

IL CASO MELLONI: LA CORTE DI GIUSTIZIA RISPONDE CON IL PRIMATO  
DELL'UNIONE ALLE PRETESTUOSE PREOCCUPAZIONI DEI GIUDICI NAZIONALI.  
RICONOSCIMENTO DELLE DECISIONI GIUDIZIARIE RESE A SEGUITO DI  
PROCEDIMENTI *IN ABSENTIA*.

Abstract

Il presente lavoro, trae spunto dall'analisi della sentenza Melloni: la pronuncia permette di affrontare questioni ancora aperte in tema di riconoscimento delle decisioni giudiziarie nello spazio di libertà sicurezza e giustizia rese a termini di procedimenti avvenuti *in absentia*.

Il processo in contumacia è variamente disciplinato dalla normativa interna degli Stati membri.

Il legislatore europeo emanò nel 2009 la decisione quadro 2009/299/GAI il cui scopo è il rafforzamento dei diritti processuali delle persone e la promozione e l'applicazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni pronunciate in assenza dell'interessato al processo. La suddetta decisione quadro introdusse il nuovo art. 4 *bis* della decisione quadro 2002/584/GAI sul mandato di arresto europeo: tale norma stabilisce che la consegna di un soggetto, processato *in absentia* e destinatario di un MAE, non può essere rifiutata al verificarsi di determinate circostanze segnatamente indicate nella norma.

La Corte costituzionale spagnola, sollevando il rinvio pregiudiziale, chiedeva alla Corte di giustizia di interpretare l'art. 4 *bis* e, se del caso, valutarne l'invalidità in relazione agli artt. 47-48-53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

La Corte di giustizia, con la sentenza in commento, dà un'interpretazione della norma chiarendone la conformità agli artt. 47 e 48 della Carta, e risolve il terzo quesito relativo all'art. 53 della Carta con il principio del primato dell'Unione europea. Quest'ultimo aspetto della sentenza ha generato diverse polemiche: non è mancato chi si è spinto ad affermare che la Corte ha anteposto ai diritti fondamentali dell'imputato l'interesse dell'Unione a garantire il corretto funzionamento del MAE. Nella nota qui di seguito si sostiene che la Corte di giustizia ha emesso una sentenza conforme ai principi e alle norme dell'ordinamento dell'Unione europea.

Infine, si commenterà il riformato art. 175, comma 2 del c.p.p. sulla restituzione in termini. Dall'analisi della suddetta norma si noterà che, sebbene il legislatore abbia invertito l'onore della prova dell'"effettiva conoscenza" del processo o provvedimento - oggi non più in capo al contumace - l'istanza di restituzione in termine, nella prassi, viene spesso rigettata dall'autorità giudiziaria. L'onere della prova viene nuovamente ribaltato dall'autorità giudiziaria, la quale attribuisce una presunzione di effettiva conoscenza ove sia presente agli atti l'avvenuta notifica presso l'avvocato di fiducia. Si ritiene che tale sistema non sia del tutto efficiente, poiché di fatto resta in capo all'interessato l'onore di dover

provare che nonostante l'avvenuta notifica egli non ha avuto conoscenza del provvedimento, ad esempio per negligenza del difensore.

Inoltre, si vedrà come la Corte di cassazione, in riferimento al rapporto cliente/avvocato, operi, un distinguo tra difensore di fiducia e difensore d'ufficio; quindi, si darà conto della correttezza di questa distinzione e di alcune prospettive future.

The work arises from the analysis of the judgment in the *Melloni* case law: the judgment allows facing with still open questions in matters of Recognition of judgments in the Area of freedom, security and justice which have been delivered in judgments *in absentia*.

The trial for contumacy is regulated by the National legislation of the Member States in different ways.

In 2009 The European legislator enacted the Framework Decision 2009/299/JHA whose aim is to reinforce the procedural rights of the persons and the promotion and the application of the mutual recognition principle of the decisions rendered in the absence of the person concerned at the trial. The above mentioned Framework Decision introduced the new art. 4 *bis* of the Framework Decision 2002/584/JHA on the European arrest warrant: this norm establishes that the surrender of the person, convicted *in absentia*, subjected to the EAW, cannot be refused if specific circumstances indicated in the norm occur.

The Spain's Constitutional Court, raising the preliminary ruling, asked to the Court of Justice to interpret the art. 4 *bis* and if evaluate its invalidity in relation with the artt., 47-48 – 53 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union.

The Court of Justice, with the judgment analyzed, gives an interpretation of the norm, clarifying the conformity to the art. 47 and 48 of the Charter, and resolve the third question related to the art. 53 of the Charter with the principle of the primacy of European Union law. This last aspect of the judgment has created different polemics: someone has stated that the Court has put before the fundamental rights of the accused, the interest of the European Union in guaranteeing the correct functioning of the EAW. In the comment below, it is stated that the Court of Justice has delivered a judgment in conformity with the principles and the norms of the EU order.

Finally, the work also will comment the reformed art. 175, paragraph 2 of the Criminal Procedural Code, on the “restituzione in termini”.

Through the analysis of the above mentioned norm you will notice that although the legislator has inverted the burden of the proof of the positive knowledge of the trial and measures – today it is not more incumbent upon the defaulter - the petition for “restituzione in termini”, in the practice, is often rejected by the judicial authority. The burden of the proof is turned over by the legal authority again, which attributes a presumption of the positive knowledge where in the deeds the occurred notification at the trusted lawyer is present. The system is not efficient, because it is the person concerned who has to verify that, in spite of the occurred notification he does not know anything about the measure, as for example for the negligence of the defender.

As regards the relation client/lawyer, you will see also as the Court of Appeal establishes a difference between the trusted lawyer and Court – appointed lawyer: in this way it will be considered the correctness of this distinction and of some future prospectives

## Keywords

Processo *in absentia* - Art. 4 *bis* decisione quadro 2009/299/GAI- Sentenza Corte di giustizia, 26 febbraio 2013, causa C-399/11, Melloni- Contumacia- Restituzione in termini.

Trial *in absentia* - Art. 4 Framework Decision 2009/299/JHA - Judgment of the Court (Grand Chamber) of 26 February 2013, Case C-399/11, Melloni – Contumacy – Restituzione in termini.

**SOMMARIO** :1. Premessa - 2. Mandato di arresto europeo, due questioni a confronto: processo in contumacia e principio del riconoscimento reciproco - 3. la sentenza Melloni: in particolare i fatti oggetto del procedimento principale e le conseguenti questioni pregiudiziali - 3.1 la prima questione pregiudiziale- 3.2 la seconda questione pregiudiziale- 3.3 la terza questione pregiudiziale- 4 il diritto di partecipare alle udienze e le procedure contumaciali secondo l'interpretazione della Corte di Strasburgo - 5. Il primato dell'Unione europea affermato dalla Corte di Giustizia nella sentenza Melloni e le conseguenti critiche- 6. L'istituto della restituzione nel termine nel codice di rito italiano: un po' di autocritica - 7. Conclusioni.

## 1. Premessa

Con il presente lavoro s'intende cogliere gli aspetti più salienti della sentenza emessa dalla Corte di giustizia in data 26 febbraio 2013, nel caso *Melloni*. La suddetta pronuncia induce a più di uno spunto riflessivo, dando modo allo studioso di interrogarsi su alcune questioni ancora aperte in tema di procedimenti *in absentia*.

Le problematiche interpretative poste al vaglio interpretativo della Corte di giustizia riguardavano l'interpretazione dell'art 4*bis* della decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio relativa al mandato di arresto europeo e alle procedure di consegna tra gli Stati membri<sup>1</sup> come introdotto dalla decisione quadro 2009/299/GAI<sup>2</sup>.

Il *thema decidendum* della sentenza in commento ruota attorno alla questione dell'esecuzione di un mandato d'arresto europeo a seguito di decisioni pronunciate al termine di un processo cui l'interessato non è comparso personalmente. Segnatamente il caso proposto all'attenzione della Corte concerneva il fatto se lo Stato di esecuzione di un mandato d'arresto europeo possa rifiutare la consegna quando il processo a carico dell'interessato si sia svolto in contumacia e non vi sia la possibilità di riaprire il processo una volta consegnato il soggetto allo Stato di emissione.

Il primo problema da risolvere è, dunque, quello relativo alla compatibilità dell'esecuzione del MAE a seguito di processi avvenuti in contumacia con gli artt.47 e 48 della Carta di Nizza, dunque anche con l'art 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

In subordine alla Corte è stato chiesto di risolvere una seconda questione di non poco valore: quella concernente l'interpretazione da dare all'art. 53 della Carta di Nizza; precisamente veniva

---

<sup>1</sup> DECISIONE QUADRO 2002/584/GAI DEL CONSIGLIO del 13 giugno 2002 relativa al mandato di arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri. In GUUEL L190 del 18/07/2002, p.1 ss.

<sup>2</sup> DECISIONE QUADRO 2009/299/GAI DEL CONSIGLIO del 26 febbraio 2009 che modifica le decisioni quadro 2002/584/GAI, 2005/214/GAI, 2006/783/GAI, 2008/909/GAI e 2008/947/GAI, rafforzando i diritti processuali delle persone e promuovendo l'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle decisioni pronunciate in assenza dell'interessato al processo. In GUUEL L81 del 27 marzo 2009 p.24 ss.

formulato dal giudice *a quo* il seguente quesito :«*se l'articolo 53 della Carta, interpretato sistematicamente in relazione ai diritti riconosciuti dagli articoli 47 e 48 della stessa, consenta ad uno Stato membro di subordinare la consegna di una persona condannata in absentia alla condizione che la sentenza di condanna possa essere riesaminata nello Stato richiedente, riconoscendo così a tali diritti un livello di protezione più elevato rispetto a quello derivante dal diritto dell'Unione europea, al fine di evitare un'interpretazione limitativa o lesiva di un diritto fondamentale sancito dalla Costituzione di tale Stato membro*».

Con la sentenza in commento la Corte ha dichiarato che il contesto e lo scopo della norma di cui all'art. 4-bis, par. 1, non ammettono che l'autorità giudiziaria dell'esecuzione subordini l'esecuzione di un mandato d'arresto europeo alla condizione che la sentenza di condanna pronunciata in contumacia possa essere oggetto di revisione nello Stato membro che ha emesso il mandato d'arresto<sup>3</sup>.

