

# Cassazione penale

direttore scientifico **Domenico Carcano**  
condirettore **Mario D'Andria**  
LVIII - agosto 2018, n° 08

08

20  
18

| **estratto**

TANTO TUONÒ, CHE PIOVVE: NEGATA LA  
CONSEGNA IN UNA PROCEDURA MAE PER  
MANCANZA IN ITALIA DEL DIRITTO  
INCONDIZIONATO ALL'IMPUGNAZIONE

*di* Nicola Canestrini

## 368 TANTO TUONÒ, CHE PIOVVE: NEGATA LA CONSEGNA IN UNA PROCEDURA MAE PER MANCANZA IN ITALIA DEL DIRITTO INCONDIZIONATO ALL'IMPUGNAZIONE

*There Is a Lot of Noise on the Refusal to Surrender to Italy in an EAW Proceeding a Felon Convicted in Absentia without the Unconditional Right to an Appeal*

L'Autore commenta una recente pronuncia olandese (*District Court of Amsterdam*, procedimento 18/169, decisione 5 aprile 2018) secondo la quale va rifiutata la consegna in un procedimento MAE di un condannato in contumacia in Italia, e ciò in forza della legge di implementazione olandese della Decisione Quadro sul MAE, in base al quale lo Stato richiedente il MAE deve garantire al condannato in contumacia un nuovo giudizio "incondizionato", ossia non subordinato ai pre-requisiti o alle condizioni previste, nel caso di specie, dall'art. 175 c.p.p. Ritene infatti la Corte olandese che il condannato in Italia avrebbe solo il diritto di presentare la richiesta di remissione in termini per proporre impugnazione, richiesta che tuttavia sarebbe sottoposta al vaglio di ammissibilità dell'A.G. competente: tale circostanza, per lo Stato richiesto, "non costituisce garanzia incondizionata di appello" e, quindi, il pieno diritto di difesa dell'imputato giudicato in contumacia.

*Since in Italian appeal proceedings, according to the text of article 175 of the Italian Code of Criminal Procedure that applied between 2009 and 2014, a number of conditions included in Italian law have to be fulfilled before deeming whether eligibility exists for re-assessment of the default judgment, there is no unconditional guarantee of appeal of in absentia convictions and the Italian European Arrest Warrant cannot be executed under Dutch law (District Court of Amsterdam, procedimento 18/169, decisione 5 aprile 2018).*

*(Traduzione in inglese a cura dell'Autore)*

di **Nicola Canestrini**

*Avvocato (\*)*

**Sommario** 1. Il processo contumaciale italiano visto da Strasburgo (cenni). — 2. La disciplina del Mandato di Arresto Europeo esecutivo su decisione pronunciata in assenza (cenni). — 3. La decisione della *District Court of Amsterdam* del 5 aprile 2018.

### 1. IL PROCESSO CONTUMACIALE ITALIANO VISTO DA STRASBURGO (CENNI)

Come noto, il processo contumaciale italiano è stato oggetto per decenni di condanne da parte della Corte europea dei diritti dell'Uomo: dalla sentenza Colozza contro Italia (1985) in poi, infatti, la Corte EDU ha a più riprese condannato l'Italia per violazione al diritto fondamentale ad un processo equo, come garantito dall'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'Uomo (CEDU), perché le varie normative succedutesi nel tempo non raggiungevano lo standard

(\*) Ai fini di una compiuta *disclosure* si precisa che l'autore di questo commento è intervenuto come difensore nel procedimento MAE in commento.

minimo richiesto della Convenzione per poter ritenere acclarata una rinuncia volontaria dell'imputato a partecipare al processo <sup>(1)</sup> e per la insufficienza dei rimedi processuali interni a rimediare che chi è stato inconsapevolmente condannato <sup>(2)</sup>.

