia evoluta nell'arco del tempo, in forza della spinta esercitata dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Quali sarebbero state le linee di fondo, attorno alle quali Mario Chiavario avrebbe costruito il quinto capitolo di un'auspicata quarta edizione di *Processo e garanzie della persona II*? Come illustrato, si tratta di un ambito nel quale la Corte europea ha fatto segnare uno sviluppo piuttosto armonico, recentemente ripercorso, nel suo complesso, proprio nella richiamata sentenza *Sanader c. Croazia*.

Per un verso, tale sviluppo può dirsi lineare perché non caratterizzato da ripensamenti, messe a punto, progressive limature delle garanzie, come invece accaduto in altri settori della giurisprudenza di Strasburgo, e testimoniato, ad esempio, da *A. e B. c. Norvegia*³⁵, in tema di *bis in idem* tra sanzioni penali e amministrative, o da *Al Kawaja e Taheri c. UK*³⁶ e poi *Schatschaschwili c. Germania*³⁷, in ambito di

³² Ibidem, §§ 122 ss.

³³ C. eur., *Sanader c. Croazia*, cit., §§ 92, 93.

³⁴ Infatti, il condannato è richiesto «to challenge the factual findings of the final judgment by which he was convicted by submitting new facts and evidence of such a strength and significance that they could at the outset convince the court that he should be acquitted or convicted. Such demand appears disproportionate to the essential requirement of Article 6 that a defendant should be given an opportunity to appear at the trial and have a hearing where he could challenge the evidence against him (see paragraph 67 above), an opportunity which the applicant never had».

³⁵ C. eur., Gr. Ch., 15.11.2016, *A. e B. c. Norvegia*.

³⁶ C. eur., Gr. Ch., 15.12.2011, *Al Khawaja e Taheri c. UK*

³⁷ C. eur., 15.12.2015, *Schatschaschwili c. Germania*

contraddittorio nella formazione della prova, o ancora dalla transizione da *Salduz c. Turchia*³⁸ verso *Ibrahim c. UK*,³⁹ in tema di diritto di accesso al difensore⁴⁰. Inoltre, in esso è pienamente riconoscibile l'influsso che la giurisprudenza europea ha esercitato sulla nuova disciplina italiana dell'assenza, introdotta con la riforma del 2014, a dimostrazione della grande capacità di penetrazione della giurisprudenza della Corte europea, anche rispetto a istituti di consolidata tradizione normativa nazionale.

Infatti, senza scendere in un'analisi dettagliata, si può riconoscere che, al di là del *restyling* terminologico che ha cancellato il termine 'contumacia' dal glossario del penalista italiano, la l. 67/2014 lascia intravedere sullo sfondo proprio le tre linee di intervento della Corte che sono state riassunte qui sopra: effettività della conoscenza; consapevolezza della rinuncia; pienezza della *restitutio in integrum*, con la regressione completa del processo. E' ben noto, però, che nessuno dei 'tre capisaldi della convenzionalità' risulta completamente realizzato nella nuova 'versione' italiana del procedimento *in absentia*.

L'effettività della conoscenza assume un significato pieno solo in relazione a due ipotesi, ovvero: la rinuncia, implicita o esplicita, a comparire (art. 420-bis co. 1 c.p.p.), ove l'equazione $\text{rinuncia} = \text{conoscenza}$ certifica l'effettiva consapevolezza dell'imputato; l'irreperibilità del medesimo, assunta a condizione di temporanea improcedibilità (art. 420-quater c.p.p.), in forza dell'opposta equazione, $\text{irreperibilità} = \text{ignoranza}$. Al di fuori di tali ipotesi, come segnalato sin da subito in dottrina, i parametri di presunzione della conoscenza sono a dir poco generici, privi di un riscontro effettivo di conoscenza da parte del destinatario ultimo dell'atto (si pensi al caso di elezione di domicilio presso il difensore) e l'oggetto della verifica di conoscenza è troppo ampio, sfumando, nei diversi accertamenti che il giudice può essere chiamato a compiere nell'arco del giudizio di cognizione, dalla 'conoscenza del processo', alla 'conoscenza del procedimento', con le evidenti differenze che intercorrono tra questi due concetti⁴¹.

Ne consegue che, nonostante la riforma, la mancata costituzione in giudizio dell'imputato non sempre sottende una rinuncia davvero consapevole; peraltro, anche laddove il processo di notificazione sia stato in grado di raggiungere concretamente il destinatario dell'atto, le immutate formule deputate a informarlo delle conseguenze della mancata partecipazione, difficilmente sono in grado di spiegare – per via della scarsa accessibilità del linguaggio utilizzato – le conseguenze dell'assenza.

³⁸ C. eur., Gr. Ch., 27.11.2008, *Salduz c. Turkey*,

³⁹ C. eur., Gr. Ch., 16.12.2014, *Ibrahim e altri c. UK*

⁴⁰ Su questi profili v. A. Cabiale, *I limiti alla prova nella procedura penale europea*, Cedam 2019, 116 ss.

