



3/2018

LA NUOVA DOMICILIAZIONE “ASSENTITA” PRESSO IL DIFENSORE DI UFFICIO

di Luigi Giordano

Abstract. *L’art. 1, comma 24, della legge 23 giugno 2017, n. 103 cd., riformando diverse norme del codice di rito, ha aggiunto all’art. 162 cod. proc. pen. un nuovo comma 4-bis, richiedendo ai fini dell’efficacia dell’elezione di domicilio presso il difensore d’ufficio, che sia raccolto l’assenso di quest’ultimo. Si tratta di una riforma doverosa, che trova fondamento anche su un pronunciamento della Corte Costituzionale. La formulazione della nuova norma, tuttavia, lascia aperto il delicato tema delle conseguenze dell’inefficacia dell’atto, in particolare sulla possibilità di procedere in assenza dell’imputato.*

SOMMARIO: 1. L’elezione di domicilio “forzata”. – 2. Elezione di domicilio presso il difensore d’ufficio e conoscenza del procedimento. – 3. L’intervento della Corte Costituzionale. – 4. La riforma introdotta dalla legge “Orlando”. – 5. segue: L’elezione di domicilio inefficace. – 6. Conseguenze sul piano del diritto intertemporale.

1. L’elezione di domicilio “forzata”.

L’art. 1, comma 24, della legge 23 giugno 2017, n. 103, riformando diverse norme del codice di rito, ha aggiunto all’art. 162 cod. proc. pen. un nuovo comma 4-bis secondo cui «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»¹.

¹ Per una prima lettura delle modifiche attinenti al processo penale introdotte dalla legge n. 103 del 2017, recante “*Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all’ordinamento penitenziario*”, si veda M. GIALUZ, A. CABIALE, J. DELLA TORRE, [Riforma Orlando: le modifiche attinenti al processo penale, tra codificazione della giurisprudenza, riforme attese da tempo e confuse innovazioni](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3/2017, p. 173 ss. Sul tema oggetto del presente contributo, si vedano, tra gli altri, A. GIARDA, *Le nuove indagini preliminari: rinforzo di garanzie ed accelerazioni funzionali*, in *Dir. Pen. e Proc.* 2017, 10, 1302; R.G. GAIA, *L’incapacità dell’imputato di partecipare al processo e l’elezione del domicilio presso il difensore d’ufficio: le novelle modifiche apportate alla disciplina codicistica*, in T. BENE, A. MARANDOLA (a cura di), *La riforma della giustizia penale*, Milano, 2017, 79; L. LAURICELLA, *L’elezione di domicilio presso il difensore d’ufficio*, in *La legislazione penale*, 14/12/2017, 1; F. VARONE, *Elezione di domicilio presso il difensore e nuovo art. 162, comma 4-bis, cod. proc. pen., tra esegesi riduttive e applicazioni contra legem*, in *Parola alla difesa* 2017, 577 e ss.

Questa disposizione affronta uno dei aspetti problematici della disciplina vigente in materia di difesa d'ufficio, rappresentato dal frequente ricorso, da parte di indagati o di imputati privi di un avvocato di fiducia, all'elezione di domicilio presso lo studio del difensore di ufficio. Sovente si tratta di persone che, secondo la prescrizione di cui all'art. 161, comma 1, cod. proc. pen., sono invitate a provvedere all'elezione di domicilio in occasione del primo contatto con la polizia giudiziaria. È ben possibile (anzi sovente accade) che si tratti di soggetti senza fissa dimora, dei quali è facile per il difensore perdere ogni riferimento.

Siffatta elezione di domicilio era definita "forzata"², perché non si fondava su una scelta concordata con il difensore domiciliatario³, il quale assumeva «obblighi e oneri di non poco momento» senza esprimere un esplicito consenso in tal senso⁴.

Nella prospettiva dell'indagato o dell'imputato, la domiciliazione avveniva "al buio", cioè in mancanza di una qualsiasi interlocuzione con un professionista, che normalmente non conosceva e con cui non aveva avuto alcun precedente contatto⁵.

Una volta intervenuta, tuttavia, una simile l'elezione di domicilio, ancorché non concordata con l'avvocato, generava importanti conseguenze: veniva a prodursi una "falsa reperibilità" dell'indagato o dell'imputato, che permetteva di effettuare le notifiche necessarie nel procedimento presso il difensore⁶, il cui eventuale rifiuto di ricevere gli atti destinati al suo assistito avrebbe prodotto il solo effetto di legittimarne la consegna presso lo stesso avvocato ai sensi dell'art. 161, comma 4, cod. proc. pen.⁷

2. Elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio e conoscenza del procedimento.

La domiciliazione, come è noto, comporta importanti effetti per l'imputato. Essa non solo ne determina la condizione di reperibilità in vista delle notifiche che dovessero essere necessarie nel prosieguo del giudizio, ma soprattutto, ai sensi dell'art. 420-bis,

² Cfr. R.G. GAIA, *L'incapacità dell'imputato di partecipare al processo e l'elezione del domicilio presso il difensore d'ufficio: le novelle modifiche apportate alla disciplina codicistica*, cit., 79.

³ È stato precisato che il legale sovente viene a trovarsi nella posizione di "domiciliatario inconsapevole", così L. LAURICELLA, *L'elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio*, cit. 3.

⁴ Così A. GIARDA, *Le nuove indagini preliminari: rinforzo di garanzie ed accelerazioni funzionali*, cit., 1302.

⁵ Questa elezione di domicilio è stata definita "al buio" anche perché, se il difensore d'ufficio non fosse stato già designato, il domicilio non sarebbe comunque individuato dall'interessato, ma da questi individuabile solo a seguito di detta designazione (cfr. A. CIAVOLA, [Alcune considerazioni sulla nuova disciplina del processo in assenza e nei confronti degli irreperibili, Tante ombre e qualche luce](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.* 1/2015, p. 204).