La Corte nelle condanne succedutesi nel tempo ha ricordato i molti strumenti internazionali in base ai quali l'Italia è obbligata a garantire una «*fresh determination*» (per usare il linguaggio dell'ormai storica sentenza Colozza c. Italia) sull'accusa mossa ad un contumace inconsapevole. Sostanzialmente – e sinteticamente – la Corte di Strasburgo, in relazione all'art. 6 della C.E.D.U., ha fissato i seguenti principi <sup>(3)</sup>:

a. La persona accusata di un reato, pur non avendone l'obbligo, ha diritto di essere presente al processo che la riguarda.

b. È possibile la rinuncia all'esercizio di tale diritto, e dunque la previsione di forme di procedimento contumaciale non è per se stessa contraria alle disposizioni convenzioni di garanzia dei diritti dell'uomo.

c. Affinché la celebrazione *in absentia* del processo rappresenti il frutto di una scelta, e non la violazione di un diritto, l'imputato deve essere consapevole della celebrazione del procedimento a suo carico.

d. Va conseguentemente prevenuta l'esecuzione di sentenze pronunciate contro contumaci inconsapevoli.

e. Appartiene alla discrezionalità degli Stati la scelta degli strumenti per evitare l'esecuzione delle sentenze appena indicate, potendo essi approntare strumenti preventivi, cioè preclusioni che ostacolino la celebrazione del processo *in absentia* a fronte di comunicazioni non personalizzate circa le scansioni del processo, oppure strumenti ripristinatori.

f. A proposito di questi ultimi, in particolare, deve essere garantita al condannato contumace inconsapevole la nuova celebrazione di un procedimento, che si svolga in sua presenza avanti ad un giudice che ascolti le ragioni del condannato e gli consenta l'esercizio del diritto di difesa <sup>(4)</sup>.

Proprio le sentenze sopra sommariamente ricordate sono state, del resto, all'origine della novella legislativa introdotta con d.l. 21 febbraio 2005, n. 17, convertito con modificazioni dalla l. 22 aprile 2005, n. 60, con la quale il governo italiano pareva voler rimediare al "difetto strutturale" del sistema processualpenalistico italiano, individuato dalla Corte europea nell'assenza di un meccanismo effettivo, volto a concretizzare il diritto delle persone condannate in contumacia – che non siano state effettivamente informate del procedimento a loro carico e a condizione che non abbiano rinunciato in maniera certa e consapevole a comparire – di ottenere che una giurisdizione esaminasse nuovamente il caso, dopo averle ascoltate sul

<sup>(1)</sup> Sia consentito per questo aspetto di rimandare a N. CANESTRINI, *Quousque tandem abutere, Catilina, patientia nostra? Da Strasburgo una nuova condanna per la disciplina del processo contumaciale italiano*, in *questa rivista*, 2017, p. 358 ss.

<sup>(2)</sup> Il riferimento va, *ex multis*, a Colozza c. Italia, 12 febbraio 1985; F.C.B. c. Italia, 28 agosto 1991; T. c. Italia, 12 ottobre 1992; Somogyi c. Italia, 18 maggio 2004; Sejdovic c. Italia, 10 novembre 2004 e (Grande Camera) 1° marzo 2006, per arrivare, da ultimo, a Huzuneanu c. Italia (2), 1° settembre 2016.

<sup>(3)</sup> Il riferimento va alla sintesi di G. LEO, *Incontro di aggiornamento sulle recenti pronunce della Corte costituzionale in materia penale*, Consiglio Superiore della Magistratura - ufficio dei referenti per la formazione decentrata distretto di Milano, 17 gennaio 2011.

<sup>(4)</sup> Il diritto al contraddittorio deve infatti intendersi comprensivo anche del diritto alla prova: si vedano Corte EDU, Mantovanelli c. Francia, 18 marzo 1997, § 33 e Lietzow c. Germania, 13 febbraio 2001, § 44; sulla declinazione di tali diritti nel processo contumaciale la sentenza rinvia a Colozza vs. Italia cit., § 29 f.; Medenica vs. Svizzera, 14 giugno 2001, § 55).

merito delle accuse, nel rispetto dei principi di cui all'art. 6 Cedu <sup>(5)</sup>. Infatti, il processo contumaciale visto da Strasburgo non è di per sé incompatibile con le garanzie della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, purché il condannato assente e non rinunciante possa, una volta venuto a conoscenza della condanna a suo carico, beneficiare del diritto alla celebrazione di un "nuovo" giudizio in sua presenza. Per quanto qui rileva, la Corte ha invitato lo Stato italiano a «sopprimere un ostacolo legale che potrebbe impedire la riapertura nel termine o la tenuta di un nuovo processo» nei confronti dell'assente non rinunciante <sup>(6)</sup>, segnalando la necessità che lo Stato italiano garantisse «con misure appropriate, la messa in opera del diritto in questione», non solo per il singolo ricorrente del caso sottoposto al suo esame, ma per tutte le persone che vengano a trovarsi «in una situazione simile alla sua» <sup>(7)</sup>.

