

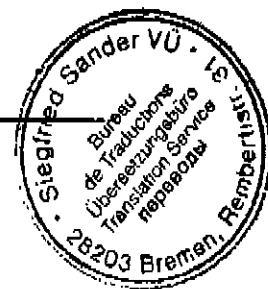
Traduzione autenticata dalla lingua tedesca

Copia

-stemma-

**CORTE DI APPELLO DI KARLSRUHE**  
1<sup>a</sup> sezione penale

1 Ws 141/12  
StVK 571/11



883.107606

Affare di assistenza di esecuzione della  
pena del  
cittadino tedesco  
Wilhelm Ernst **K u s t e r e r**  
nato a Salmbach 1'08/02/1922  
nella specie: reclamo immediato contro  
la decisione ai sensi dei  
§§ 54, 55 Legge  
sull'assistenza interna-  
zionale in materia penale  
(IRG)

**Decreto del 12 agosto 2013**

1. In seguito al reclamo immediato presentato dalla persona condannata, il decreto emanato dal Tribunale (Landgericht) di Karlsruhe - sezione di esecuzione della pena estera di Pforzheim - in data 19 giugno 2012 viene revocato.
2. L'esecuzione dell'ergastolo nella Repubblica Federale di Germania inflitto al cittadino tedesco Wilhelm Ernst Kusterer tramite sentenza pronunciata in data 7 maggio 2008 - N. 1/2008 R.G.; sentenza 25/08 - dalla Corte militare di Appello di Roma viene dichiarata come non ammissibile.
3. Le spese del procedimento e le spese necessarie della persona condannata sono a carico della tesoreria dello Stato.

- 2 -

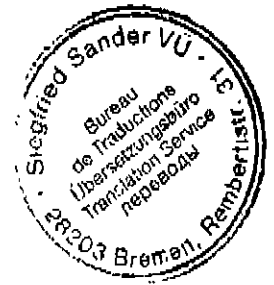
**M o t i v i :**

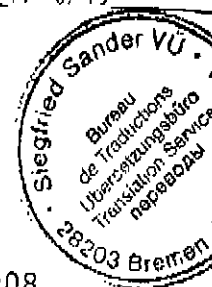
I.

Il cittadino tedesco Wilhelm Ernst Kusterer è stato condannato all'ergastolo con sentenza pronunciata in data 07/05/2008 - N. 1/2008 R.G.; sentenza 25/08 - dalla Corte militare di Appello di Roma in contumacia per il reato della "partecipazione alla ripetuta violenza aggravata e continuata ed all'uccisione di civili non combattenti". Tale condanna è stata pronunciata in seguito all'appello proposto dalla Procura della Repubblica, dopo che Wilhelm Ernst Kusterer era stato assolto precedentemente per tali fatti attribuitigli in primo grado dalla Corte militare d'appello di La Spezia con sentenza data 13/01/2007 (sentenza N. 1/07).

Secondo gli accertamenti contenuti nella sentenza pronunciata dalla Corte di Appello di Roma in data 07/05/2008, Wilhelm Ernst Kusterer, oggi 91-enne, come membro della 16ª divisione di carri armati granatieri SS di allora, con rango di sergente ha partecipato in data 29 e 30/09/1944 come anche in data 01 e 05/10/1944 nella zona di Monte Sole/Italia ubicata nelle vicinanze dei comuni di Marzabotto, Grezzano e Monzuno ad una azione di vendetta contro partigiani nella quale furono uccisi non meno di 800 civili non partecipanti alle azioni di guerra, tra cui molti bambini, donne e anziani.

In data 21/10/2010 la Procura Generale di Karlsruhe ha rifiutato la concessione dell'extradizione in Italia della persona condannata al fine dell'esecuzione della pena (3 Ausl A 131/10) a causa di un annuncio da parte delle autorità giudiziarie italiana inserito nel Sistema d'informazione di Schengen (SIS), dopo che la persona perseguitata non aveva espresso opinione favorevole alla propria estradizione (§ 80 co. 3 Legge sull'assistenza internazionale in materia penale (IRG)). Con nota del (21/07/2011) rivolta all'Ufficio federale di giustizia, il Ministero della giustizia italiano, facendo riferimento all'art. 4 N. 6 della decisione quadro del Consiglio Europeo del 13/06/2002 sul mandato di arresto europeo e sulle procedure di consegna tra Stati membri (2002/584/JI) ha chiesto l'assunzione dell'esecuzione dell'ergastolo inflitto a Wilhelm Ernst





- 3 -

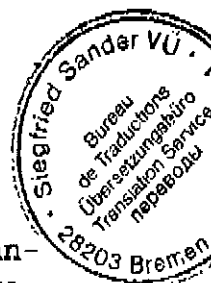
Kusterer tramite sentenza pronunciata in data 07/05/2008 dalla Corte di Appello di Roma.