⁶ Così F. VARONE, *Elezione di domicilio presso il difensore e nuovo art. 162, comma 4-bis, cod. proc. pen., tra esegesi riduttive e applicazioni contra legem*, cit., 557, il quale segnala come il fenomeno ledesse in modo giudicato irreparabile il diritto alla difesa persona e tecnica, annichilendo la possibilità dell'imputato di conoscere l'accusa e quella del difensore di instaurare un rapporto professionale con l'assistito.

⁷ Cfr. Cass. Sez. 7, Ord. 16/11/2017, n. 55318 Sufali, inedita; Cass., Sez. 6, 28/09/2017, n. 52726, Moretti, inedita; Cass., Sez. 1, 9/04/2013, n. 22073, Perrone, in *CED Cassazione* n. 256082; Cass., Sez. 1, 25/01/2012, n. 4783, Roman, in *CED Cassazione* n. 25186; Cass., Sez. U, 28/04/2011 n. 28451 (dep. 19/07/2011), Pedicone, in *Cass. pen.* 2012, 426; Cass., Sez. 4, 20/05/2010, n. 31658, Rei, in *CED Cassazione* n. 248099.

comma 2, cod. proc. pen., integra uno dei fatti sintomatici della conoscenza del procedimento che permette di procedere in sua assenza⁸.

Secondo l'orientamento giurisprudenziale prevalente, l'elezione di domicilio, anche quella che avviene presso il difensore d'ufficio, in ragione della presunzione legale di conoscenza del procedimento prevista dall'art. 420-bis, comma 2, cod. proc. pen., consente la celebrazione del giudizio in assenza⁹. Grava sull'imputato, infatti, un onere, che risponde a un criterio di ordinaria diligenza, di attivarsi autonomamente per mantenere con il difensore d'ufficio i contatti periodici essenziali per essere informato dello sviluppo del procedimento. Il mancato adempimento di detto onere configura un'ipotesi di colpa per la mancata conoscenza della celebrazione del processo¹⁰. La presunzione di conoscenza è superabile solo nel caso in cui, ai sensi dell'art. 420-ter, comma 1, cod. proc. pen., risulta che detta assenza è dovuta ad assoluta impossibilità di comparire per caso fortuito, forza maggiore o altro legittimo impedimento¹¹.

⁸ La dichiarazione o l'elezione di domicilio nel corso del procedimento da parte dell'imputato costituisce un indice della conoscenza dell'esistenza e dello svolgimento del procedimento a suo carico che, nell'art. 420-bis cod. proc. pen., si affiancano alla certezza della conoscenza del provvedimento che fissa l'udienza preliminare conseguente alla notifica a mani dell'imputato. Per una completa ricostruzione delle situazioni di rilevanza processuale che permettono di procedere in assenza si veda S. QUATTROCOLO, [Il contumace cede la scena processuale all'assente, mentre l'irreperibile l'abbandona. Riflessioni a prima lettura sulla nuova disciplina del procedimento senza imputato \(legge 28 aprile 2014, n. 67\)](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2/2014, p. 97 ss.; A. MARANDOLA, P. BRONZO, *La chiusura delle indagini e l'udienza preliminare*, in G. SPANGHER, A. MARANDOLA, G. GARUTI, L. KALB (a cura di), *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*, II, 1004; B. NACAR, *Il processo in absentia, tra fonti internazionali, disciplina codicistica e recenti interventi riformatori*, Milano, 2014; D. NEGRI, *L'imputato presente al processo. Una ricostruzione sistematica*, Torino, 2014; A. DE CARO, *Processo in absentia e sospensione. Una primissima lettura della legge n. 67 del 2014*, in *Arch. Pen.* 2014, 3; P. MOSCARINI, *Una riforma da tempo necessaria: L'abbandono della contumacia penale e la sospensione del processo contro l'irreperibile*, in C. CONTI, A. MARANDOLA, G. VARRASO, *Le nuove norme sulla giustizia penale*, 2014, 239 e ss. La dottrina, in particolare, ha subito espresso dubbi sull'effettiva sintomaticità dei fatti da cui l'art. 420-bis, comma 2, cod. proc. pen. presume la conoscenza del procedimento, sostenendo, tra l'altro, che «soltanto se si giunge ad interpretare la norma ritenendo che al giudice sia comunque consentito valutare senza rigidi automatismi, bensì con le ordinarie cautele del ragionamento indiziario, se in concreto possa affermarsi con certezza l'effettiva conoscenza del procedimento o la volontaria sottrazione alla conoscenza del procedimento o di atti del medesimo, è possibile ricondurre la disciplina a razionalità, salvandone l'ispirazione garantista senza pericolosi slittamenti autoritari con rigurgiti di una "contumacia mascherata da assenza" (cfr. P. TONINI, C. CONTI, *La sospensione del procedimento nei confronti degli irreperibili - il tramonto della contumacia, l'alba radiosa della sospensione e le nubi dell'assenza "consapevole"*, in *Dir. Pen. Processo*, 2014, 5, 513).

⁹ Cass., Sez. 7, Ord. 24/11/2017 n. 56879, Costea, inedita; Cass., Sez. 5, 13/07/2017, n. 40848, Fanici ed altro, in *CED Cassazione* n. 271015; Cass., Sez. 1, 11/07/2017, n. 50475, Amhed Hassan, inedita.

¹⁰ Cass., Sez. 4, 13/09/2017 (dep.12/01/2018), n. 1217, D.C., inedita; Cass., Sez. 7, Ord. 24/11/2017 n. 56879, Costea, citata; Cass., Sez. 4, 15/11/2017 (dep. 11/12/2017), n. 55138, B.S., inedita; Cass., Sez. 6, 28/09/2017, n. 52726, Moretti, cit.; Cass., Sez. 4, 18/07/2017 (dep.22/09/2017), n. 43885, N.L., inedita; Cass., Sez. 2, 13/07/2017 (dep. 21/07/2017), n. 36199, H.A., inedita; Cass., Sez. 4, 6/07/2017 (dep. 7/09/2017), n. 40786, Nicola, inedita; Cass., sez. 4, 05/07/2017 (dep. 20/07/2017), n. 35977, Y.M., inedita; Cass., sez. 5, 15/06/2017 (dep. 6/09/2017), n. 40497, inedita.