Occorrerà chiedersi se la scelta del legislatore europeo di indicare in modo analitico i casi in cui è possibile rifiutare di eseguire un mandato di arresto europeo sia stata una scelta corretta e se soprattutto, l'individuazione di tali casi risulti esaustiva. Questo passaggio è fondamentale e necessario per comprendere la decisione della Corte di giustizia; analizzare la norma e la sua compatibilità con gli artt.47 e 48 della Carta di Nizza appare indispensabile per comprendere se nel caso di specie risultasse necessario il rinvio pregiudiziale proposto.

Il ragionamento che si intende seguire, per una corretta analisi della pronuncia della Corte di giustizia, prevede, quindi, un richiamo alla disciplina del MAE a seguito delle modifiche apportate dalla decisione quadro 2009/299/GAI del Consiglio. Analizzeremo gli sforzi effettuati dal legislatore europeo per assicurare le garanzie procedurali a tutela dei diritti di difesa dell'imputato, chiedendoci se sia riuscito a conseguire questo obiettivo; e tenendo sempre presente lo scopo ultimo del legislatore europeo; quello cioè di favorire l'integrazione giuridica degli Stati membri in materia processuale penale, attraverso il principio del riconoscimento reciproco, elemento e principio indispensabile per la realizzazione di uno spazio europeo di libertà sicurezza e giustizia.

L'intento del presente commento è quello di lanciare una provocazione. Cercheremo di dimostrare che le norme poste dal legislatore europeo in materia di esecuzione del mandato di arresto europeo, per quanto certamente perfetibili, appaiono compatibili con i criteri ormai pacificamente riconosciuti e sanciti da costante giurisprudenza delle Corti europee, in tema di procedimenti *in absentia*; dunque instilleremo un dubbio: riteniamo, infatti, che il rinvio pregiudiziale presentato dal giudice del *Tribunal Constitucional* muoveva da una diversa esigenza se non urgenza, cioè quella minare il principio del primato dell'Unione ricorrendo alla "dottrina" dei controlimiti.

---

<sup>3</sup> G. DE AMICIS, " *All'incrocio tra diritti fondamentali, mandato d'arresto europeo e decisioni contumaciali: la Corte di Giustizia e il "caso Melloni"*, pubblicato su [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)

Infine, poiché il tema del processo in contumacia è argomento serio e di grande importanza, lanceremo uno sguardo al nostro codice di procedura penale in materia di restituzione nel termine, evidenziando quegli aspetti che riteniamo non ancora conformi ai dettami dell'equo processo.

## 2. IL MANDATO D'ARRESTO EUROPEO, DUE QUESTIONI A CONFRONTO: PROCESSO IN CONTUMACIA E PRINCIPIO DEL RICONOSCIMENTO RECIPROCO.

Al fine di rafforzare i diritti processuali delle persone e promuovere l'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle decisioni pronunciate in assenza dell'interessato al processo, la decisione quadro 2009/299/GAI del Consiglio del 26 febbraio 2009 indica nei propri consideranda iniziali le ragioni che hanno spinto il legislatore europeo a modificare le indicate decisioni quadro. Si legge nel considerando n. 2 che *«le varie decisioni quadro che applicano il principio del riconoscimento reciproco alle decisioni giudiziarie definitive non affrontano in modo uniforme la questione delle decisioni pronunciate al termine di un processo a cui l'interessato non è comparso personalmente. Questa diversità potrebbe complicare il lavoro degli operatori del settore ed ostacolare la cooperazione giudiziaria»*<sup>4</sup>. Quindi, il problema normativo da risolvere, ad avviso del legislatore europeo, è la mancata uniformità nell'affrontare le questioni legate a decisioni giudiziarie definitive e pronunciate al termine di procedimenti svolti *in absentia*.

Specificatamente nel considerando n. 3 della decisione quadro si legge: *«La decisione quadro 2002/584/GAI, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri, consente all'autorità di esecuzione di esigere che l'autorità di emissione fornisca assicurazioni considerate sufficienti a garantire alle persone oggetto del mandato d'arresto europeo la possibilità di richiedere un nuovo processo nello Stato membro di emissione e di essere presenti al giudizio. Spetta all'autorità di esecuzione decidere se le assicurazioni fornite siano sufficienti ed è pertanto difficile sapere con esattezza quando l'esecuzione possa essere rifiutata»*. Proprio per tali ragioni è necessario, ad avviso del legislatore europeo, prevedere motivi chiari e comuni per il non riconoscimento delle decisioni pronunciate al termine di un procedimento *in absentia*.

Nel considerando n. 4 della decisione quadro, è, altresì, precisato che resta compito degli Stati membri disciplinare le forme e i metodi, ivi compresi i requisiti processuali utilizzabili per raggiungere gli obiettivi prefissati dalla decisione quadro.

Il legislatore europeo chiarisce nel considerando n. 6 della decisione quadro 2009/299/GAI le condizioni in base alle quali il riconoscimento e l'esecuzione di una decisione pronunciata al termine di un processo al quale l'interessato non sia comparso personalmente non dovrebbero essere rifiutati. Stabilendo tali condizioni, il legislatore determina i necessari presupposti per l'esecuzione di un mandato d'arresto europeo che sia rispettoso delle garanzie processuali, il legislatore europeo fissa delle presunzioni al verificarsi delle quali *ipso facto* non può parlarsi di violazione dell'equo processo. Ed è

---

<sup>4</sup> Considerando n.2 decisione quadro 2009/299/GAI del Consiglio 26 febbraio 2009.

chiaro il perché di tale scelta legislativa: non può esserci integrazione, non può esserci riconoscimento reciproco senza la fissazione di criteri generali ed uniformi per il riconoscimento delle decisioni giudiziarie avvenute in contumacia.

Vediamo, dunque, i criteri che il legislatore ha individuato: a) innanzitutto, l'interessato deve essere consapevole del fatto che vi sia un procedimento pendente a suo carico; pertanto egli deve essere citato personalmente e quindi informato della data e del luogo fissati per il processo terminato con la decisione o se è stato informato ufficialmente con altri mezzi della data e del luogo fissati per il processo in modo tale che sia chiarito inequivocabilmente che l'interessato era al corrente del processo fissato; b) l'imputato deve aver ricevuto tali informazioni a tempo debito, vale a dire un tempo atto a permettergli di partecipare al processo e di esercitare efficacemente il suo diritto di difesa.<sup>5</sup> Nella decisione quadro in esame si ricorda che il diritto a un equo processo è previsto e garantito dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, come interpretata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. Il diritto all'equo processo include il diritto dell'interessato a comparire personalmente al processo; c) al fine di esercitare il diritto dell'interessato a comparire personalmente al processo è necessario assicurare allo stesso la conoscenza dell'esistenza di un processo; il diritto ad essere informati dovrebbe essere, ai sensi della decisione quadro, assicurato da ciascuno Stato membro in conformità al proprio diritto interno; d) per accertare se tale obbligo di informazione da parte dello Stato membro sia sufficiente a garantire i diritti dell'interessato, si fa riferimento alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, ove si è consolidato l'orientamento secondo il quale nell'esaminare se il modo in cui sono state fornite le informazioni all'interessato sia sufficiente per assicurare la consapevolezza del processo, si potrebbe prestare attenzione anche alla diligenza posta dall'interessato al fine di ricevere informazioni a lui destinate.

Pertanto si legge nel considerando n. 10 della decisione quadro «Il riconoscimento e l'esecuzione di una decisione pronunciata termine di un processo a cui l'interessato non è comparso personalmente non dovrebbero essere rifiutati qualora l'interessato, essendo al corrente del processo fissato, sia stato patrocinato in giudizio da un difensore a cui aveva conferito il relativo mandato, assicurando un'assistenza legale concreta ed efficace. In tale contesto, non dovrebbe interessare se il difensore sia stato scelto, nominato e retribuito dall'interessato ovvero se sia stato nominato e retribuito dallo Stato, fermo restando che l'interessato deve aver scelto deliberatamente di essere rappresentato da un difensore invece di comparire personalmente al processo. La nomina del difensore e le questioni connesse rientrano nel diritto interno»<sup>6</sup>.

Per il legislatore europeo la presenza di tali presupposti è sufficiente a soddisfare il richiesto requisito della corretta informazione.

---

<sup>5</sup> Considerando n.7 decisione quadro 2009/299/GAI del Consiglio del 26 febbraio 2009

<sup>6</sup> Considerando n.10 decisione quadro 2009/299/GAI del Consiglio

La decisione quadro sul MAE - che prevede agli artt. 3 e 4 rispettivamente i motivi di non esecuzione obbligatoria e facoltativo del mandato d'arresto europeo<sup>7</sup> - è dunque integrata dal nuovo art 4bis: esso, pur ribadendo la possibilità per lo Stato emittente di rifiutare la consegna dell'interessato per le decisioni emesse a seguito di procedimenti *in absentia*, chiarisce e specifica i casi in cui la consegna non può essere rifiutata, seppur il mandato d'arresto sia richiesto a seguito di decisioni prese *in absentia*.

La consegna non può essere rifiutata se nel MAE è indicato che l'interessato, conformemente agli ulteriori requisiti processuali definiti nel diritto interno dello Stato membro emittente, a tempo debito è stato citato personalmente, ed è quindi stato informato della data e del luogo fissati per il processo terminato con la decisione o è stato di fatto informato ufficialmente con altri mezzi della data e del luogo fissati per il processo, in modo tale che si è stabilito inequivocabilmente che era al corrente del processo fissato; non può essere rifiutato il MAE nemmeno se è stato informato del fatto che una decisione poteva essere emessa in caso di mancata comparizione in giudizio; o essendo al corrente della data fissata, aveva conferito un mandato ad un difensore, nominato dall'interessato o dallo Stato, per patrocinarlo in giudizio, ed è stato in effetti patrocinato in giudizio da tale difensore; o dopo aver ricevuto la notifica della decisione ed essere stato espressamente informato del diritto a un nuovo processo o ad un ricorso in appello cui l'interessato ha il diritto di partecipare e che consente di riesaminare il merito della causa, comprese le nuove prove, e può condurre alla riforma della decisione originaria, ha dichiarato espressamente di non opporsi alla decisione; o non ha richiesto un nuovo processo o presentato ricorso in appello entro il termine stabilito; o non ha ricevuto personalmente la notifica della decisione, ma riceverà personalmente e senza indugio la notifica dopo la consegna e sarà espressamente informato del diritto ad un nuovo processo o ad un ricorso in appello cui l'interessato ha il diritto di partecipare e che consente di riesaminare il merito della causa, comprese le nuove prove, e può condurre alla riforma della decisione originaria; e sarà informato del termine entro cui richiedere un nuovo processo o presentare ricorso in appello, come stabilito nel mandato d'arresto europeo pertinente.