Con il decreto impugnato il Tribunale (Landgericht) di Karlsruhe - sezione di esecuzione della pena estera di Pforzheim - ha dichiarato ai sensi del § 54 co. 1 frase 1 Legge sull'assistenza internazionale in materia penale (IRG) esecutivo l'ergastolo nella Repubblica Federale di Germania inflitto con la sentenza pronunciata in data 07/05/2008 dalla Corte di Appello di Roma ed ha fissato ai sensi del § 54 co. 1 frase 2 Legge sull'assistenza internazionale in materia penale (IRG) l'ergastolo secondo la Legge tedesca. Contro tale decreto notificato all'assistente legale della persona condannata in data 25/06/2012, Wilhelm Ernst Kusterer, con nota pervenuta in data 27/06/2012, ha presentato reclamo immediato motivandolo ulteriormente con note datate 11/07/2012 e 26/07/2013.

## II.

Al mezzo d'impugnazione presentato ai sensi del § 55 co. 2 Legge sull'assistenza internazionale in materia penale (IRG) in modo ammissibile, formalmente conforme e conforme con i termini previsti, non si può negare il successo.

1. L'assistenza di esecuzione con l'Italia si conforma alla Convenzione sul trasferimento delle persone condannate adottata in data 21 marzo 1983 (Convenzione sul trasferimento - di seguito denominata: ConvTras - Gazzetta ufficiale della Repubblica federale di Germania (BGBl.) 1991 II p. 1006, 1007; 1992 II p. 98) in collegamento con gli artt. 67 - 69 della Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen del 19/06/1990 all'eliminazione graduale dei controlli alle frontiere comuni (Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen - di seguito denominata: CAAS - Gazzetta ufficiale della Repubblica federale di Germania (BGBl.) 1993 II pp. 1010, 1013, 1902, 1904; 1994 II p. 631; 1996 II p. 242; 1997 II p. 1530; 1998 II p. 1968, 1969). Il protocollo aggiuntivo del 18/12/1997 relativo alla ConvTras (di seguito denominato: PA-ConvTras) non viene direttamente applicato, poiché finora non è stato ratificato dall'Italia (Schomburg/Lagodny/Gieß/Hackner, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen (Assistenza internazionale in materia penale), 5ª edizione 2012, PA-ConvTras, II C 1, tabella contrattuale). Gli artt. 67-69 CAAS colmano la lacuna



giuridica sussistente per i casi in cui la persona condannata non si trattiene più nello Stato in cui è stata pronunciata la sentenza, ma si è sottratta all'esecuzione oppure all'ulteriore esecuzione della pena o alla misura presa fuggendo nella propria patria (Corte d'appello [tedesca] (KG) Corte d'appello [tedesca] (KG) nuova gazzetta giuridica settimanale [tedesca] (NJW) 2008, 673). Secondo l'art. 69 frase 2 CAAS vanno applicate secondo il loro senso le prescrizioni di cui alla ConvTras ad eccezione del requisito imperativo ivi riportato nell'art. 3 co. 1 lettera d) dell'approvazione da parte della persona condannata in merito al trasferimento dell'esecuzione. Queste regolamentazioni prese con questi accordi di diritto internazionale e diventate direttamente diritto dello Stato [contraente] tramite la ratificazione di leggi federali prevalgono sulle prescrizioni della Legge sull'assistenza internazionale in materia penale (di seguito denominata: IRG) secondo il § 1 co. 3 IRG, poiché contengono regolamentazioni più specifiche. Tale sussidiarietà però non è valida per il procedimento da considerare in caso della commutazione della sanzione, poiché l'art. 11 co. 1 frase 1 ConvTras ed inoltre gli artt. 68, 69 frase 2 CAAS dichiarano applicabile la legge dello stato che esegue la pena, di modo che risultano applicabili i §§ 48 ss. IRG (cfr. Corte d'appello [tedesca] (KG) al luogo di cui sopra).