¹¹ Cass., Sez. 5, 13/07/2017, n. 40848, Fanici ed altro, citata, secondo cui le ipotesi contemplate dall'art. 420-bis cod. proc. pen. sono «tutte connotate da circostanze tali ... da indurre lo stesso legislatore a presumere che l'imputato abbia avuto con certezza conoscenza del procedimento ovvero si sia volontariamente sottratto a tale conoscenza ... il sindacato sulla presunzione ... è stato circoscritto ... a casi del tutto

Un diverso indirizzo, invece, seguendo taluni spunti della dottrina fondati sui principi costituzionali e convenzionali¹², ha sostenuto che la possibilità di procedere in assenza debba escludersi nel caso in cui l'imputato abbia eletto domicilio presso il difensore d'ufficio, salvo i casi concreti nei quali possa emergere *aliunde* la certezza della sua conoscenza del procedimento. Questo orientamento rileva che l'elezione di domicilio (ma le argomentazioni non sono dissimili per la dichiarazione), a differenza delle altre fattispecie contemplate dall'art. 420-*bis*, comma 1, cod. proc. pen., non garantisce alcuna sicurezza sulla conoscenza del procedimento, perché potrebbe essere intervenuta quando questo era ancora in uno stato embrionale e le indagini, appena iniziate, non consentivano di delineare con chiarezza una notizia di reato. È stato affermato, in particolare, che «la conoscenza dell'esistenza del procedimento penale a carico dello stesso non può essere desunta dall'elezione di domicilio presso il difensore di ufficio effettuata, nell'immediatezza dell'accertamento del reato, in sede di redazione del verbale di identificazione d'iniziativa della polizia giudiziaria»¹³. La conoscenza dell'esistenza del procedimento penale a carico dello stesso, inoltre, non può essere ricavata da un atto compiuto d'iniziativa della polizia giudiziaria in epoca anteriore alla formale instaurazione del procedimento, che si verifica soltanto con l'iscrizione del nome della persona sottoposta ad indagini nel registro di cui all'art. 335 cod. proc. pen.¹⁴

Questa impostazione, invero, evoca un orientamento giurisprudenziale formatosi in tema di restituzione in termini¹⁵. Essa riflette anche una lettura

particolari quando ... il giudice abbia la certezza o anche soltanto il dubbio che l'assenza dell'imputato, pure formalmente citato in modo regolare e versante in una delle situazioni sopra descritte, sia dovuta a assoluta impossibilità di comparire per caso fortuito o forza maggiore».

¹² Si veda, in particolare, S. QUATTROCOLO, *Corte europea dei diritti dell'uomo e partecipazione al processo*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 25 ss.; N. CANESTRINI, *Quousque tandem abutere, Catilina, patientia nostra? Da Strasburgo una nuova condanna per la disciplina del processo contumaciale italiano*, in *Cass. pen.*, 2017, 362 ss.; A. CHELO, *Le "istruzioni sovranzionali" sui limiti del processo in absentia: dalle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo al diritto di partecipare al processo nella normativa dell'Unione europea*, in *Arch. pen.*, 2015, 1, 1 ss.; A. CIAVOLA, *Alcune considerazioni sulla nuova disciplina del processo in assenza e nei confronti degli irreperibili, Tante ombre e qualche luce*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.* 2015, 1, 204; A. CIAVOLA, *Assenza dell'imputato e dubbia sintomaticità dell'elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio: una lettura costituzionalmente orientata*, nota a Tribunale di Asti, (ord.) 10 novembre 2015, in *Arch. Pen.*, 2016, 1, 1 ss.; A. MANGIARACINA, *Il "tramonto" della contumacia e l'affermazione di una assenza "multiforme"*, in *Legisl. pen.*, 2014, 4, 563 ss..

¹³ Cass., Sez. 2, 24/01/2017, n. 9441, Seli, in *CED Cassazione* n. 269221. Questa pronuncia ha valorizzato l'orientamento formatosi in riferimento all'impugnazione della sentenza di condanna contumaciale, sotto la vigenza della disciplina anteriore alle modifiche apportate dalla legge 28 aprile 2014, n. 67 secondo cui l'effettiva conoscenza del procedimento non poteva farsi coincidere con la conoscenza di un atto posto in essere di iniziativa dalla polizia giudiziaria anteriormente alla formale instaurazione dello stesso procedimento, che si realizza solo con l'iscrizione del nome della persona sottoposta a indagini nel registro di cui all'art. 335 cod. proc. pen. (Cass. Sez. 2, 4/03/2015, n. 12630, Projo, in *CED Cassazione* n. 262929).

¹⁴ Cass., Sez. 1, 2/03/2017, n. 16416, Somai, in *CED Cassazione* n. 269843, secondo cui la conoscenza del procedimento da parte dell'imputato, che permette la celebrazione del procedimento *in absentia*, non può essere desunta dai rilievi foto-segnalatici compiuti dalla polizia giudiziaria nell'ambito di accertamenti aventi ad oggetto l'illecito di cui all'art. 14, comma 5-*quater*, del d.lgs. n. 289 del 1998, prima della formale iscrizione dell'indagato nel registro delle notizie di reato

¹⁵ A. MANGIARACINA, *Il "tramonto" della contumacia e l'affermazione di una assenza "multi-forme"*, cit., 572, la quale rileva che, dai principi elaborati dalla giurisprudenza in tema di restituzione in termini deriva che si

costituzionalmente orientata dell'art. 420-bis, comma 2, cod. proc. pen. alla stregua della quale il giudice non deve limitarsi a verificare la mera esistenza dell'elezione di domicilio, presupposto della presunzione di conoscenza, ma deve accertare, caso per caso, la sua idoneità a garantire all'accusato l'effettività di tale conoscenza, procedendo ad un controllo in concreto¹⁶.