Questa, dunque, la nuova disciplina del mandato d'arresto europeo modificata dalla decisione quadro 2009/299/GAI, il cui scopo è rafforzare i diritti processuali delle persone sottoposte a procedimento penale, e di facilitare la cooperazione giudiziaria in materia penale, in particolare, di migliorare il reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie tra gli Stati membri.

Alla base della disciplina sul mandato d'arresto europeo vi è il principio del riconoscimento reciproco, principio che va compreso, accettato e abbracciato dagli Stati membri se si vuole consapevolmente costruire uno spazio europeo di libertà sicurezza e giustizia.

Se lunga e impervia è la strada dell'integrazione europea in materia penale, ancor di più lo è in un ambito delicato come quello del riconoscimento delle decisioni giudiziarie a seguito di procedimenti

---

<sup>7</sup> Vedi decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio artt 3-4

in contumacia. Infatti, il processo in contumacia pone questioni di grande rilievo in tema di rispetto dei diritti di difesa dell'imputato, tuttavia esso è strumento che permette agli organi giudiziari di superare l'*impasse* di un potenziale stallo processuale.

Non è un caso che vi sia una nutrita giurisprudenza della Corte Edu sul tema dei processi in contumacia, resta dunque da comprendere se la previsione del legislatore europeo sia conforme ai principi espressi dalla Corte di Strasburgo e, per converso, sia altresì conforme ai principi espressi dalla Carta dei diritti fondamentali europea.

### 3. LA SENTENZA MELLONI: IN PARTICOLARE I FATTI OGGETTO DEL PROCEDIMENTO PRINCIPALE E LE CONSEGUENTI QUESTIONI PREGIUDIZIALI.

La Corte di giustizia era adita dal *Tribunal Constitucional* ex art 267 TFUE, con una domanda di rinvio pregiudiziale relativa all'interpretazione e, se del caso, alla validità, dell'art 4 *bis*, paragrafo 1, della decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, come modificata dalla commentata decisione quadro 2009/299/GAI del Consiglio. La Corte costituzionale spagnola invitava inoltre la Corte di giustizia a valutare, se uno Stato membro possa rifiutarsi di eseguire un mandato di arresto europeo sulla base dell'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali a motivo della violazione dei diritti fondamentali della persona in questione, maggiormente o diversamente garantiti dalla Costituzione nazionale.

La domanda di rinvio pregiudiziale proposta trae origine dalla controversia tra il sig. Melloni e il *Ministerio Fiscal* (Pubblico Ministero) spagnoli. La controversia si riferiva all'esecuzione del mandato di arresto europeo emesso dalle autorità italiane per l'esecuzione della sentenza di condanna a una pena detentiva irrogata al sig. Melloni in contumacia.

Il sig. Melloni veniva indagato in Italia per il delitto di bancarotta fraudolenta. Ma essendosi trasferito in Spagna, il Tribunale di Ferrara emetteva due mandati di arresto, rispettivamente del 13 maggio e del 15 giugno 1996, affinché lo stesso potesse essere ivi giudicato; con ordinanza del 1°ottobre 1996 la prima sezione della camera penale della *Audiencia Nacional* (Tribunale centrale, Spagna) concedeva l'extradizione verso l'Italia del sig. Melloni; ma quest'ultimo, dopo aver pagato una cauzione di ESP 5 000 000 ( versata il 30 aprile 1996), veniva rimesso in libertà e si dava alla fuga, dunque non veniva consegnato alle autorità italiane.

Rilevata la mancata comparizione del sig. Melloni, il Tribunale di Ferrara autorizzava l'esecuzione delle notifiche presso i difensori di fiducia da lui nominati. Il processo del sig. Melloni si svolgeva quindi in contumacia con il seguente esito: con sentenza del Tribunale di Ferrara del 21 giugno 2000, confermata poi con sentenza della Corte di appello di Bologna del 14 marzo 2003, il sig. Melloni veniva condannato per bancarotta fraudolenta alla pena di anni dieci di reclusione. Con decisione del 7 giugno 2004, la V sezione penale della Corte Suprema di Cassazione respingeva il ricorso proposto dai difensori del sig. Melloni. Dunque, il Procuratore generale della Repubblica presso la Corte di appello di

Bologna emetteva il mandato di arresto n. 271/2004 ai fini dell'esecuzione della sentenza di condanna pronunciata dal Tribunale di Ferrara. Il primo agosto 2008 la polizia spagnola arrestava il sig. Melloni, quindi il *Juzgado Central de Instrucción* n.6 (Spagna) disponeva, con ordinanza del 2 agosto 2008, la trasmissione degli atti relativi al mandato di arresto europeo alla prima sezione della camera penale della *Audiencia Nacional*.

Il sig. Melloni si opponeva alla propria consegna alle autorità italiane, adducendo le seguenti ragioni:

a) durante il processo di appello egli aveva nominato un avvocato diverso dai due che lo avevano precedentemente rappresentato, revocando la nomina conferita a questi ultimi, e che, nonostante tale revoca, le autorità italiane avevano continuato ad effettuare le notifiche presso i precedenti difensori;

b) il diritto processuale italiano non prevede la possibilità di impugnare le sentenze di condanna pronunciate *in absentia* e dunque l'esecuzione del mandato di arresto europeo doveva essere subordinata, se del caso, alla condizione che la Repubblica Italiana garantisse la possibilità di impugnare la sentenza di condanna.

La prima sezione della camera penale dell'*Audiencia Nacional* autorizzava la consegna del sig. Melloni alle autorità italiane ai fini dell'esecuzione della sentenza di condanna inflitta dal Tribunale penale di Ferrara, quindi, non venivano accolte le osservazioni del sig. Melloni poiché non era stato dimostrato che gli avvocati da lui nominati avevano cessato di rappresentarlo a partire dal 2001 e, inoltre si ritenevano pienamente rispettati i diritti di difesa dell'interessato, il quale si era reso volontariamente contumace e aveva nominato due avvocati ai fini della sua rappresentanza e difesa, i quali non solo erano intervenuti a tale titolo nel processo di primo grado ma avevano anche fatto ricorso ai successi mezzi di impugnazione, appello e cassazione.

Avverso l'ordinanza del 12 settembre 2008 della prima camera penale dell' *Audiencia Nacional*, il sig. Melloni proponeva ricorso dinanzi al Tribunal Constitucional, "*recurso de amparo*". Nel ricorso costituzionale il sig. Melloni adduceva la violazione indiretta dei requisiti tassativamente imposti dal diritto a un processo equo sancito dall'art 24, paragrafo 2, della Costituzione spagnola. Inoltre, il sig. Melloni adduceva anche la lesione del contenuto essenziale dell'equo processo e lesione della dignità umana sulla base del fatto che si permetteva la concessione dell'extradizione verso Stati che, in caso di reati molto gravi, considerano legittime le sentenze di condanna pronunciate *in absentia*, senza subordinare la consegna del condannato alla condizione che quest'ultimo possa impugnare tali sentenze di condanna per tutelare i suoi diritti di difesa.

Il *recurso de amparo* era ritenuto ricevibile e con ordinanza del 18 settembre 2008, la prima sezione del *Tribunal Constitucional* disponeva la sospensione dell'esecuzione dell'ordinanza del 12 settembre 2008.

### 3.1 LA PRIMA QUESTIONE PREGIUDIZIALE

Quanto alla prima questione, occorre prendere le mosse da consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia<sup>8</sup>, secondo la quale la decisione quadro 2002/584 sul mandato di arresto europeo, come risulta in particolare dall'art 1, paragrafi 1 e 2, nonché dai suoi considerando 5 e 7, è intesa a sostituire il sistema multilaterale di estradizione tra gli Stati membri con un sistema di consegna tra autorità giudiziarie delle persone condannate o sospettate, ai fini dell'esecuzione di sentenze o dell'instaurazione di azioni penali, fondato sul principio del reciproco riconoscimento. Ciò emerge immediatamente dal punto n .37 della sentenza in commento: la Corte ivi chiarisce che la decisione quadro 2002/584/GAI è «*diretta, mediante l'instaurazione di un nuovo sistema semplificato e più efficace di consegna delle persone condannate o sospettate di aver violato la legge penale, a facilitare e ad accelerare la cooperazione giudiziaria allo scopo di contribuire a realizzare l'obiettivo assegnato all'Unione di diventare uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia fondandosi sull'elevato livello di fiducia che deve esistere tra gli Stati membri*».

Per fornire una risposta adeguata e puntuale alla domanda di rinvio pregiudiziale sollevata con il primo quesito, la Corte di giustizia ricorda che l'art 1, paragrafo 2 della decisione quadro 2002/584/GAI dispone che gli Stati membri sono tenuti, in linea di principio, a dar corso ad un mandato d'arresto europeo. Al punto n. 38 della sentenza è precisato che «*ai sensi delle disposizioni di tale decisione quadro, gli Stati membri possono rifiutare l'esecuzione di un mandato siffatto soltanto nei casi di non esecuzione obbligatoria previsti all'articolo 3 della stessa decisione nonché nei casi di non esecuzione facoltativa di cui ai suoi articoli 4 e 4 bis.*» Inoltre si ribadisce quel che, ancora una volta, era già stato precisato dalla sentenza *Radu*, e quindi che «*l'autorità giudiziaria dell'esecuzione può subordinare l'esecuzione di un mandato d'arresto europeo soltanto alle condizioni di cui all'articolo 5 della suddetta decisione quadro*».

Occorre, dunque, ad avviso della Corte di giustizia, esaminare la portata dell'art 4 *bis* della decisione quadro partendo dal suo tenore letterale, passando poi all'inquadramento contestuale per poter infine comprenderne lo scopo, ed interpretare la norma in modo corretto.

Dalla lettura dell'art 4 *bis* della decisione quadro parrebbe che questa disposizione preveda un motivo facoltativo di non esecuzione del mandato di arresto europeo emesso ai fini dell'esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza privative della libertà, per il caso in cui l'interessato non sia comparso personalmente al processo conclusosi con una sentenza di condanna. Tuttavia la norma prevede quattro eccezioni che privano l'autorità giudiziaria dell'esecuzione della possibilità di rifiutare l'esecuzione del mandato di arresto europeo in questione. Quindi l'art 4*bis*, paragrafo 1, impedisce alle autorità giudiziarie di esecuzione, in questi quattro casi, di subordinare la consegna di una persona condannata *in absentia* alla possibilità di una revisione, da effettuarsi alla sua presenza, della sentenza di condanna.