I tempi rapidi necessari per la conversione in legge del provvedimento governativo non hanno, però, favorito una rivisitazione alla luce di principi enunciati da Strasburgo, ed il giudizio contumaciale italiano è rimasto sotto i riflettori, fino alla ulteriore riforma del rito contumaciale introdotta con l. 17 maggio 2014, n. 67, che rappresenta l'ultima risposta (peraltro ancora insoddisfacente <sup>(8)</sup>) in termini di tempo alle pressioni esercitate dai giudici europei.

## 2. LA DISCIPLINA DEL MANDATO DI ARRESTO EUROPEO ESECUTIVO SU DECISIONE PRONUNCIATA IN ASSENZA E LA SENTENZA DEL BUNDESVERFASSUNGSGERICHTSHOF SOLANGE III

In tale finestra temporale tra il 2005 ed il 2014 si innesta peraltro anche la Decisione quadro 2009/299/GAI, adottata il 26 febbraio 2009 dal Consiglio europeo, che richiamando l'articolo 6

---

<sup>(5)</sup> P. SPAGNOLO, *In tema di restituzione nel termine per il contumace*, in questa rivista, 2006, p. 1130 ss.; A. TAMIELTI, *Processo contumaciale e Convenzione europea dei diritti dell'uomo: la Corte di Strasburgo sollecita ad adottare riforme legislative*, ivi, 2005, p. 989 ss., a commento della sentenza Corte EDU Sejdovic (2004) citata. Si veda, anche per questi rilievi, Corte Suprema di Cassazione, Ufficio del Massimario Servizio Penale, Rel. N. 50/2006, *Il giudizio in contumacia e la restituzione nel termine dopo la legge n. 60 del 2005*.

<sup>(6)</sup> Corte EDU, 10 novembre 2004, Sejdovic c. Italia, ricorso 56581/00, sentenza 10 novembre 2004.

<sup>(7)</sup> Cfr. Corte EDU Sejdovic c. Italia, ricorso 56581/00, sentenza 10 novembre 2004, §44: «*It is inherent in the Court's findings that the violation of the applicant's right as guaranteed by Article 6 § 1 originated in a problem which results from the Italian legislation on trial in absentia and which remains capable of affecting others in future. The unjustified hindrance of the applicant's right to a fresh determination by a court of the merits of the charge against him was not prompted by an isolated incident and is not attributable to the particular turn of events in his case, but was rather the consequence of the wording of provisions of the CCP on the conditions for applying for leave to appeal out of time. Moreover, violations similar to the one in the present case have been found by the Court, either in relation to the former CCP (see Colozza, T. v. Italy and F. C.B. v. Italy, cited above) or after the entry into force of the new CCP (see Somogyi v. Italy, no. 67972/01, ECHR 2004-IV), and it should be noted that the United Nations Human Rights Committee has expressed the view that Italy breached Article 14 of the International Covenant on Civil and Political Rights where a person had been convicted in absentia without having been officially and personally informed of the proceedings against him (see the opinion of 27 July 1999 in the case of Ali Malaki v. Italy). The Court concludes that the facts of the case disclose the existence, within the Italian legal order, of a shortcoming as a consequence of which anyone convicted in absentia who has not been effectively informed of the proceedings against him may be denied a retrial. It also finds that the deficiencies in national law and practice identified in the applicant's particular case may subsequently give rise to numerous well-founded applications*».

<sup>(8)</sup> Il legislatore – nonostante i richiami trentennali di Strasburgo! – ha infatti affidato la conoscenza effettiva del procedimento ai meccanismi presuntivi previsti dall'articolo 420-bis c.p.p., facendo coincidere elezione del domicilio, nomina del difensore di fiducia o l'esecuzione di un provvedimento limitativo della libertà personale con la conoscenza legale del procedimento, basandosi ancora una volta su elementi presuntivi; e senza considerare che la mancata diligenza dell'imputato nel seguire le sorti del procedimento non può essere equiparata – nell'ottica qui in discussione – all'intenzione di rinunciare *consapevolmente* al diritto di partecipare al processo.

della Convenzione EDU come interpretata dalla Corte modifica, come noto, le Decisioni quadro 2002/584/GAI, 2006/783/GAI, 2008/909/GAI e 2008/947/GAI.