Questa tesi, tuttavia, non appare condivisibile.

La disciplina dettata dalla legge n. 67 del 2014, invero, permette il processo *in absentia* quando ricorre la conoscenza da parte dell'imputato del procedimento che lo riguarda; nel contempo, gli impone l'onere di informarsi sul suo svolgimento e sul contenuto dell'accusa.

La legge citata, invece, non assegna all'autorità che procede l'onere di comunicare all'imputato il contenuto del procedimento, quale condizione per poter procedere in sua assenza¹⁷.

Se l'imputato ha dichiarato o eletto domicilio, anche presso il difensore d'ufficio, tanto basta per ritenerlo a conoscenza dell'esistenza del procedimento in cui ha esercitato quella facoltà e, quindi, per procedere in sua assenza. Come è stato autorevolmente rilevato, non bisogna confondere la conoscenza del procedimento con quella del suo contenuto: quest'ultima deriva dall'assolvimento di oneri informativi che, in modo del tutto ragionevole, gravano sull'imputato¹⁸. Si presume che quest'ultimo, rivolgendosi al domiciliatario, possa venire a sapere il contenuto del procedimento, oltre ad essere informato sulla sua celebrazione.

dovrebbe escludere che le notificazioni al difensore d'ufficio siano di per sé idonee a dimostrare l'effettiva conoscenza del procedimento da parte dell'imputato, a meno che non vi siano elementi da cui desumere che il difensore abbia rintracciato l'imputato ed instaurato con lo stesso un effettivo rapporto professionale.

¹⁶ Si veda L. VIGNALE, *Domicilio dichiarato o eletto e processo in absentia*, in *Questione Giustizia* 26 giugno 2014; A. CIAVOLA, *Assenza dell'imputato e dubbia sintomaticità dell'elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio: una lettura costituzionalmente orientata*, nota a Tribunale di Asti, (ord.) 10 novembre 2015, in *Archivio Penale* 2016, n. 1, secondo cui l'accertamento della conoscenza del procedimento deve riguardare la precisa individuazione del giudizio, la completa indicazione delle norme di legge che si assumono violate nonché la data e il luogo del fatto, oltre alla imprescindibile chiara indicazione del nome del domiciliatario.

¹⁷ D. POTETTI, *I casi tipici di giudizio in assenza dell'imputato*, in *Cass. Pen.* 2015, 2484 e ss., il quale ha aggiunto che un siffatto onere dello Stato sarebbe poco ragionevole, anche perché il contenuto del procedimento (soprattutto l'imputazione, ma anche altri dati che lo caratterizzano) è suscettibile di modificazioni nel tempo, anche radicali, che potrebbero incidere sulla scelta dell'imputato di rimanere assente dal processo.

¹⁸ Cfr. D. POTETTI, *I casi tipici di giudizio in assenza dell'imputato*, cit. 2484 e ss.. È stato rilevato che, nell'art. 420-bis, comma 2, cod. proc. pen., «dietro ad un granito castello di finzioni è agevole cogliere una verità nascosta. Si tratta della previsione di un forte dovere informativo. Il legislatore, con il presumere dalla conoscenza del procedimento la conoscenza del processo e dell'accusa, "avverte" l'imputato che, attinto dalla notizia di qualsivoglia procedimento, non può lasciarlo cadere nell'oblio ma deve mettersi in condizioni di ricevere le notificazioni» così C. Conti, *Processo in absentia a un anno dalla riforma: praesumptum de praesumpto e spunti ricostruttivi*, in *Dir. pen. e proc.* 2015, 4, 461 e ss., la quale, peraltro, avverte che la Corte europea ha escluso più volte la configurabilità di un dovere di collaborazione per garantire l'efficacia del sistema delle notificazioni fin dalla sentenza Corte EDU 12/02/1985, Colozza c. Italia, in *Cass. Pen.*, 1985, p. 1241, con nota di G. UBERTIS, *Latitanza e contumacia secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo*, che rappresenta la pronuncia con la quale l'Italia è stata condannata per la prima volta a causa della mancanza di adeguate garanzie in materia di processo *in absentia*.



3/2018

Da queste considerazioni consegue che non ha alcuna rilevanza il tempo trascorso fra l'elezione o la dichiarazione di domicilio e l'esercizio dell'azione penale, requisito per giunta non menzionato dalla norma¹⁹; non assume alcun valore il fatto che l'elezione di domicilio avvenga nel corso del procedimento piuttosto che all'inizio dello stesso; non rileva neppure che, al momento dell'elezione di domicilio, la notizia di reato non si fosse ancora delineata nella sua definitiva consistenza.

Gli interessi costituzionalmente protetti dell'azione e della giurisdizione penali, in altri termini, «possono tollerare di essere sacrificati solo nella misura necessaria per concedere all'imputato la possibilità di seguire le tappe e le sorti del "suo" procedimento, ma non oltre, fino a farsi carico dell'imputato smemorato o negligente, che dimentichi o non si curi di seguire il procedimento che lo riguarda»²⁰.

3. L'intervento della Corte Costituzionale.

Il tema illustrato, in ogni caso, presenta notevoli implicazioni sulla speditezza del processo e sul diritto di difesa. Per tale ragione è stato oggetto di una questione di legittimità costituzionale degli artt. 161 e 163 cod. proc. pen., sollevata dal Tribunale di Asti con ordinanza del 10 novembre 2015 con riferimento agli artt. 2, 3, 21, 24, 111 e 117 Cost., all'art. 14 del Patto internazionale sui diritti civili e politici e all'art. 6 Cedu, nella parte in cui dette disposizioni del codice di rito non prevedono la notifica personale all'imputato dell'atto introduttivo del giudizio penale, nell'ipotesi di elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio. È stata prospettata, in particolare, la violazione del principio di ragionevolezza, del diritto di difesa e del diritto all'informazione sull'accusa penale²¹.