---

<sup>8</sup> Corte di giustizia sentenza, del 29 gennaio 2013, *Radu* C-396/11.

Questa interpretazione va letta tenendo in considerazione le modifiche apportate con la decisione quadro 2009/299/GAI. Infatti, l'oggetto della decisione quadro 2009/299/GAI è, da un lato, quello di abrogare l'art 5, punto 1, della decisione quadro 2002/584, che consentiva, a certe condizioni, di subordinare l'esecuzione del mandato di arresto europeo ai fini dell'esecuzione della pena irrogata *in absentia* alla condizione che nello Stato membro emittente fosse garantito un nuovo procedimento giudiziario che si svolgesse alla presenza dell'interessato e, dall'altro, quello di sostituire tale disposizione con l'art 4 *bis*.

L'art 4 *bis*, come abbiamo accennato in precedenza, limita l'esecuzione del mandato di arresto europeo stabilendo, come indicato nel considerando n.6 della decisione quadro 2009/299, sono indicate *“le condizioni in base alle quali il riconoscimento e l'esecuzione di una decisione pronunciata al termine di un processo a cui l'interessato non è comparso personalmente non dovrebbero essere rifiutati”*.

Segnatamente l'art 4 *bis* alle lettere a) e b) prevede che *«quando una persona condannata in absentia è stata informata, a tempo debito, della fissazione del processo e del fatto che una decisione poteva essere emessa in caso di mancata comparizione, oppure, essendo al corrente della data fissata per il processo, ha conferito un mandato a un difensore per patrocinarla in giudizio, l'autorità giudiziaria dell'esecuzione è tenuta a procedere alla consegna di tale persona, senza poter subordinare tale consegna alla possibilità di un nuovo processo alla Sua presenza nello Stato emittente»*.( punto 42 della sentenza Melloni).

Gli obiettivi del legislatore dell'Unione sono chiari e si evincono tanto dai consideranda 2-4 quanto dall'art 1 della decisione quadro 2009/299/GAI ove emerge che con l'adozione di questa decisione si è inteso facilitare la cooperazione giudiziaria in materia penale, migliorando il reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie tra gli Stati membri attraverso un'armonizzazione dei motivi di non riconoscimento delle decisioni pronunciate al termine di un processo a cui l'interessato non è comparso personalmente. Con la definizione di tali motivi comuni il legislatore europeo ha voluto consentire all'autorità di esecuzione di eseguire la decisione nonostante l'interessato non sia presente al giudizio, pur rispettando pienamente il diritto alla difesa dell'interessato.

Lo scopo preciso e puntuale del legislatore europeo, come sottolineato anche dall'Avvocato generale *Y.Bot* ai paragrafi 65 e 70 delle sue Conclusioni, consiste nel prevedere in maniera esaustiva le fattispecie nelle quali l'esecuzione di un mandato di arresto europeo emesso ai fini dell'esecuzione di una decisione pronunciata in *absentia* deve essere considerata non lesiva dei diritti di difesa, questo scopo sarebbe incompatibile con il mantenimento della possibilità, per l'autorità giudiziaria dell'esecuzione, di subordinare tale esecuzione alla condizione che la sentenza di condanna in questione possa essere oggetto di revisione per garantire i diritti della difesa dell'interessato.

Al punto 45 della sentenza Melloni, la Corte di giustizia prende in considerazione l'argomento sollevato dal giudice del rinvio secondo cui l'obbligo di rispettare i diritti fondamentali sanciti dall'art 6 TUE autorizzerebbe le autorità giudiziarie dell'esecuzione a rifiutare l'esecuzione del mandato di arresto

europeo, anche nei casi previsti dall'art 4 *bis*, paragrafo 1, della decisione quadro 2002/584, quando la persona interessata non può beneficiare di un nuovo processo, ma ad avviso della Corte di giustizia un tale argomento induce piuttosto ad interrogarsi sulla compatibilità dell'art 4 *bis* della decisione quadro 2002/584 con i diritti fondamentali protetti nell'ordinamento giuridico dell'Unione, problematica che verrà risolta dalla Corte esaminando la seconda questione pregiudiziale.

In conclusione, e in ordine alla prima questione pregiudiziale la Corte di giustizia ha stabilito che l'art 4 *bis*, paragrafo 1, della decisione quadro 2002/584 deve essere interpretato nel senso che osta a che l'autorità giudiziaria dell'esecuzione, nei casi indicati dalla medesima disposizione, subordini l'esecuzione di un mandato di arresto europeo emesso ai fini dell'esecuzione di una pena alla condizione che la sentenza di condanna pronunciata *in absentia* possa essere oggetto di revisione nello Stato membro emittente.

### 3.2 LA SECONDA QUESTIONE PREGIUDIZIALE

La seconda questione pregiudiziale proposta dal giudice del rinvio pone l'interrogativo sulla compatibilità dell'art 4 *bis*, paragrafo 1, della decisione quadro 2002/584 con le esigenze derivanti dal diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva e ad un processo equo previsto dall'art 47 della Carta nonché dai diritti della difesa garantiti dall'art 48, paragrafo 2, della stessa.

La Corte, in prima battuta, ricorda che ai sensi dell'art 6, paragrafo 1, TUE, l'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti dalla Carta, che ha, come sottolinea la norma, "*lo stesso valore giuridico dei trattati*".

In particolare che per quanto riguarda la portata del diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva e ad un processo equo (previsto anche dall'art 47 e 48 della Carta) il diritto dell'imputato a comparire personalmente al processo costituisce una componente essenziale del diritto ad un equo processo<sup>9</sup>. Tuttavia il diritto dell'imputato a comparire personalmente al processo non è un diritto assoluto; ciò ben si comprende considerando che l'imputato può rinunciarvi di propria spontanea volontà, espressamente o tacitamente, a condizione che la rinuncia risulti in modo inequivocabile, che sia accompagnata da garanzie minime corrispondenti alla sua gravità, e che non contrasti con un interesse pubblico importante.

Segnatamente, la Corte precisa che anche quando l'imputato non sia comparso personalmente, la violazione del diritto ad un equo processo non sussiste allorché egli è stato informato della data e del luogo del processo o stato assistito da un difensore da lui nominato a tal fine.

La Corte interpreta così gli art 47 e 48 della Carta sancendone la loro compatibilità all'art 6, paragrafi 1 e 3 della CEDU, interpretazione per altro conforme a quella della giurisprudenza della Corte

---

<sup>9</sup> Ma tale diritto non è assoluto, la Corte cita la propria sentenza del 6 settembre 2012, *Trade Agency*, C-619/10, punti 52 e 55.

europea dei diritti dell'uomo (Corte Edu., sentenza Medenica c.Svizzera del 14 giugno 2001, ricorso n.20491/92; *Sejdovic* c.Italia del 1° marzo 2006, ricorso 56581/00; *Recueil des arrêts et décisions* 2006-II, §§ 84, 86 e 98, nonché *Haralampiev* c. Bulgaria del 24 aprile 2012, ricorso n. 29648/03, §§ 32 e 33).

Per la Corte di giustizia occorre rilevare che l'armonizzazione delle condizioni di esecuzione dei mandati di arresto europei emessi ai fini dell'esecuzione delle decisioni pronunciate al termine di un processo cui l'interessato non è comparso personalmente, attuata con la decisione quadro 299/2009, mira, così come indicato nell'art 1, a rafforzare i diritti processuali delle persone sottoposte a procedimento penale, migliorando al contempo il reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie tra gli Stati membri ( punto n.51 della sentenza Melloni).

Una volta indicata l'interpretazione che occorre dare degli artt. 47 e 48 della Carta, la Corte di giustizia ripercorre l'analisi dell'art 4 *bis* della decisione quadro al fine di vagliarne la compatibilità con gli articoli della Carta appena citati, così come richiesto dal giudice del rinvio con il suo secondo motivo di ricorso.

L'art 4 *bis*, paragrafo 1, della decisione quadro 2002/584 stabilisce alle lettere a) e b) i presupposti in presenza dei quali si ritiene che l'interessato abbia rinunciato volontariamente e in modo inequivocabile a comparire nel processo a suo carico, con la conseguenza che l'esecuzione del mandato di arresto europeo ai fini dell'applicazione della pena alla persona condannata *in absentia* non può essere subordinata alla condizione che essa possa beneficiare di un nuovo processo alla sua presenza nello Stato membro emittente.

Ciò accade quando, come dispone l'art 4 *bis*, paragrafo 1, decisione quadro 2002/584, lettera a), l'interessato non è comparso personalmente al processo nonostante fosse stato citato personalmente o informato ufficialmente della data e del luogo fissati per questo; e come dispone la lettera b), quando, essendo al corrente della data fissata, egli ha scelto di essere rappresentato da un difensore anziché di comparire personalmente. Alle lettere c) e d) dello stesso paragrafo 1, vengono enunciati i casi in cui l'autorità giudiziaria dell'esecuzione è tenuta ad eseguire il mandato di arresto europeo nonostante l'interessato non ha chiesto di beneficiare di un nuovo processo, oppure che sarà espressamente informato del suo diritto a un nuovo processo.

Alla luce delle osservazioni svolte la Corte di giustizia ritiene che l'art 4 *bis*, paragrafo 1, della decisione quadro 2002/584 non lede né il diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva e ad un processo equo né i diritti della difesa, garantiti rispettivamente dagli artt 47 e 48, paragrafo 2, della Carta. Quindi si può affermare che l'art 4 *bis* della decisione quadro 2002/584 è compatibile con le esigenze derivanti dagli artt 47 e 48, paragrafo 2, della Carta.

### 3.3 LA TERZA QUESTIONE PREGIUDIZIALE.

Con la terza questione pregiudiziale il giudice del rinvio chiede di valutare se l'art 53 della Carta debba essere interpretato nel senso che esso consente allo Stato membro di esecuzione di subordinare la consegna di una persona condannata *in absentia* alla condizione che la sentenza di condanna possa essere oggetto di revisione nello Stato membro emittente, al fine di evitare una lesione del diritto ad un processo equo e ai diritti della difesa garantiti dalla sua Costituzione.

Quindi, il parametro da prendere in considerazione dovrebbe essere quello della Costituzione dello Stato emittente.