Il tema del processo *in absentia* era infatti anche al centro dei dibattiti sul funzionamento degli strumenti di cooperazione giudiziaria c.d. rafforzati, basati sul principio della fiducia reciproca / reciproco riconoscimento. La mancanza di regole comuni al riguardo ha, infatti, spesso rappresentato un ostacolo, vista la riluttanza di molti Stati a eseguire decisioni pronunciate al termine di un processo in cui l'interessato non è comparso personalmente: la DQ 2009/299/GAI ha inteso quindi rafforzare i diritti processuali delle persone e promuovere l'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle decisioni pronunciate in assenza dell'interessato al processo; e ciò al fine di «prevedere motivi chiari e comuni per il non riconoscimento delle decisioni pronunciate al termine di un processo a cui l'interessato non è comparso personalmente», mirando la decisione quadro a «precisare la definizione di tali motivi comuni consentendo 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» (considerando 4 della DQ 299/2009 cit.).

Alla luce del diritto garantito dall'articolo 6 della CEDU, più volte richiamato dai *consideranda* della DQ 2009/299/GAI citata<sup>(9)</sup>, e con particolare riferimento all'obbligo di garantire una «*fresh determination*», il considerando 11 della DQ 2009/299/GAI stabiliva che il «nuovo processo o ricorso in appello è volto a garantire i diritti della difesa ed è caratterizzato dai seguenti elementi: l'interessato ha il diritto di essere presente, [e] il merito della causa, comprese le nuove prove, è riesaminato e il procedimento può condurre alla riforma della decisione originaria».

Ed esattamente sull'articolo 6 della Convenzione EDU come interpretato dalla Corte, applicabile in virtù e nei limiti di cui all'articolo 52/3 della Carta dei diritti fondamentali, oltre che sul diritto ad una impugnazione "effettiva", dichiarato principio fondamentale del diritto dell'Unione<sup>(10)</sup>, la Corte costituzionale federale tedesca aveva già rigettato la richiesta di consegna da parte dell'Italia in un procedimento MAE esecutivo nel dicembre del 2015, rilevando che la disciplina del processo contumaciales italiano non rispettasse la *Menschenwürde*, cioè la dignità umana<sup>(11)</sup>.

### 3. LA DECISIONE DELLA *DISTRICT COURT OF AMSTERDAM* DEL 5 APRILE 2018

In tale quadro si inserisce la sentenza in commento, che prende le mosse da un mandato di arresto europeo emesso nel 2016 dall'Italia in forza di una sentenza di condanna per reati inerenti agli stupefacenti emessa nella contumacia dell'imputato – nel frattempo trasferitosi in Olanda – del Tribunale di Padova del 2009<sup>(12)</sup>.

Una prima udienza fissata per la decisione viene rinviata per richiedere all'Italia informa-

<sup>(9)</sup> Considerando 1 e 8 DQ 2009/299/GAI.

<sup>(10)</sup> Corte giust. UE, sent. 15 maggio 1986, Johnston, C-222/84.

<sup>(11)</sup> Cfr. N. CANESTRINI, *Dalla Corte costituzionale tedesca un limite alla penetrazione dell'ordinamento comunitario negli stati nazionali?*, in questa rivista, 2016, p. 1749 ss.

<sup>(12)</sup> Più precisamente, la sentenza citata (*District Court of Amsterdam, International Legal Assistance Chamber, Public prosecutor's office no.: 13/752213-17, Petition number: 18/169*) afferma: «*The EAW mentions an enforceable judgment of the Court in Padua dated 04/04/2009, final 30/07/2009. The surrender is requested for the purpose of implementing a prison sentence lasting 3 years and 6 months, to be served by the requested person within the territory of the issuing member state. According to the EAW, another 3 years, 5 months and 27 days of this*

zioni supplementari sui rimedi esperibili in Italia nel caso in cui il condannato venisse consegnato <sup>(13)</sup>, con particolare riferimento ad un diritto incondizionato all'impugnazione previsto dalla legge olandese di implementazione della Decisione Quadro istitutiva del MAE.