La Corte ha dichiarato inammissibile la questione, ravvisando il difetto del requisito della rilevanza e l'erronea indicazione delle norme oggetto di censura. Tra le norme sulla cui legittimità si dubitava, infatti, non era stato indicato l'art. 420-*bis* cod. proc. pen., cioè proprio la disposizione secondo cui il giudice deve celebrare il processo, in assenza dell'imputato, anche nell'ipotesi in cui nel corso del procedimento questi abbia eletto domicilio presso il difensore d'ufficio.

In questa pronuncia, tra l'altro, la Corte ha affermato che «l'individuazione degli strumenti attraverso cui consentire al giudice di verificare che l'assenza dell'imputato al processo sia espressione di una consapevole rinuncia a comparire non può che essere affidata alla discrezionalità del legislatore, trattandosi di scelte che investono la disciplina degli istituti processuali, nella specie quello delle notificazioni degli atti introduttivi del giudizio penale».

¹⁹ D. POTETTI, *I casi tipici di giudizio in assenza dell'imputato*, cit. 2484 e ss.

²⁰ D. POTETTI, *I casi tipici di giudizio in assenza dell'imputato*, cit. 2484 e ss.

²¹ Corte Cost. 9/02/2017, n. 31, in *Giur. Cost.* 2017, 1, 213, con nota di F. ALONZI, *La Corte costituzionale si pronuncia sul diritto alla conoscenza della vocatio in iudicium da parte dell'imputato*. Sulla sentenza si veda, tra gli altri, F. VARONE, *Elezione di domicilio presso il difensore e nuovo art. 162, comma 4-bis, cod. proc. pen., tra esegesi riduttive e applicazioni contra legem*, cit., 579 e ss..

Proprio questo monito è stato oggetto delle critiche, sollevate in particolare dall'Unione delle Camere penali italiane. È stato affermato, infatti, che «La Corte costituzionale ... ha (forse) chiuso le porte a possibili future questioni di costituzionalità sul punto, nella misura in cui, con un *obiter dictum* (peraltro non necessario), ha affermato che la pronuncia additiva richiesta dal giudice *a quo* implicherebbe una soluzione non costituzionalmente obbligata che eccede i propri poteri»²². Secondo questa lettura, l'elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio integra un'ipotesi di presunzione di conoscenza del processo da parte dell'imputato meramente astratta, con evidente contrasto della disciplina del processo *in absentia* con i parametri convenzionali (art. 6 CEDU) e costituzionali (artt. 2, 3, 24, 27, 111 e 117 Cost.).

4. La riforma introdotta dalla legge "Orlando".

La sentenza della Corte costituzionale appena illustrata ha aperto la strada all'introduzione del nuovo comma dell'art. 162 cod. proc. pen., la cui formulazione è stata precedentemente riportata.

La norma, ritenuta «assai laconica»²³, condiziona l'efficacia della dichiarazione di elezione del domicilio presso il difensore nominato d'ufficio, al fatto che essa sia accompagnata da una manifestazione di adesione alla stessa da parte del legale onerato della difesa officiosa²⁴. Se l'elezione di domicilio ha efficacia di regola dal giorno in cui perviene presso l'autorità procedente, nel caso in cui il difensore d'ufficio è individuato come domiciliatario, occorre un atto ulteriore per la produzione degli effetti, rappresentato dall'assenso del difensore domiciliatario²⁵.

La disposizione, invero, non prevede espressamente che il consenso sia manifestato all'esito di un preventivo contatto tra difensore d'ufficio e imputato; pur tuttavia si deve dare per supposta che avvenga una interlocuzione, tale da permettere al difensore di esprimere un consenso consapevole alla domiciliazione²⁶.

²² Cfr. *Il difensore d'ufficio e l'elezione di domicilio "forzata"*, comunicato dell'aprile 2017 dell'Osservatorio difesa d'ufficio "Paola Rebecchi", organismo istituito nell'ambito dell'Unione delle Camere penali italiane, reperibile in rete nel sito internet della rivista Parola alla difesa. Per una critica nei confronti della chiusura della Corte rispetto a future questioni di costituzionalità si veda anche F. VARONE, *Elezione di domicilio dell'imputato presso il difensore d'ufficio e processo in absentia: un discutibile caso di self-restraint della Corte Costituzionale*, in *Cass. Pen.* 2017, 2261

²³ Così G. BERGAMASCHI, *La nuova disciplina dell'elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio e le implicazioni neglette dal Legislatore*, in *Il penalista*, Milano, 28 giugno 2017.

²⁴ È stato precisato che la domiciliazione presso il difensore di ufficio, perfezionandosi solo con la concorrente accettazione del domiciliatario, finisce per atteggiarsi alla stregua di un atto complesso (F. VIGGIANO, *Art. 162*, in A. GIARDA – G. SPANGHER (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, 2017, Milano, 3484)

²⁵ G. SPANGHER, *Elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio*, in G. SPANGHER (a cura di), *La riforma Orlando. Modifiche al codice penale, Codice di procedura penale e ordinamento penitenziario*, Pisa, 2017, 104.

²⁶ A. GIARDA, *Le nuove indagini preliminari: rinforzo di garanzie ed accelerazioni funzionali*, cit., 1302; F. VERGINE, *Norme "minori" nella cd. riforma Orlando*, in G. M. BACCARI, C. BONZANO, K. LA REGINA, E. M. MANCUSO (a cura di), *Le recenti riforme in materia penale*, Padova, 2017, 171; F. VARONE, *Elezione di domicilio presso il difensore e*

Essa presuppone, quanto meno, che il difensore d'ufficio, seppur non abbia ancora avuto modo di confrontarsi con l'assistito, manifesti l'assenso alla domiciliazione nei soli casi in cui ritiene fondatamente di poter tenere aperto un canale di comunicazione.