Ad avviso della Corte di giustizia, il giudice del rinvio considera l'interpretazione secondo la quale l'art 53 della Carta autorizzerebbe in maniera generale uno Stato membro ad applicare lo standard di protezione dei diritti fondamentali garantito dalla sua Costituzione quando il livello di protezione della Costituzione dello Stato è più elevato di quello derivante dalla Carta e quindi vi sarebbe la possibilità di opporlo, se del caso, all'applicazione di disposizioni di diritto dell'Unione.

Questa interpretazione permetterebbe, quindi, ad uno Stato membro di subordinare l'esecuzione del mandato di arresto europeo emesso ai fini dell'esecuzione di una decisione pronunciata *in absentia* a condizioni finalizzate ad evitare un'interpretazione limitativa dei diritti fondamentali riconosciuti dalla propria Costituzione o lesiva degli stessi, anche se l'applicazione di tali condizioni non fosse autorizzata dall'art 4 *bis*, paragrafo 1, della decisione quadro 2002/584.

La Corte di giustizia non può accogliere una simile interpretazione dell'art 53 della Carta.

Questo tipo d'interpretazione sarebbe lesiva del principio del primato del diritto dell'Unione, in quanto permetterebbe a uno Stato membro di ostacolare l'applicazione di atti di diritto dell'Unione pienamente conformi alla Carta, sulla base del rilievo che essi non rispetterebbero i diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione di tale Stato.(punto n.58 della sentenza Melloni).

Quindi la Corte di giustizia passa ad elencare una consolidata giurisprudenza in tema di principio del primato del diritto dell'Unione, ricordando che tale principio è una caratteristica essenziale dell'ordinamento giuridico dell'Unione, "*il fatto che uno Stato membro invochi disposizioni di diritto nazionale, quand'anche di rango costituzionale, non può sminuire l'efficacia del diritto dell'Unione nel territorio di tale Stato.*"

Se è pur vero che l'art 53 della Carta, quando un atto del diritto dell'Unione richiede misure nazionali di attuazione, consente alle autorità e ai giudici nazionali di applicare standard nazionali di tutela dei diritti fondamentali, a patto che tale applicazione non comprometta il livello di tutela previsto dalla Carta, come interpretata dalla Corte, né il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione. Occorre però, ricordare che l'art 4*bis*, paragrafo 1, della decisione quadro 2002/584 non attribuisce agli Stati membri, quando l'interessato si trova in una delle quattro situazioni indicate dalla norma stessa, la facoltà di rifiutare l'esecuzione del mandato di arresto europeo.(punto n.60-61 della sentenza)

E' importante ribadire questo punto, per richiamare ancora una volta l'intenzione del legislatore europeo, il quale con la decisione quadro 2009/299 ha inserito questo nuovo art 4*bis* al fine di rimediare

alle difficoltà del riconoscimento reciproco delle decisioni pronunciate in assenza dell'interessato al suo processo, che derivano dall'esistenza, negli Stati membri, di differenze di tutela dei diritti fondamentali.

Lo scopo della decisione quadro è quello di armonizzare le condizioni di esecuzione del mandato di arresto europeo in caso di condanna in *absentia*, che riflette il consenso raggiunto dagli Stati membri nel loro insieme a proposito della portata da attribuire, secondo il diritto dell'Unione, ai diritti processuali di cui godono le persone condannate in *absentia* raggiunte da un mandato d'arresto europeo. (punto n.62 della sentenza Melloni).

Consentire ad uno Stato di avvalersi dell'art 53 della Carta per subordinare la consegna di una persona condannata in *absentia* alla condizione, non prevista dalla decisione quadro 2009/299/GAI, che la sentenza di condanna possa essere oggetto di revisione nello Stato membro emittente, al fine di evitare una lesione del diritto ad un processo equo e dei diritti di difesa garantiti dalla Costituzione dello Stato membro di esecuzione, comporterebbe, rimettendo in discussione l'uniformità dello standard di tutela dei diritti fondamentali definito dalla decisione quadro, una lesione dei principi di fiducia e riconoscimento reciproco che essa mira a rafforzare e, pertanto, un pregiudizio per l'effettività della suddetta decisione quadro.

Sulla base di queste osservazioni la Corte ritiene di dover risolvere la terza ed ultima questione pregiudiziale dichiarando che l'art 53 della Carta deve essere interpretato nel senso che non consente a uno Stato membro di subordinare la consegna di una persona condannata in *absentia* alla condizione che la sentenza di condanna possa essere oggetto di revisione nello Stato membro emittente, al fine di evitare una lesione del diritto ad un processo equo e ai diritti della difesa garantiti dalla sua Costituzione.( punto.n. 64 della sentenza.)

#### 4. IL DIRITTO DI PARTECIPARE ALLE UDIENZE E LE PROCEDURE CONTUMACIALI SECONDO L'INTERPRETAZIONE DELLA CORTE DI STRASBURGO.<sup>10</sup>

Il cuore della sentenza Melloni è l'affermazione del principio del riconoscimento reciproco, siamo persuasi del fatto che le preoccupazioni della Corte costituzionale spagnola sulla compatibilità dell'art 4 *bis* della decisione quadro 2009/299/GAI con gli artt 47 e 48 della Carta di Nizza fossero strumentali, quasi pretestuose; ad avviso di chi scrive, il caso posto all'attenzione del giudice *a quo* non presentava alcuna difficoltà interpretativa o applicativa, la ragione è semplice: i diritti di difesa del sig. Melloni erano stati garantiti dai difensori di fiducia da lui stesso nominati, egli certamente era a conoscenza del procedimento a suo carico e volontariamente si è sottratto al presenziare personalmente al processo dandosi alla fuga in Spagna, l'esecuzione del mandato d'arresto europeo non avrebbe, quindi, violato le norme sull'equo processo.

---

<sup>10</sup> BARTOLE-DE SENA- ZAGREBELSKY "Commentario breve alla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo" - ed. CEDAM

Prima di dedicarci al principio del riconoscimento reciproco, intendiamo esplicitare il perché di un giudizio tanto severo da parte nostra nei confronti del giudice *a quo*. Indicheremo a sostegno della nostra tesi la giurisprudenza, ormai consolidata, della Corte di Strasburgo in materia di processo *in absentia*, cioè al solo scopo di mostrare come il caso Melloni avrebbe potuto risolversi senza il bisogno di sollevare alcuna questione pregiudiziale alla Corte di giustizia.

Nell'art 6 CEDU non troviamo esplicitato il diritto dell'imputato a partecipare al processo; tuttavia, dalla lettura del 3° comma dello stesso articolo si determinano una serie di facoltà che possono esercitarsi solo in presenza del diretto interessato, ad esempio: la possibilità di difendersi personalmente, di interrogare o far interrogare i testimoni e di ottenere l'assistenza di un interprete.

Costante giurisprudenza della Corte.edu ritiene che, al pari del diritto di silenzio, anche il diritto alla partecipazione dell'imputato alle udienze deve considerarsi implicitamente garantito dall'art.6 Cedu<sup>11</sup>

Ma come abbiamo più volte ripetuto, la tutela del diritto di partecipazione dell'imputato non è un diritto che potremmo definire assoluto, in quanto l'impossibilità di reperire l'imputato può determinare la paralisi del processo; questo principio è stato sancito nella sentenza Colozza c. Italia, 12.2.1985 al punto 29 ove si legge che la celebrazione di un contumaciale processo non è *ipso facto* incompatibile con la Convenzione, in quanto l'impossibilità di reperire l'imputato non può automaticamente paralizzare le pretese punitive dello Stato, conto tenuto, in particolare, del pericolo di dispersione delle prove.<sup>12</sup>

Dobbiamo allora chiederci quando si ha un diniego di giustizia che può definirsi flagrante nel senso di essere totalmente contrario all'art 6 della Convenzione, ebbene, tale violazione si ha nei casi in cui all'assente che venga a conoscenza del processo e/o della condanna non venga consentito di ottenere un riesame nel merito delle accuse in sua presenza e dopo avergli consentito di fornire gli elementi che ritiene necessari a sua difesa<sup>13</sup>.

Tuttavia, l'assente non può comunque richiedere la riapertura del proprio processo al verificarsi di due eccezioni: la prima fa riferimento ai casi in cui l'imputato abbia volontariamente rinunciato al proprio diritto a comparire e di difendersi; la seconda al caso in cui l'imputato si sia intenzionalmente sottratto alla giustizia. Se sussistono le predette condizioni, il diniego al contumace di un nuovo processo o di una riapertura della procedura non chiamerà in causa la responsabilità dello Stato ai sensi della Convenzione<sup>14</sup>.

---

<sup>11</sup>Vedi sentenze della Corte di giustizia: sentenza del 1 marzo 2006, *Sejdovic* c. Italia; sentenza del 18 maggio 2004, *Somogyi* c. Italia; sentenza del 25 marzo 1998, *Belzjuk* e. Polonia; sentenza del 23 febbraio 1994, *Stanford* c. Regno Unito; sentenza del 12 ottobre 1992, T. c. Itali sentenza del 28 agosto 1991, ;F.C.B. c. Italia; sentenza del 26 maggio 1988, *Ekebatani* c. Svezia; sentenza del 12 febbraio 1985, Colozza c. Italia.

<sup>12</sup> Ibidem pag 203

<sup>13</sup> C.edu sentenza 16 ottobre 2001, *Einbor* c. Francia, , punto 33; sentenza 13 febbraio 2001, *Krombach* c. Francia , punto 85.

<sup>14</sup> C.edu *Sejdovic* , cit; *Somogyi*, cit, *Medenica* c. Svizzera 14.06.2001.

Poiché la rinuncia a partecipare al processo è pur sempre una facoltà dell'interessato occorre determinare con precisione quando, per l'appunto, l'assenza sia stata determinata da libera scelta o meno del soggetto interessato; a tal proposito la rinuncia può essere presa in considerazione solo se risulta in maniera non equivoca e se è assistita da un minimo di garanzie corrispondenti alla sua gravità; inoltre non deve porsi in contrasto con alcun interesse pubblico significativo.<sup>15</sup>

L'imputato deve poter comprendere anche le conseguenze della propria condotta: solo in tal caso è da ritenersi che la sua scelta sia stata davvero libera e consapevole, nella sentenza C.edu *Jones* c. Regno Unito del 9.09.2003 la Corte ha osservato che nel diritto britannico non era stabilito con sufficiente grado di certezza che un processo potesse proseguire nel caso in cui, fin dalla prima udienza, l'imputato fosse risultato assente: ne conseguì l'impossibilità di interpretare la fuga del ricorrente, in libertà su cauzione, come volontaria rinuncia a comparire.<sup>16</sup>

Si ha una rinuncia implicita a comparire quando l'imputato si sia limitato a non presentarsi pur essendo stato debitamente informato della data del processo, non abbia invocato impedimenti legittimi e non abbia chiesto alcun rinvio<sup>17</sup>.