⁴¹ V. l'ampia ricostruzione di S. Marcolini, *I presupposti del giudizio in assenza*, in D. Vigoni (a cura di), *Il giudizio in assenza dell'imputato*, Giappichelli, Torino 2014, 135 ss.

A sua volta, il rimedio oggi previsto è pieno, certamente più garantito rispetto alla mera restituzione nel termine per proporre impugnazione avverso la sentenza contumaciale – che lasciava l'imputato comunque 'ostaggio' di un quadro probatorio in gran parte formatosi in sua (inconsapevole) assenza - prevedendo, sulla carta, la regressione del processo alla fase in cui l'erronea valutazione sulla conoscenza dell'imputato si è verificata (determinando la pronuncia di una sentenza invalida)⁴², con il conseguente recupero delle *chances* difensive e strategiche. Tuttavia, l'accesso al rimedio è sottoposto ad un onere probatorio assai gravoso per l'imputato involontariamente assente e sarà interessante verificare se, con il tempo e il consolidarsi di una giurisprudenza in materia, dovessero sorgere nuove doglianze da sottoporre al vaglio della Corte europea dei diritti dell'uomo. Il ricordato orientamento dei giudici di Strasburgo rispetto alle condizioni di accessibilità del rimedio sembra configurare - anche sulla base di alcune recenti pronunce - un automatismo, un meccanismo che non obblighi il condannato *in absentia* a fronteggiare gravosi oneri probatori, apparentemente più in linea con la soluzione al tempo introdotta dalla l. 60/2005, che con l'attuale regressione, subordinata alla soddisfazione di un certo parametro probatorio.

Insomma, l'ordito della recente riforma italiana è rappresentato dalla corposa e coerente giurisprudenza europea, asse longitudinale della novella del 2014. La trama della medesima, però, intesa come innesto trasversale di regole interne sull'ordito di matrice europea, sembra invece caratterizzato da profili di affievolimento del 'test convenzionale'⁴³, per un prodotto finale che, in astratto, può certamente ricondursi alla matrice dell'art. 6 Cedu, ma che, in concreto, potrebbe nascondere gravi smagliature della *fairness* processuale.

Tuttavia, la tendenza italiana non si discosta troppo dall'orientamento emerso nell'ambito dell'Unione europea, e, in particolare, nella direttiva 2016/343, ove le condizioni per la legittimità del giudizio contumaciale sono sicuramente meno dettagliate e specifiche di quelle elaborate dalla giurisprudenza CEDU, dimostrando un'ampia 'tolleranza' per ipotesi di processi *in absentia*, ben al di là del rifiuto tradizionalmente opposto a tale prassi da alcuni ordinamenti europei, addirittura a livello costituzionale (Spagna). Apparentemente, se nella grande Europa il processo di costruzione realizzato dalla giurisprudenza della Corte europea ha tracciato un quadro di 'accettazione fortemente condizionata' del processo *in absentia*, nella piccola Europa tale tendenza pare più sfumata. Se è vero che, nell'ambito del vecchio 'terzo

⁴² H. Belluta, *Le impugnazioni come rimedi ripristinatori: verso il giusto processo in assenza dell'imputato*, in D. Marcello, P.P. Paulesu (a cura di), *Strategie di deflazione penale e rimodulazioni del giudizio in absentia*, Giappichelli, Torino 2015,

⁴³ V., in questo senso, D. Negri, *Il procedimento nei confronti dell'imputato 'assente' al tortuoso crocevia tra svolgimento e sospensione*, in D. Marcello, P.P. Paulesu (a cura di), *Strategie di deflazione*, cit., 202 ss.

pilastro', la natura contumaciale della decisione sulla cui base è emesso il mandato d'arresto è divenuta addirittura un motivo autonomo di rifiuto dell'esecuzione del mandato stesso (ed è motivo di rifiuto facoltativo in numerosi altri strumenti di cooperazione giudiziaria)⁴⁴, la direttiva 2016/343, appunto, non si è certamente distinta per rigore⁴⁵: al di là del limitato spazio che il tema del giudizio *in absentia* trova all'interno della direttiva, solo il suo preambolo richiama dettagliatamente la gamma di garanzie sancite, anche in relazione al rimedio conseguente all'eventuale ignoranza dell'imputato, dalla giurisprudenza di Strasburgo.

6. Questa considerazione si aggancia ad un quadro più ampio di conclusioni, tratte in un recente studio, svolto sulla base di 12 rapporti nazionali di Paesi che fanno parte sia del Consiglio d'Europa, sia dell'Unione europea. In primo luogo, dalle testimonianze dei singoli ordinamenti si può cogliere un progressivo allentamento del divieto di celebrazione del giudizio senza imputato, anche nei sistemi che tradizionalmente hanno seguito tale impostazione. Tanto nella *common law* inglese, quanto in altri paesi che tradizionalmente fanno della presenza dell'imputato una condizione del procedere, il numero dei procedimenti che ha luogo senza la presenza fisica dell'imputato aumenta. Per un verso, ciò può essere dovuto alla progressiva formazione di uno 'statuto di convenzionalità del processo *in absentia*', che può aver più chiaramente delineato le condizioni a cui, anche procedere senza l'imputato può essere compatibile con il canone del processo equo. Per altro verso, apparentemente, molta parte di tale trend è ascrivibile ad una necessità di alleggerimento del carico giudiziario che pare affliggere tutti gli ordinamenti occidentali.