Si può ritenere che, in tal modo, siano state create le condizioni per una difesa d'ufficio effettiva, fondata sulla concreta possibilità di instaurare e, soprattutto, di conservare nel tempo il rapporto informativo tra le parti. Proprio per tale conseguenza è stata pronosticata un'incidenza statistica assai ridotta dei casi di assenso all'elezione di domicilio²⁷, perché il difensore d'ufficio viene onerato di compiti informativi pieni e puntuali derivanti da un "surplus di responsabilizzazione" che scaturirebbe dal consenso prestato²⁸.

Il consenso del difensore, peraltro, non è soggetto all'uso di una forma particolare, potendo di conseguenza anche risultare dal verbale in cui si procede alla nomina di ufficio. Dall'atto deve emergere soltanto che, contattato e reso edotto dell'elezione di domicilio formulata dal suo assistito, il difensore abbia espresso la sua adesione²⁹.

nuovo art. 162, comma 4-bis, cod. proc. pen., tra esegesi riduttive e applicazioni contra legem, cit., 583, secondo cui la norma intende anche favorire il contatto tra il difensore d'ufficio e l'imputato; L. VIGNALE, *Processo in assenza ed elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio. L'art. 162, comma 4-bis, cod. proc. pen. e le ragioni di una riforma*, in *Questione Giustizia* 27 settembre 2017, secondo cui, quando l'indagato elegge domicilio presso il difensore d'ufficio, occorre assicurare un contatto tra domiciliato e domiciliatario.

²⁷ G. BISCARDI, *Un potenziamento del ruolo difensivo: Domicilio difensore d'ufficio, differimento dei colloqui in carcere, diritti d'informazione per l'offeso da reato*, in A. SCALFATI (a cura di), *La riforma della giustizia penale: Commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103*, Torino, 2017, 88.

²⁸ L'onere di informarsi sul procedimento, in verità, grava in prima battuta sull'indagato che ha eletto domicilio presso il difensore. Il Codice di deontologia forense, approvato dal Consiglio nazionale forense nella seduta del 31 gennaio 2014 e pubblicato sulla Gazzetta ufficiale del 16 ottobre 2014, all'art. 27, comma 1, intitolato "Doveri di informazione", prevede che "l'avvocato deve informare chiaramente la parte assistita, all'atto dell'assunzione dell'incarico, delle caratteristiche e dell'importanza di quest'ultimo e delle attività da espletare, precisando le iniziative e le ipotesi di soluzione". Al comma 6 della medesima disposizione, poi, è stabilito che "l'avvocato, ogni qual volta ne venga richiesto, deve informare il cliente e la parte assistita sullo svolgimento del mandato a lui affidato e deve fornire loro copia di tutti gli atti e documenti ...". In base a questa regola, dunque, è l'assistito che deve prendere l'iniziativa di informarsi sullo svolgimento dell'attività. L'art. 27, comma 7, della medesima disposizione, però, prevede che "... l'avvocato deve comunicare alla parte assistita la necessità del compimento degli atti necessari ad evitare prescrizioni, decadenze o altri effetti pregiudizievoli relativi agli incarichi in corso". L'art. 26 del medesimo codice deontologico, inoltre, impone al difensore di compiere con diligenza gli atti inerenti alla nomina ricevuta, in modo da non provocare una non scusabile e rilevante trascuratezza negli interessi della parte assistita. Queste norme, pertanto, comportano che l'avvocato assume il predetto onere informativo e ciò vale, a maggior ragione, quando è domiciliatario del suo assistito.

²⁹ Non è invece possibile una forma di assenso tacita, implicita o *per facta concludentia*, come, per esempio, nel caso di mancato rifiuto della notificazione, cfr. F. VARONE, *Elezione di domicilio presso il difensore e nuovo art. 162, comma 4-bis, cod. proc. pen., tra esegesi riduttive e applicazioni contra legem*, cit., 583. È stato affermato, in particolare, che vanno privilegiate quelle forme di manifestazione del consenso che consentano di verificare in maniera univoca la volontà del difensore d'ufficio, scoraggiando qualsiasi meccanismo presuntivo (così L. LAURICELLA, *L'elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio*, cit. 4).



3/2018

L'assenso del difensore domiciliatario, inoltre, non sembra debba essere necessariamente contestuale all'elezione di domicilio³⁰, essendo previsto che debba solo essere comunicato "unitamente" alla stessa.

Il riferimento alla "autorità che procede" implica necessariamente che tanto l'autorità di polizia, quanto quella giudiziaria, sia tenuta a ricevere anche l'adempimento prescritto. Anzi, deve ritenersi che la predetta autorità, nel momento in cui riceve l'elezione di domicilio, deve pretendere che l'imputato esibisca prova dell'assenso del difensore d'ufficio domiciliatario.

È stato ritenuto che, per assicurare una logica al sistema, in particolare perché l'art. 162, comma 1, cod. proc. pen. equipara la prima elezione ai successivi mutamenti, l'adesione è necessaria ogniqualvolta si indichi il difensore d'ufficio quale domiciliatario, indipendentemente dal fatto che detta indicazione sia la prima o una successiva³¹.

La disposizione, poi, impone espressamente solo la ricezione dell'assenso del difensore. Essa, invece, non vieta, che l'autorità che procede possa provvedere a sollecitare detta adesione anche di propria iniziativa, senza, cioè, ricevere una richiesta in tal senso dell'imputato o dell'indagato, consultando il difensore, in special modo se presente all'atto.

Il mancato assenso del difensore d'ufficio alla domiciliazione, comunque, non giustifica la sua sostituzione³².