Proseguendo nell'analisi dei requisiti previsti dall'art 6 della Cedu, non possiamo non accennare alla fondamentale questione delle notifiche, per quanto lo Stato possa prevedere procedure particolari di notifica per gli imputati resisi irreperibili, nelle ipotesi in cui la notifica non sia andata a buon fine e la sua validità ai fini processuali dipenda dalla sua regolarità formale a prescindere dall'effettivo raggiungimento del suo scopo informativo, una semplice conoscenza vaga ed indiretta non è, in principio, reputata sufficiente ai fini convenzionali<sup>18</sup>.

Nella sentenza *Semogyi*, più volte citata, la Corte precisa che taluni fatti accertati sono idonei a dimostrare senza equivoco che l'imputato sapeva che una procedura penale era diretta nei suoi confronti e conosceva la natura e la causa delle imputazioni, e che non aveva intenzione di partecipare al processo o desiderava darsi alla fuga.

Appare chiaro che la vicenda processuale del sig. Melloni si adatti bene ai criteri fissati dalla Corte di Strasburgo: egli era a conoscenza di un processo che lo vedeva come imputato del reato di bancarotta fraudolenta, di ciò ne è prova il fatto che egli nominò due difensori di fiducia; egli si sottrasse volontariamente e con colpa al processo dandosi alla fuga; i legali del sig. Melloni hanno esperito tutte i ricorsi previsti dall'ordinamento proponendo ricorso in appello e in cassazione.

Ad avviso di chi scrive, dunque, la sentenza Melloni nulla aggiunge in riferimento al processo *in absentia*, la Corte di giustizia richiama la costante giurisprudenza della Corte di Strasburgo in argomento.

---

<sup>15</sup> C.edu GC, *Sakbnovskij* c. Russia, 2.11.2010, punto 90; GC, *Hermi* c. Italia, 18.10.2006, punto 73; *Sejdovic*, cit punto 86; GC, *Ocalan* c. Turchia, 12.5.2005 punto 136; *et multis*.

<sup>16</sup> Cit. BARTOLE- DE SENA- ZAGREBELSKY "*Commentario breve alla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo*" di ed. CEDAM pag 203.

<sup>17</sup> C.edu sentenza del 22.05.2007, *Boheim* c. Italia,

<sup>18</sup> Cedu, *Semogyi*, cit.

D'altra parte, anche il legislatore europeo nel tentativo di operare un'adeguata armonizzazione in tema di processo in contumacia aveva ripreso i criteri sanciti dalla giurisprudenza della Corte edu.

La Corte di giustizia ha preso una decisione pratica e sostanziale, e come scrive Roberto Conti ha emesso un *"verdetto giusto, fondamentalmente giusto"*<sup>19</sup>.

Sono da condividere le Conclusioni dell'Avvocato generale Y. Bot il quale scrive: « *ritengo che lo standard di protezione fissato dal legislatore dell'Unione sia sufficiente e idoneo a raggiungere gli obiettivi summenzionati e che il rispetto degli articoli 47, secondo comma, e 48, paragrafo 2, della Carta non gli imponga di adottare una protezione più estesa del diritto a un processo equo e dei diritti della difesa, ad esempio stabilendo che il diritto a un nuovo processo costituisce un'esigenza assoluta a prescindere dalla condotta adottata dalla persona interessata* »<sup>20</sup>.

## 5. IL PRIMATO DELL'UNIONE EUROPEA AFFERMATO DALLA CORTE DI GIUSTIZIA NELLA SENTENZA MELLONI E LE, CONSEGUENTI CRITICHE.

Autorevole dottrina ritiene che: « *la decisione quadro 2009/299, approda al reale obiettivo prefissato; a quello che è l'interesse primario che anima l'opera di integrazione normativa realizzata [...]: rimuovere qualunque ostacolo che si frapponga alla effettiva realizzazione dello strumento di cooperazione giudiziaria.* »<sup>21</sup>

La sentenza della Corte di giustizia fa proprio l'obiettivo del legislatore europeo, e fa in modo di garantirne l'efficacia attraverso il principio del primato dell'Unione<sup>22</sup>.

Questo orientamento della Corte è stato molto criticato<sup>23</sup> da chi ritiene che in tal modo il giudice europeo ha sacrificato sull'altare del principio del primato dell'Unione una tutela maggiore dei diritti fondamentali.

Una parte della dottrina critica le Conclusioni dell'Avvocato generale Y. Bot, sostenendo che « *il vero è che all'autore delle Conclusioni preme dimostrare che ciò che solo conta è quanto è stabilito dal diritto dell'Unione: la tutela più "intensa" è, e non può che essere, quella offerta da quest'ultimo, senza alcun riguardo per un'eventuale, diversa tutela stabilita a livello nazionale, la quale potrebbe acquistare rilievo nel solo caso – dice Y. Bot – che a livello di Unione non si dia una definizione del grado di protezione che dev'essere accordata a un certo diritto* »<sup>24</sup>.

<sup>19</sup> R. CONTI, " *Da giudice (nazionale) a Giudice (europeo)* ". A cuore aperto dopo il caso Melloni", pubblicato su [www.europeanrights.eu/public/comments/Conti\\_-\\_lettera\\_alla\\_Corte\\_di\\_Giustizia.doc.pdf](http://www.europeanrights.eu/public/comments/Conti_-_lettera_alla_Corte_di_Giustizia.doc.pdf)

<sup>20</sup> Punto n.83 delle Conclusioni dell'Avvocato generale Y. Bot nella causa c-399/11 Melloni pubblicata su <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2012-10/cp120121it.pdf>

<sup>21</sup> F. SIRACUSANO in " *Reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie, procedure di consegna e processo in absentia* ", Riv.it.dir. e proc. pen. 2010,01,115

<sup>22</sup> Vedi paragrafo 3.4

<sup>23</sup> In particolare ci si riferisce a A. RUGGERI, il quale ha esplicitato con chiarezze le proprie perplessità nell'articolo dal titolo " *Alla ricerca del retto significato dell'art 53 della Carta dei diritti dell'uomo (notarella a margine delle conclusioni dell'avv. gen. Y. Bot su una questione d'interpretazione sollevata dal Tribunale costituzionale spagnolo* ", pubblicata su <http://www.dirittocomparati.it/2012/10/alla-ricerca-del-retto-significato-dellart-53-della-carta-dei-diritti-dellunione-noterelle-a-margine.html#sthash.Skp9Rjlq.dpuf>

<sup>24</sup> Ibidem

Dalle critiche appena richiamate si percepisce il malcontento di una certa parte di giudici nazionali, ne emerge un quadro chiarissimo: essi si sentono "costretti" a dover sottostare al tanto ingombrante principio del primato dell'Unione; ma ad avviso di chi scrive questo malcontento è mascherato dalla presunzione da parte dei giudici nazionali di poter tutelare meglio i diritti fondamentali degli individui, non si spiegherebbero altrimenti le seguenti parole: « *Il timore nutrito da Bot è che, all'esito del confronto col diritto interno, il diritto "eurounitario" – come a me piace chiamarlo – possa uscirne perdente, venendo pertanto meno il principio del primato del diritto sovranazionale, interamente soppiantato dal primato dell'ordinamento nazionale*»<sup>25</sup>.

Una tale presa di posizione condurrebbe direttamente all'applicazione della teoria dei controlimiti e quindi alla non applicazione del diritto dell'Unione.

Riteniamo, al contrario che nel caso di specie la Corte di giustizia ha ben applicato il primato dell'Unione poiché le norme della decisione quadro 2009/299/GAI, cercando di uniformare la materia, mirano altresì a tutelare i diritti fondamentali dell'individuo, garantendo una tutela equivalente a quella data dalle carte costituzionali dei Paesi membri.

Applicare la teoria dei controlimiti al caso Melloni avrebbe costituito un immotivato blocco alla disciplina del mandato di arresto europeo, disciplina che voglio ricordare può funzionare solo attraverso il mutuo riconoscimento e la fiducia reciproca tra gli Stati membri.

Quel che ci si chiede in questi casi è: per ottenere una disciplina uniforme e garantire il riconoscimento reciproco è giusto sacrificare maggiori diritti di difesa? Ed ancora ci si chiede se l'orientamento della Corte di giustizia costituisce una chiusura del dialogo aperto tra le Corti nazionali e europee.

A questi quesiti cercherò di rispondere anche io, come la Corte di giustizia, in modo pragmatico. Ad avviso di chi scrive non è corretto parlare in modo astratto di sacrificio di maggiori diritti di difesa; occorre, invece, valutare in concreto se una compressione di tali diritti sussiste realmente. Come già scritto nella sentenza *Ramoc*<sup>26</sup>: in relazione alla decisione quadro sul mandato di arresto europeo è da ritenere che « *i valori su cui si fondano le "Disposizioni di principio" (articolo 1) e le "Garanzie costituzionali" relative ai diritti fondamentali riconosciuti dalla CEDU (articolo 2 lettera a) trovano corrispondenza in quelli richiamati dalla decisione-quadro*».

Siamo, dunque, in presenza di una effettiva consonanza di garanzie: se le tutele sono equivalenti perché mai i giudici nazionali mettono in discussione il principio del primato.

Come è autorevolmente sostenuto in dottrina non sembra vero che la Corte non abbia compiuto alcun bilanciamento fra valori; b) non sembra vero che la Corte si sia chiusa nel primato del diritto UE; c) non sembra vero che la Corte abbia negato il dialogo, anzi<sup>27</sup>.

---

<sup>25</sup> Ibidem

<sup>26</sup> sentenza del 30 gennaio 2007, Cassazione penale sezioni Unite.