Inoltre, ripercorrendo il ricco sentiero giurisprudenziale che ha condotto alla teorizzazione dei diritti partecipativi ad opera della Corte europea, si riscontra un fenomeno interessante: per un verso, il 'decalogo di convenzionalità' del processo contumaciale si è arricchito e precisato; per altro verso, in tutti i principali ordinamenti europei si è registrata la necessità di sfuggire ai vincoli del ricco compendio di diritti partecipativi, dell'imputato e delle altre parti, attraverso il potenziamento o l'introduzione *ex novo* di riti monitori, per loro natura estranei alla partecipazione personale.⁴⁶

⁴⁴ A. Schneider, *In absentia* trials and the Transborder Criminal Procedures. The Perspective of EU Law, in S. Quattrocchio, S. Ruggeri, *Personal Participation in Criminal Proceedings*, cit., 620

⁴⁵ L. Bachmaier Winter, *New Developments in Eu Law in the Field of In Absentia National Proceedings. The Directive 2016/343 Eu in the Light of the ECtHR Case Law*, in S. Quattrocchio, S. Ruggeri, *Personal Participation in Criminal Proceedings*, cit., 666.

⁴⁶ S. Ruggeri, *Personal Participation in Criminal Proceedings, In Absentia Trials and Inaudito Reo procedures. Solution Models and Deficiencies in ECtHR Case-Law*, in S. Quattrocchio, S. Ruggeri, *Personal Participation in Criminal Proceedings*, cit., 579 ss.

Nell'indagine svolta, è risultato evidente che, al di là dell'ampiezza delle garanzie partecipative al giudizio, tutti gli ordinamenti esaminati dispongono di un'area, più o meno vasta di giurisdizione penale, potenzialmente sottratta ad ogni forma di partecipazione personale. Spesso, il rito monitorio, come nel caso italiano, è subordinato a un consenso, esplicito o implicito, dell'imputato che può essere considerato come rinuncia, non solo al contraddittorio nella formazione della prova, ma anche al diritto di partecipazione fisica al procedimento; certo, l'area del contenzioso definibile con rito monitorio appare circoscritta a fattispecie di ridotta gravità, almeno sul piano sanzionatorio⁴⁷... Tuttavia, è inevitabile notare che anche ordinamenti che tendono a ridurre il più possibile gli spazi del giudizio *in absentia* sembrano tollerare ampiamente la negazione totale del diritto partecipativo di base, proprio nei procedimenti monitori.

Posto l'obiettivo di ripercorre i grandi temi che emergono da Processo e garanzie, mi pare opportuno sottolineare che l'arco temporale che ci separa dalla sua pubblicazione ha fatto segnare una vera e propria 'parabola ascendente' delle garanzie partecipative, a partire dal diritto alla presenza fisica, che ha ricevuto una vera e propria teorizzazione. Tuttavia, la forte attenzione alla partecipazione processuale ha distolto il focus dal quadro dei procedimenti monitori - che si fondano sulla negazione, *in nuce*, della partecipazione personale dell'imputato - e che sono andati conquistando spazi sempre più ampi.

Ciò ha determinato, anche negli ordinamenti apparentemente più distanti dal concetto di processo *in absentia*, un proliferare di situazioni in cui l'*audiatur et altera pars* - condizione minima del processo equo - è escluso a priori, almeno in via potenziale, fin tanto che l'imputato non attivi il rimedio previsto dall'ordinamento, come ad esempio l'opposizione. Ed era proprio Mario Chiavario, già nel 1984, a denunciare il rischio di una «flagrante contraddizione» dei riti monitori con il principio *audiatur et altera pars*, in tutti i casi in cui l'opposizione sia resa inammissibile da cause estranee alla volontà dell'imputato⁴⁸.

Se, per un verso, l'intensificarsi, nei decenni, di tale fenomeno pare essere la diretta conseguenza del progressivo affinarsi e affermarsi delle garanzie del contraddittorio dibattimentale - che, nella sua complessa articolazione, non può essere garantito in qualsiasi ipotesi, pena lo stallo della giustizia penale - per altro verso è necessario rivalutare la denuncia raccolta, oltre trent'anni fa, proprio in *Processo e garanzie della persona II*, e vigilare attentamente affinché il 'vaso comunicante' dei riti monitori non svuoti eccessivamente quello del giudizio, presidiato dal diritto alla partecipazione fisica dell'imputato.

⁴⁷ S. Quattrocchio, *Participatory Rights*, cit., 495.

⁴⁸ M. Chiavario, *Partecipazione e contraddittorio*, cit., 177.