È stato auspicato che, «per evitare un utilizzo strumentale della nuova disciplina», che la dichiarazione di assenso sia reputata irretrattabile³³. La dottrina prevalente, invece, ammette la successiva revoca dell'assenso del difensore d'ufficio o la rinuncia alla domiciliazione, anche se prevede che una tale evenienza verrà equiparata dalla giurisprudenza alle ipotesi di rifiuto della domiciliazione o delle connesse notifiche, che determinano l'inidoneità dell'elezione di domicilio, per sopravvenuta impossibilità di compiere le notificazioni nel domicilio eletto, con l'effetto che queste verranno eseguite al legale nominato *ex officio*, ai sensi dell'art. 161, comma 4, cod. proc. pen.³⁴

³⁰ Per la necessaria contemporaneità si è espresso F. VIGGIANO, *Art. 162*, in A. GIARDA – G. SPANGHER (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, 2017, Milano, 3484.

³¹ F. VERGINE, *Norme "minori" nella cd. riforma Orlando*, cit. 171.

³² In dottrina è stato osservato che detta sostituzione si risolverebbe in un sostanziale aggiramento della nuova disposizione (A. MARANDOLA, *Alcuni interventi riguardanti la fase delle indagini preliminari*, in *Giur. It.* 2017, 10, 2253). Al riguardo, è stata denunciata dall'Osservatorio difesa d'ufficio "Paola Rebecchi" una prassi scorretta che sarebbe stata instaurata fin dalle prime applicazioni della nuova norma in esame, secondo la quale il mancato assenso all'elezione di domicilio provocherebbe la "revoca" del difensore d'ufficio designato per unilaterale iniziativa della polizia giudiziaria (cfr. "Dall'elezione di domicilio forzata presso il difensore d'ufficio alla revoca forzata del difensore d'ufficio: l'eterogenesi dei fini dell'art. 162 co. 4-bis cod. proc. pen. ad opera della quotidiana prassi giudiziaria", documento del 13 dicembre 2017, reperibile in rete nel sito internet della rivista *Parola alla difesa*).

³³ L. LAURICELLA, *L'elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio*, cit. 4

³⁴ G. BERGAMASCHI, *La nuova disciplina dell'elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio e le implicazioni neglette dal Legislatore*, in *Il penalista*, cit.; F. VARONE, *Elezione di domicilio presso il difensore e nuovo art. 162, comma 4-bis, cod. proc. pen., tra esegesi riduttive e applicazioni contra legem*, cit., 588, il quale, peraltro, auspica che siano

5. (segue) L'elezione di domicilio inefficace.

La disciplina contenuta nell'art. 161, comma 4-*bis*, cod. proc. pen. lascia aperto un aspetto delicato. Essa, infatti, si limita a prevedere che, nel caso in cui manca l'atto di assenso del difensore, l'elezione di domicilio “*non ha effetto*”, senza precisare le conseguenze di tale inefficacia³⁵.

In tale ipotesi, sono state ipotizzate due diverse soluzioni interpretative.

Secondo una prima lettura, nella norma citata la locuzione “*non ha effetto*” significa “*tamquam non esset*”, con la conseguenza che si deve procedere alla notifica nelle forme previste per la prima notifica all'imputato non detenuto dall'art. 157 cod. proc. pen. È stato sostenuto, in particolare, che tale opzione ermeneutica sarebbe l'unica conforme allo spirito della legge, che mira ad impedire modalità meramente formali di conoscenza, le quali che si tradurrebbero in inammissibili presunzioni di conoscenza dell'atto³⁶.

Una diversa opinione ritiene che l'aver indicato un domicilio senza effetto integrerebbe una condizione assimilabile alla mancanza o all'inidoneità del domicilio dichiarato o eletto prevista dall'art. 161, comma 4, cod. proc. pen. In questo caso, di conseguenza, la notifica potrebbe comunque essere effettuata al difensore di ufficio, ma ex art. 161, comma 4, cod. proc. pen.³⁷

A tale ultimo riguardo, è stato puntualizzato che la condizione di inidoneità o di mancanza del domicilio si determinerebbe soltanto all'esito di un nuovo invito dell'autorità che procede ad eleggere o dichiarare un domicilio³⁸. In questo momento, se l'indagato non provvede alla dichiarazione o all'elezione del domicilio in un luogo diverso ovvero insiste per quella presso l'avvocato d'ufficio, crea egli stesso il

accolte dalla giurisprudenza soluzioni che garantiscano l'effettiva conoscenza del procedimento da parte dell'imputato.

³⁵ In dottrina è stato affermato che l'impiego dell'espressione « “non ha effetto” manifesta che il legislatore è stato distratto, superficiale, poco informato sul sistema della validità o della invalidità degli atti processuali, frettoloso, noncurante per il rispetto del principio di stratta legalità processuale fissato ormai in modo indiscutibile dall'art. 111 Cost., comma 1 ...», concludendosi che l'atto è nullo o addirittura inesistente per mancanza di un elemento essenziale (A. GIARDA, *Le nuove indagini preliminari: rinforzo di garanzie ed accelerazioni funzionali*, cit. 1302)

³⁶ A. MARANDOLA, *Alcuni interventi*, cit. 2253; L. VIGNALE, *Processo in assenza ed elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio. L'art. 162, comma 4-bis, cod. proc. pen. e le ragioni di una riforma*, in *Questione Giustizia* 27 settembre 2017; L. LAURICELLA, *L'elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio*, cit., 3.

³⁷ In dottrina (F. VARONE, *Elezione di domicilio presso il difensore e nuovo art. 162, comma 4-bis, cod. proc. pen., tra esegesi riduttive e applicazioni contra legem*, cit., 585), peraltro, è stato evidenziato che la “mancanza” dell'elezione di domicilio è fatto giuridico diverso dall'inefficacia della stessa

³⁸ Le linee guida elaborate da alcuni Procuratori della Repubblica prevedono proprio che quando manchi l'assenso del difensore, la polizia giudiziaria debba informare l'interessato che l'elezione di domicilio non ha effetto, invitandolo ad eleggere un nuovo domicilio (cfr. [Linee guida della Procura di Tivoli per l'applicazione della legge 23 giugno 2017, n. 103](#), in *questa Rivista*, 14 settembre 2017).