<sup>27</sup> R. CONTI in "Da giudice (nazionale) a Giudice (eurounitario) A cuore aperto dopo il caso Melloni", pubblicato su [www.europeanrights.eu/public/comment/Corti\\_-\\_lettera\\_alla\\_Corte\\_di\\_Giustizia\\_.doc.pdf](http://www.europeanrights.eu/public/comment/Corti_-_lettera_alla_Corte_di_Giustizia_.doc.pdf)

La Corte di giustizia, difendendo il principio del primato dell'Unione, non ha chiuso il dialogo con le Corti interne, né ha sminuito l'importanza delle carte costituzionali, stante la previsione, se non la speranza, che queste possano prevedere al loro interno livelli di tutela maggiori e più ampi. La Corte di giustizia pone le ragioni della sua decisione sul sostrato dei diritti sanciti dalla Cedu, si preoccupa di indagare se una maggiore tutela era dovuta nel caso di specie, solo dopo aver operato tale analisi ribadisce il principio del primato dell'Unione; solo attraverso l'uniforme applicazione del diritto dell'Unione e il principio del riconoscimento reciproco si può davvero portare avanti il progetto di uno spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia.

A tal proposito come sostiene autorevole dottrina, in una lettera alla Corte di giustizia: « *Ma è certo che la complessiva lettura della tua sentenza quei timori e quelle preoccupazioni se le lascia alle spalle volando, a mio sommesso avviso, abbastanza alto, soprattutto quando valorizza la capacità pervasiva ed unificante della CEDU, quando richiama il ruolo del consenso offerto dagli Stati e quando, in definitiva, mette avanti a sé una tavola di valori e principi ampia, ben più ampia del diritto UE e della Carta e, poi, decide.*<sup>28</sup> »

Lo strumento del mandato di arresto europeo può reggersi solo sulla fiducia reciproca degli Stati membri, in ragione di ciò appare tanto più importante la decisione della Corte di giustizia, per questo motivo l'eco della sentenza Melloni suona forte; « *per essere pienamente efficace, il principio del riconoscimento reciproco dipende in gran parte dalla creazione di una cultura giudiziaria comune a livello europeo, basata sulla fiducia reciproca, su principi comuni, sulla cooperazione e su un certo livello di armonizzazione (...) in particolare per quanto riguarda i diritti processuali.*<sup>29</sup> »

L'equilibrio trovato dal legislatore europeo trova fondamento nei principi della Cedu che certamente non giocano a ribasso rispetto alle garanzie sancite nelle costituzioni nazionali. La Corte di giustizia ha operato un bilanciamento di valori, e forte delle garanzie offerte dalla normativa europea a ben diritto ha ritenuto di poter affermare il principio del Primato.

In dottrina autorevolmente si sostiene che è possibile individuare i "confini" della decisione. « *Confini che, pertanto, fuori dal caso esaminato non consentono affatto di escludere, in termini generali, la possibilità che gli Stati offrano una tutela maggiore di quella garantita dalla Carta dei diritti fondamentali o dalla stessa CEDU*<sup>30</sup>. »

In conclusione ci preme dire che l'affermazione del principio del Primato dell'Unione non può senz'altro essere letta in modo contraddittorio allo spirito stesso del Trattato sull'Unione europea il quale recita all'art 4, paragrafo 2 che « *l'Unione rispetta l'uguaglianza degli Stati membri davanti ai trattati e la loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, compreso il sistema delle autonomie locali e regionali. Rispetta le funzioni essenziali dello Stato, in particolare le funzioni di salvaguardia*

---

<sup>28</sup> Ibidem

<sup>29</sup> Proposta di raccomandazione del Parlamento europeo al Consiglio "Sullo sviluppo di uno spazio di giustizia penale dell'UE(2009/(INI) dell'8 aprile 2009

<sup>30</sup> Vedi nota n.27

*dell'integrità territoriale, di mantenimento dell'ordine pubblico e di tutela della sicurezza nazionale. In particolare, la sicurezza nazionale resta di esclusiva competenza di ciascuno Stato membro».*

## 6. L'ISTITUTO DELLA RESTITUZIONE NEL TERMINE NEL CODICE DI RITO ITALIANO; UN PO' DI AUTOCRITICA.

Abbiamo più volte ribadito quanto difficile sia l'opera di armonizzazione da parte del legislatore europeo in materia di processi *in absentia*; da una parte occorre tenere presente il «*diversificato caleidoscopio delle soluzioni normative adottate nelle diverse realtà europee*» dall'altra bisogna trovare un giusto equilibrio tra compatibilità e armonizzazione delle legislazioni nazionali, solo se si raggiunge tale equilibrio potrà attuarsi il principio del riconoscimento reciproco<sup>31</sup>.

Con la decisione quadro 2009/299/GAI il legislatore europeo pare aver trovato il giusto equilibrio.

Non resta che chiedersi se il nostro codice di procedura penale ha recepito in modo ottimale le indicazioni del legislatore europeo.

Si concorda con chi in dottrina ritiene che «*le spinte indotte dall'esigenza di rendere compatibile in nostro processo contumaciale con la nuova procedura di consegna basata sul mandato di arresto europeo, gli ennesimi tasselli dell'ampio mosaico di condanne da parte della Corte europea aventi ad oggetto proprio il processo contumaciale- la denunciata incapacità del meccanismo della restituzione in termine ad operare quale effettivo armonizzatore processuale volto a garantire quel diritto al nuovo processo , ponevano il tema del processo in absentia al centro dell'attenzione del legislatore nazionale*<sup>32</sup>.»

Vi sono state sentenze della Corte di Strasburgo<sup>33</sup> che hanno messo in luce l'inadeguatezza del nostro meccanismo normativo a garantire la rinnovazione del giudizio a carico del contumace.

Con la legge 22 aprile 2005 n.60 il legislatore nazionale prova a rispondere alle osservazioni mosse dai giudici di Strasburgo e a conformarsi alle indicazioni del legislatore europeo.

Viene, quindi, modificato l'art 175, comma 2 c.p.p. nel tentativo di rimediare *al difetto strutturale* presente allora nel nostro codice, ovvero «*l'assenza di un meccanismo effettivo volto a concretizzare il diritto delle persone condannate in contumacia (...) di ottenere che una giurisdizione esamini nuovamente il caso, dopo averle ascoltate sul merito delle accuse, nel rispetto dei principi di cui all'art 6 CEDU*<sup>34</sup>».

La precedente formulazione dell'art 175, comma 2 c.p.p. prevedeva infatti che la restituzione nel termine per proporre impugnazione od opposizione poteva venire concessa solo all'imputato che

---

<sup>31</sup> F. SIRACUSANO già citato in nota n.20

<sup>32</sup> Ibidem

<sup>33</sup> CEDU, sentenze del 18 maggio 2004 causa *Somogy* contro Italia ( in Dir.pen.proc.,2004, p.913), e 10 novembre 2004 causa *Sejdic* contro Italia (in cass. pen.,2005, p.938 s.)

<sup>34</sup> K. NATALI, nota a cass.penale 10/11/2011 n.938, sez VI "Mandato difensivo fiduciario e conoscenza effettiva degli atti del procedimento da parte dell'imputato contumace", pubblicato su *Dejure.giuffrè.it*

riusciva a provare di non avere avuto effettiva conoscenza del provvedimento, sempre che l'impugnazione non fosse già stata proposta dal difensore e il fatto non fosse dovuto a sua colpa ovvero, nei casi di sentenza contumaciale notificata mediante consegna al difensore a norma degli artt.159, 161 comma 4 e 169 c.p.p., l'imputato doveva altresì provare che non si fosse sottratto volontariamente alla conoscenza degli atti del procedimento. Dunque, si richiedeva una vera e propria *probatio diabolica*. Quindi, veniva ostacolato l'accesso al rimedio previsto dall'art 175, comma 2 c.p.p. non solo quando la contumacia era frutto della volontaria rinuncia a partecipare al processo, ma anche laddove la mancata conoscenza fosse riconducibile a un mero difetto di diligenza dell'imputato, onerando l'imputato contumace alla prova della mancata conoscenza del procedimento.

Tale impostazione dell'art 175, comma 2, non faceva della restituzione in termini un vero ed effettivo rimedio, poiché non riconosceva all'accusato con "*sufficiente grado di certezza, la possibilità di essere presente e di difendersi nel corso del nuovo processo*"<sup>35</sup>.

La vecchia formulazione dell'art 175, comma 2 c.p.p. si poneva in contrasto con l'art 24 della Costituzione, l'art 6, commi 1 e 3 lett *c d ed e* della Cedu e con l'art 14, comma 3, lett. *d* del Patto internazionale sui diritti civili e politici, a mente dei quali solo la consapevole e volontaria scelta dell'imputato di non partecipare al processo consente la celebrazione del giudizio in sua assenza.<sup>36</sup>

Si valuta adesso la tenuta del nuovo art. 175, comma 2, c.p.p. Per prima cosa possiamo notare che l'onere della prova è stato invertito: l'imputato contumace ha diritto alla restituzione nel termine «*salvo che abbia avuto effettiva conoscenza del procedimento o del provvedimento e abbia volontariamente rinunciato a comparire ovvero a proporre impugnazione . A tal fine l'autorità giudiziaria compie ogni necessaria verifica*»<sup>37</sup>.

Una prima significativa modificata è, dunque, data dall'inversione dell'onere probatorio, a seguito di richiesta è compito dell'autorità giudiziaria effettuare tutte le verifiche necessarie, la richiesta di restituzione nel termine potrà essere rigettata solo quando il contumace, a seguito di tali verifiche, risulti aver volontariamente rinunciato a comparire o a proporre impugnazione o opposizione.

È diritto dell'interessato ottenere la restituzione nel termine, introducendo la nuova norma una sorta di presunzione *iuris tantum* di non conoscenza del processo<sup>38</sup>.

Occorre adesso chiederci se è bastato l'inversione dell'onere della prova a rendere sufficientemente idoneo il nostro sistema di restituzione nel termine o se permangono ancora delle zone poco chiare .

---

<sup>35</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, 11 settembre 2003, Sejdovic c. Italia, in [www.echr.coe.int/hudoc](http://www.echr.coe.int/hudoc)

<sup>36</sup> K. NATALI, già citato nota n.33

<sup>37</sup> Ibidem

<sup>38</sup>Cass. penale sez VI, 16 dicembre 2008, n 2718, e Sez. IV , 14 maggio 2008, n.2317.

Ebbene sì, non viviamo nel "migliore dei mondi possibili" e vi sono ancora aspetti che prestano il fianco a critiche e che richiederebbero, a parere di chi scrive, un'ulteriore revisione dell'art 175, comma 2 c.p.p.

Una prima zona d'ombra la si riscontra nella prassi di tutti i giorni: non di rado, infatti, le richieste di restituzione nel termine vengono rigettate con motivazioni che di fatto reintroducono presunzioni di conoscenza (e di volontaria rinuncia a comparire) a carico del soggetto giudicato in contumacia<sup>39</sup>.