Ricevuta la notizia che «l'istanza sarà accolta solo ed esclusivamente nel caso in cui dagli atti del procedimento non emerga che lo stesso condannato abbia avuto effettiva conoscenza del procedimento o del provvedimento e abbia volontariamente rinunciato a comparire ovvero di proporre impugnazione (art. 175, comma 2, c.p.p.). Sarà l'autorità giudiziaria investita del caso con l'istanza ad avere l'onere di accertare l'effettiva conoscenza e/o la volontaria rinuncia di cui sopra (art. 175, comma 2, ultimo periodo, c.p.p.)» <sup>(14)</sup>, la *District Court* conclude che non esiste in Italia un diritto incondizionato all'impugnazione di una sentenza contumaciale e rigetta la consegna richiesta <sup>(15)</sup>.

---

*punishment still remain. The imprisonment was imposed on the requested person by means of the above-mentioned judgment».*

<sup>(13)</sup> Sempre nelle parole della sentenza citata: «*The court suspended the hearing for a certain time in order to give the public prosecutor an opportunity of putting questions to the issuing judicial authority about whether this case involved appeal proceedings and if so, whether the requested person had been given the opportunity of putting forward his defence in the appeal*».

<sup>(14)</sup> Ovvero «*The court establishes that the purpose of the EAW is to enforce a default judgment that, in brief, was rendered in the absence of one of the circumstances mentioned in article 12 OLW, opening lines and under a to c incl., and against which no appeal was lodged*.

*In this case, based on article 12, under d OLW, the court may only grant surrender if the issuing judicial authority has stated (i) that the ruling concerned will be served immediately to the requested person after his surrender, and he will explicitly be informed about his right to proceedings to have the default judgment set aside or to appeal proceedings, whereby he is entitled to be present, upon which the case will be heard in full again and new evidence will be allowable, which can lead to a revision of the original judgment and (ii) he will be informed about the period within which he must initiate proceedings to have the default judgment set aside or lodge the appeal, as stated in the European arrest warrant concerned. In an e-mail dated 25 March 2018, the issuing judicial authority stated as follows: "The current case is subject to the version of article 175 Code of Criminal Procedure valid between 2005 and 2014 ... Concretely, this means that in the event that [defendant] is surrendered to Italy, he can submit a request to be excused from failing to meet the deadline so that he can appeal against his conviction. The request will only and exclusively be honoured if the dossier shows that [defendant] had no knowledge whatsoever of the criminal case or of the decision and that he did not voluntarily fail to appeal or fail to submit an appeal (article 175, para. 2, Code of Criminal Procedure). It is the task of the judicial bodies responsible for processing the request to examine whether this case involves effective knowledge of cases and/or voluntary failing to appear or submit an appeal"».*

<sup>(15)</sup> La Corte, dopo aver richiamato il parere del pubblico ministero («*Public Prosecutor's viewpoint: The Public Prosecutor has adopted the viewpoint that surrender can be allowed because the statement of the issuing judicial authority complies with the requirements of article 12, under d OLW*») e quello del difensore («*Defence's viewpoint: The counsel argued that no unconditional guarantee of appeal has been given. Therefore, the ground for refusal referred to in article 12 OLW is applicable*») conclude con la «*Court's opinion*» secondo cui «*The court is of the opinion that the statement of the issuing judicial authority does not comply with the requirements of article 12, opening lines and under d OLW. After all, this statement shows that the requested person not only has to comply with the requirements for appealing against the default judgment in good time, but that in the appeal proceedings, the Italian court also assesses, according to the text of article 175 of the Italian Code of Criminal Procedure that applied between 2009 and 2014, whether a number of conditions included in Italian law were fulfilled before deeming whether eligibility exists for re-assessment of the default judgment. For instance, the requested person has to prove that he was not informed about the date and place of the court hearing and/or that he was not informed about the contents of the ruling and the possibility of appealing against it. In fact, thus, the court agrees with the counsel, that this does not constitute unconditional guarantee of appeal*». Conseguentemente, «*as this was a default judgment and none of the circumstances apply as defined in article 12, opening lines and under a to d incl. OLW, the surrender should be refused based on article 12 OLW*». Ai sensi degli artt. 2, 5, 7 and 12 of the Surrender Act, la Corte «*refuses to surrender to the public prosecutor's office at the court of Padua (Italy)*» e «*terminates the surrender detention*».