2. La sezione penale ha controllato, se al posto degli artt. 67-69 potrebbe sussistere un'altra base legale oppure se tali prescrizioni non verrebbero applicate per accordi internazionali o per principi di interpretazione. Entrambe le cose vanno negate. La decisione quadro 2008/909/JI del Consiglio Europeo del 27/11/2008 sull'applicazione del principio del riconoscimento reciproco delle sentenze in materia penale inflitte tramite pene o misure privative della libertà ai fini della loro esecuzione nell'Unione europea (Gazzetta ufficiale L 327 del 05/12/2008, p. 27) (di seguito denominate: pene detentive RB) nella Repubblica Federale di Germania (non) è ancora stata attuata. Tale decisione quadro che prevede nell'art. 6 co. 2 a) la possibilità di un'amplia assunzione dell'esecuzione della pena per i propri cittadini non rappresenta di per sé una base legale direttamente effettiva nella Repubblica Federale di Germania, anzi, in via di principio le decisioni quadro devono essere trasformate in diritto dello Stato, poiché per gli Stati membri dell'Unione europea sono vincolanti solo per

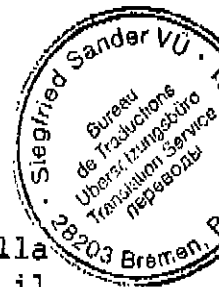


- 5 -

quanto riguarda i loro obiettivi (Schomburg / Lagodny / Gleß / Hackner, al luogo di cui sopra, Rechtsakte der EU (Atto giuridico dell'Ue), III, Introduzione, annotazione a margine 52). Infatti anche la prescrizione di cui all'art. 26 co. 1 secondo cui tale decisione quadro, a partire dal 05/12/2011, deve sostituire anche il titolo III capitolo 5 e quindi anche l'art. 67-69 della CAAS, indipendentemente dalla regolamentazione dei termini di cui all'art. 28, non porta le pene detentive RB a nessuna valutazione giuridica diversa. Anche la prescrizione considerata nella richiesta del Ministero di giustizia italiano in data 21/07/2011 di cui all'art. 4 N. 6 della decisione quadro presa dal Consiglio europeo in data 13/06/2002 sul mandato di arresto europeo e sulle procedure di consegna tra Stati membri (2002//584/JI) (di seguito denominata: RbEuHb) secondo cui l'autorità di esecuzione può rifiutare l'esecuzione di un mandato europeo di arresto emesso al fine dell'esecuzione di una pena detentiva o di una misura di sicurezza privata della libertà soltanto se lo Stato membro di esecuzione obbliga sé stesso all'esecuzione della pena o della misura di sicurezza, non rappresenta come norma di decisione quadro nessuna base legale direttamente effettiva nello Stato. Infine anche il precetto dell'interpretazione conforme alla decisione quadro del diritto nazionale (cfr. Corte di cassazione europea sentenza del 16/06/2005 - C-105/03 Pupino - nuova gazzetta giuridica settimanale [tedesca] (NJW) 2005, 2839; Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner, al luogo di cui sopra, IRG, prima del § 78 annotazione a margine 10) non porta a nessuna valutazione diversa, poiché esso non giustifica né un'interpretazione contra legem, né una non-considerazione del diritto nazionale come nel presente caso della CAAS ovvero della ConvTras, i quali quindi continuano a reclamare la validità come diritto valido all'interno dello Stato.

3. Secondo la prescrizione illimitatamente applicabile di cui all'art. 68 co. 1 CAAS, secondo cui l'assunzione dell'esecuzione della pena viene in considerazione da sola, la parte contraente, sul cui territorio nazionale un cittadino di un'altra parte contraente è stato condannato in modo irrevocabile ad una pena detentiva o ad una misura di sicurezza e di miglioramento privata della libertà, nel caso in cui la persona interessata si è sottratta all'esecuzione oppure all'ulteriore esecuzione della pena o alla misura di sicurezza fuggendo nel proprio Paese, può



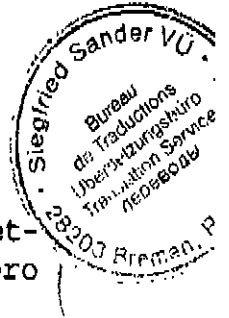


rivolgere una richiesta di assunzione dell'esecuzione della pena alla parte contraente sul cui territorio nazionale il fuggiasco è stato trovato.