La presunzione di conoscenza è spesso ricondotta alla nomina di un difensore di fiducia, infatti, la notificazione presso quest'ultimo è del tutto equiparabile ai fini della conoscenza effettiva dell'atto, alla notificazione all'imputato personalmente, ciò in quanto sussisterebbe in capo al difensore di fiducia (domiciliatario) un preciso onere di portare effettivamente a conoscenza dell'assistito tutti gli atti processuali che lo riguardano; allo stesso tempo l'onere dell'imputato è quello di coltivare i rapporti con il proprio difensore di fiducia. Ad avviso della Corte di cassazione<sup>40</sup> sarebbe del tutto ragionevole presumere la conoscenza effettiva del procedimento da parte del soggetto giudicato in contumacia, ferma restando la possibilità di vincere tale presunzione attraverso un'idonea prova in contrario. Quindi, resta sempre in capo al soggetto interessato ad ottenere la restituzione nel termine la dimostrazione a contrario della mancata conoscenza, si capovolge così nuovamente l'onere della prova..

La presunzione di conoscenza è spesso dimostrata dall'autorità giudiziaria attraverso la prova dell'avvenuta notificazione all'avvocato di fiducia.

Occorre fermarsi un attimo ad analizzare la norma, l'art 175, comma 2, essa richiede «l'effettiva conoscenza del procedimento o del provvedimento», posto ciò se bastasse la prova della semplice nomina di un avvocato di fiducia si potrebbe escludere la remissione in termini in tutti i casi in cui vi sia tale nomina, poiché a nulla varrebbe cercare di dimostrare di non avere avuto conoscenza del provvedimento. *«La formulazione disgiuntiva della norma renderebbe l'elezione di domicilio un'attività sufficiente a trasferire in capo al contumace una presunzione di conoscenza idonea a negare la restituzione nei termini».*

L'art 175, comma 2 richiede la prova anche della *volontaria rinuncia* dell'imputato a comparire ovvero a proporre impugnazione od opposizione. Sulla base di quest'ultima disposizione, l'autorità giudiziaria non può rigettare l'istanza di remissione in termini sul mero requisito dell'avvenuta notificazione al difensore di fiducia; occorre provare che il richiedente ha avuto un'effettiva conoscenza dell'atto di *vocatio in iudicium* o del provvedimento conclusivo del grado di giudizio.

Questo altro non significa che andare ad indagare meglio il rapporto tra cliente e difensore al fine di stabilire a quali condizioni l'esistenza di una nomina di fiducia- di per sé sufficiente a dimostrare

---

<sup>39</sup> K. NATALI, già citato

<sup>40</sup> Cass. sez.V, 31 marzo 2010, n.24707, in C.E.D. cass.

la conoscenza del procedimento da parte del contumace basti a far presume (salvo la possibilità di prova contraria) la volontarietà delle scelte rinunciatarie effettuate da quest'ultimo<sup>41</sup>.

Il difensore di fiducia ha un onore di informazione nei confronti del proprio cliente ciò lo si evince anche dalla lettura dell'art 157, comma 8 *bis* c.p.p. anch'esso modificato dalla legge 60/2005 ove si stabilisce che in caso di nomina di un difensore di fiducia, le notificazioni successive alla prima devono essere effettuate mediante consegna al difensore stesso. Il difensore può però dichiarare immediatamente all'atto della nomina di non accettare le notificazioni ex art art 157, comma 8 *bis* secondo periodo; si è ritenuto da una lettura a sistema che il mancato rifiuto dimostri la costanza dei rapporti tra imputato e difensore, e costituisca, dunque, un elemento idoneo ad impedire la restituzione nei termini. Si legge nella sentenza n.28619 della Corte di cassazione che *«la modifica legislativa apportata all'art. 157, comma 8 bis, c.p.p. ha determinato che, in caso di notifica dell'estratto contumaciale al difensore di fiducia presso il quale l'imputato ha eletto domicilio, costituisce prova dell'effettiva conoscenza del provvedimento e della rinunzia ad impugnare, in quanto il difensore ha il dovere deontologico di far pervenire al proprio assistito gli atti a lui diretti personalmente, oppure di comunicare all'ufficiale giudiziario e all'ufficio giudiziario immediatamente gli eventi che rendevano impossibile la notificazione presso di lui»*<sup>42</sup>.

Appare evidente che con la legge n.60/2005 il legislatore abbia voluto conferire maggiore importanza al ruolo del difensore di fiducia, dando maggiore rilievo al rapporto professionale fiduciario rispetto alla difesa d'ufficio.

In costanza di una difesa d'ufficio, infatti, risulta molto più complicato mostrare una effettiva conoscenza da parte dell'imputato del procedimento a suo carico e del provvedimento conseguente.

Il rapporto professionale fiduciario tra difensore di fiducia e imputato, così come adesso formulato, giustificherebbe una presunzione rafforzata di conoscenza del procedimento da parte dell'imputato contumace.

Come sostiene parte della dottrina, la giurisprudenza attribuisce valore significativo all'onere dell'imputato di coltivare il rapporto con il proprio difensore di fiducia, onde mantenersi al corrente degli sviluppi del procedimento, ma allo stesso tempo viene svalutato il ruolo svolto dall'inerzia del professionista (colpevole o incolpevole).<sup>43</sup>

La Corte di cassazione sez. VI nella sentenza n.938/2011 opera una distinzione tra nomina fiduciaria e difesa d'ufficio, evidenziando come in quest'ultimo caso si può a pieno titolo godere di una presunzione di non conoscenza.

Non a torto la corte di cassazione citata ha operato questa distinzione; chi frequenta le aule dei tribunali penali sa bene che spesso quando viene chiamato un processo che vede l'imputato contumace

---

<sup>41</sup> K. NATALI, già citato

<sup>42</sup> sentenza del 25 maggio 2006, n.28619, Cass. penale sez.I,

<sup>43</sup> K. NATALI, già citato

e non vi è nomina di un difensore di fiducia, il Giudice nomina in aula un difensore d'ufficio, a questo punto non vi è alcuna certezza che quel difensore riesca a mettersi in contatto con un individuo che nemmeno la Procura è riuscita a reperire.

Tuttavia la distinzione operata dalla Corte di cassazione ha prestato comunque il fianco a qualche critica<sup>44</sup>.

Il cuore del problema sta nel concetto di "effettiva conoscenza", di per se difficilmente dimostrabile se non affidandosi a presunzioni che in un modo o nell'altro possono essere suscettibili di critiche e rivelarsi fallaci.

La conoscenza effettiva, infatti, necessita di un'indagine concreta idonea a raggiungere il grado più elevato possibile di attendibilità nella ricostruzione dei fatti, e che quindi *«opera su di un piano parzialmente diverso rispetto a quello delle forme processuali: ad esempio, può sempre accadere che al regolare perfezionamento della procedura di notificazione non corrisponda il raggiungimento dello scopo perseguito»*<sup>45</sup>.

Inoltre si deve far presente un altro limite dell'art 175, comma2 c.p.p., infatti, nonostante le modifiche apportate alla norma, il rimedio apprestato al contumace è rimasto sostanzialmente il medesimo: esso si limita in caso di accoglimento dell'istanza a consentire all'imputato di proporre l'impugnazione avverso la sentenza contumaciale; non consente, cioè la possibilità di recupero del grado o dei gradi di giudizio già consumati e dei diritti difensivi esperibili solo in quei contesti. Né l'accesso al giudizio di impugnazione garantisce in ogni caso, all'imputato il diritto a nuove prove o alla riassunzione di prove già acquisite. Questo aspetto non è mutato perché non è stata modificata la disposizione dell'art 603 comma 4 c.p.p. il quale continua ad esigere, quale condizione per realizzare la rinnovazione dell'istituto dibattimentale, quell'onere dimostrativo gravante sull'imputato che invece è stato eliminato nell'art 175 comma2 cpp.<sup>46</sup>

In conclusione si può affermare che le modifiche normative apportate con la legge 60/2005 non sembrano soddisfare l'esigenza di conformità agli standard richiesti dal legislatore europeo e dai Giudici europei.

Occorre un ulteriore sforzo da parte del legislatore italiano; molto ancora può essere e deve essere migliorato in tema di processi in contumacia, occorrerebbe ad esempio una rivisitazione delle norme che disciplinano il sistema delle notificazioni in materia penale.

## 7. CONCLUSIONI

Alla luce delle considerazioni svolte, occorre mettere in evidenza le seguenti conclusioni: la tutela dei diritti dell'imputato contumace è tema complicato e variamente disciplinato dagli Stati

---

<sup>44</sup> Ibidem

<sup>45</sup> Ibidem

<sup>46</sup> F. SIRACUSANO già citato

membri; allo stesso tempo lo strumento del mandato di arresto europeo è fondamentale per la costruzione di uno spazio europeo di libertà sicurezza e giustizia; la costruzione di questo spazio europeo comune può sussistere solo attraverso il principio del mutuo riconoscimento e della fiducia reciproca fra Stati. Bene ha operato il legislatore europeo nel pensare ad una disciplina del riconoscimento delle decisioni giudiziarie rese al termine di processi *in absentia*; alla base della disciplina comune realizzata con la decisione quadro 2009/299/GAI il legislatore europeo ha posto i criteri fissati dalla CEDU, dunque le norme della decisione quadro soddisfano un adeguato livello di tutela. In ragione di queste premesse appare corretta la valutazione della Corte di giustizia nel caso Melloni, una sentenza che ai nostri occhi reputiamo concreta e pragmatica, forte nell'affermazione del principio del Primato dell'Unione.

Allo stesso tempo le osservazioni condotte in questa breve nota, mirano ad evidenziare gli aspetti della legislazione nazionale in materia di contumacia ancora da migliorare, soprattutto in relazione all'onere della prova dell'effettiva conoscenza del procedimento o del provvedimento da parte del contumace; non appare corretta la dimostrazione di un'effettiva conoscenza fondata in gran parte sul sistema delle notificazioni.

Ci si aspetta ed augura, dunque, che il legislatore nazionale si attivi al fine di definire meglio le condizioni per l'accesso alla restituzione nei termini, integrando in questa prospettiva anche il caso dell'imputato assente e non contumace, ove questo riesca a fornire adeguata dimostrazione della non conoscenza del provvedimento a suo carico. Quest'ultima ipotesi potrebbe verificarsi ove l'imputato assente sia stato difeso da più difensori di ufficio di volta in volta nominati in udienza dal Giudice.