3/2018

presupposto per la notifica al difensore ex art. 161, comma 4, cod. proc. pen., perché si rifiuta di rispondere all'invito oppure persevera nell'indicare un luogo inidoneo.

Accedendo alla prima opzione ermeneutica, le attività di identificazione dell'indagato e di invito a dichiarare o eleggere un domicilio, necessarie per il proficuo svolgimento del procedimento penale, sarebbero neutralizzate dal mancato assenso del difensore. A favore della seconda interpretazione, poi, milita la considerazione che l'indicazione di un domicilio inidoneo o inesistente ovvero la mancanza di tale elezione o dichiarazione, nonostante l'invito ricevuto, determina l'operatività di cui all'art. 161, comma 4, cod. proc. pen.

Tra le due soluzioni, tuttavia, si ritiene preferibile la prima, perché quella alternativa finirebbe con il vanificare la portata della nuova norma. La nuova disposizione verrebbe facilmente aggirata e si ritornerebbe a legittimare il fenomeno della domiciliazione "forzata" che si intendeva superare³⁹.

È stato sostenuto, inoltre, che, in quanto improduttiva di effetti, l'elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio "non assentita" non permette il processo in assenza⁴⁰, nonostante che «in una visuale estrema, la risposta positiva non parrebbe preclusa, posto che la mancanza di effetto sancita dal comma 4-bis dell'art. 162 è prescritta al solo scopo di vietare le notifiche in loco»⁴¹.

Sul punto si deve convenire.

Inefficace l'elezione di domicilio a cui l'avvocato non ha prestato consenso, invero, rimane produttiva di effetti solo la nomina del difensore d'ufficio, che è intervenuta su iniziativa dell'autorità che procede e non dell'indagato o dell'imputato. Questo atto, a differenza della nomina di un difensore di fiducia, non rientra tra quelli che, ai sensi dell'art. 420-bis, comma 2, cod. proc. pen., consentono lo svolgimento del procedimento in assenza.

La nomina fiduciaria, proveniente dall'imputato, infatti, sottende la possibilità di un flusso informativo tra lo stesso imputato ed il difensore di tale intensità da rendere ragionevole lo svolgimento del procedimento in assenza. Essa presuppone che l'imputato ha avuto conoscenza del procedimento e che, assolvendo agli oneri informativi che gravano su di lui, possa venire a sapere della sua celebrazione e del contenuto dell'accusa.

Non prevedendo la nomina del difensore d'ufficio tra gli atti che, ai sensi dell'art. 420-bis, comma 2, cod. proc. pen., permettono il procedimento in assenza, il legislatore ha manifestato di ritenere che, in questa seconda ipotesi, il descritto flusso informativo tra le parti possa essere di minore intensità.

³⁹ Secondo L. VIGNALE, *Processo in assenza ed elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio*, cit., nel caso in cui fosse inefficace l'elezione di domicilio per il mancato consenso del difensore alla stessa, ove si ritenesse possibile la notifica ex art. 161, comma 4, cod. proc. pen., non se disapplicherebbe la riforma, ma la si aggirerebbe.

⁴⁰ L. VIGNALE, *Processo in assenza ed elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio*, cit.

⁴¹ G. BISCARDI, *Un potenziamento del ruolo difensivo*, cit. 88, il quale, pur propendendo per la soluzione contraria, rileva che, se l'imputato ha eletto domicilio, quantunque in modo inefficace, mostra di aver conoscenza del processo.



3/2018

Dalla nomina del difensore d'ufficio (e da un'elezione di domicilio inefficace), dunque, non può inferirsi che la successiva assenza nel giudizio dell'imputato sia frutto di una rinuncia volontaria a presenziare.

6. Conseguenze sul piano del diritto intertemporale.

Il nuovo art. 162, comma 4-*bis*, cod. proc. pen. costituisce una norma processuale, in quanto individua il luogo nel quale l'imputato intende ricevere gli atti del procedimento. Trova applicazione, pertanto, la regola secondo cui la validità dell'atto deve essere valutata alla luce della normativa esistente al momento della elezione di domicilio.

Le elezioni di domicilio precedenti alla introduzione della nuova disposizione, pertanto, devono ritenersi pienamente efficaci e le notifiche effettuate in tal modo devono ritenersi ugualmente legittime.

Tale considerazione sembra potersi estendere anche all'*iter* notificatorio che interviene in un momento successivo all'entrata in vigore della novella sulla base di elezioni di domicilio compiute nella vigenza del vecchio regime. La considerazione per cui la disciplina applicabile era quella vigente al momento della elezione di domicilio sembra comportare che la stessa sia pienamente efficace, sicché legittimamente le notifiche anche successive al 3 agosto 2017, data di entrata in vigore della nuova disposizione, che dovessero essere necessarie, potrebbero essere effettuate valendosi della elezione di domicilio, anche senza l'assenso del domiciliatario. Ove il medesimo rifiutasse di ricevere l'atto subentrerebbe comunque la previsione dell'art. 161, comma quarto, cod. proc. pen., in quanto l'elezione di domicilio (da ritenersi validamente effettuata), sarebbe divenuta inidonea.

La possibilità di compiere le notifiche avvalendosi dell'elezione di domicilio precedente alla riforma, ovviamente, si riverbera sulla valutazione della possibilità di procedere al giudizio in assenza dell'imputato. Tale profilo non investe la fase delle indagini preliminari che potranno proseguire garantendo la notificazione all'indagato degli atti al medesimo destinati "avvalendosi" dell'indicazione del domiciliatario difensore di ufficio (indicato *ante* 3 agosto 2017).

La necessità di accertare l'effettiva conoscenza del procedimento in corso, con l'instaurazione di un rapporto professionale, peraltro, potrebbe aiutare a dipanare le questioni che potrebbero insorgere con riferimento a notificazioni compiute in base ad elezioni di domicilio effettuate prima dell'entrata in vigore della nuova norma.