Nel presente caso non sussiste un "caso di fuga" di questa natura. Indipendentemente dal fatto che la persona condannata sia tornata in Germania - la sua patria - già molto tempo prima che sia passata in giudicato la sentenza pronunciata dalla Corte militare di Appello di Roma in data 07/05/2008 e quindi anche molto prima della possibile esecuzione della sentenza in Italia (cfr. Corte d'appello [tedesca] (OLG) di Rostock OLGst IRG § 49 N. 2), secondo il parere della sezione penale il termine della "fuga" usato nell'art. 68 co. 1 CAAS richiede un comportamento finalizzato e non può essere già verificatosi tramite il fatto che la persona condannata, senza nessuna sussistenza di un'intenzione di elusione, torni semplicemente in patria (vedasi la sezione penale, decisione datata 04/01/2012, 1 Ws 77/10, relativo all'art. 2 co. 1 PA-ConvTras; lasciata in sospenso dalla Corte d'appello (OLG) di Dresda, decisione del 09/06/2011, OLG Ausl 184/10; Corte d'appello (OLG) di Stoccarda Giustizia 2008, 143 e sezione NSTZ-RR 2008, 112 relative al § 83 N. 3 IRG). Ma anche secondo la vista opposta, secondo cui anche un semplice ritorno della parte condannata in patria - se del caso anche dopo un invito all'espiazione della pena che non ha avuto successo (cfr. OLG di Dresda, al luogo di cui sopra) - può essere sufficiente (cfr. Corte d'appello [tedesca] (KG) nuova gazzetta giuridica settimanale [tedesca] (NJW) 2008, 673), nel presente caso non si potrebbe più parlare di un caso di fuga, di modo che alla fin fine non esiste una divergenza rilevante per la decisione. Nel presente caso, infatti, tra il momento della commissione dei fatti per cui è stata emessa condanna, cioè tra l'anno del 1944 e la condanna emessa nell'anno del 2008 ci sono più di 63 anni, ma la persona condannata ha lasciato l'Italia evidentemente non a causa del perseguimento penale e dell'esecuzione penale prevedibili in base ai fatti oggetto del procedimento penale, ma, secondo lo stato degli atti, alla fine del 1944/all'inizio del 1945 è tornata come soldato con il suo raggruppamento militare in Germania. Una tale interpretazione restrittiva del termine "fuga" corrisponde anche alla regolamentazione di cui all'art. 6 co. 2 c) pene detentive RB, il quale nel proprio testo non solo distingue espressamente tra i fatti, se una persona condannata è "fuggita" in un altro Stato membro oppure se è "tornata in un altro modo", ma premette

- 7 -

inoltre, che tale fuga o altro ritorno siano stati effettuati "in considerazione del procedimento penale nei loro confronti ... oppure dopo la condanna".



4. Siccome quindi mancano una base legale che contenga il rilevamento speciale di questo caso e anche una base legale applicabile per l'esecuzione dell'ergastolo inflitto in Italia alla persona condannata, in questo caso non si dipende dal fatto, se la fattispecie accertata in data 07/05/2008 con sentenza dalla Corte militare di Appello di Roma sarebbe punibile anche secondo la Legge tedesca e se Wilhelm Ernst Kusterer potrebbe anche essere perseguito e condannato secondo ciò in Germania. La sezione penale fa soltanto osservare che un accertamento della sussistenza della cosiddetta sanzionabilità da entrambe le parti ai sensi del § 49 co. 1 N. 3 IRG (cfr. Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner, al luogo di cui sopra, IRG § 49 annotazione a margine 8 ss.) dopo una valutazione provvisoria ai sensi del § 80 co. 4 frase 1 alt. 2 IRG sarebbe stata dispensabile, perché alla richiesta di assunzione dell'esecuzione della pena è preceduto un procedimento di estradizione e la concessione dell'extradizione è stata rifiutata facendo presente la sua cittadinanza tedesca e la mancanza di un assenso da parte della Procura generale di Karlsruhe (§ 80 co. 3 IRG; cfr. anche Corte d'appello [tedesca] (OLG) di Celle NSTZ-RR 2013, 24). Siccome gli atti però non sono presenti dalla sezione penale, ma sono ancora nello stato di invio dalla Procura generale di Karlsruhe secondo la sua comunicazione circa il procedimento datata 17/07/2013, non può aver luogo una valutazione conclusiva in tal merito.

5. Del resto nel presente caso l'assunzione dell'esecuzione della sentenza pronunciata dalla Corte militare di Appello di Roma in data 07/05/2008 - almeno attualmente - non verrebbe in considerazione, poiché dai documenti presentati non risulta indubbiamente che siano stati osservati gli standard minimi di diritto internazionale. Ai sensi dell'art. 11 co. 1 frase 1 ConvTras infatti nel caso della commutazione della sanzione va applicato il procedimento da eseguire secondo la Legge dello Stato che effettua l'esecuzione, di modo che vanno osservati i §§ 48 ss. IRG (cfr. 1. di cui sopra). Ai sensi del § 49 co. 1 N. 2 IRG nel procedimento che sta alla base del giudizio



- 8 -

straniero si deve, tra l'altro, concedere alla persona condannata di essere ascoltata dal giudice e consentirle una difesa sufficiente (cfr. in tal merito anche art. 69 frase 2 CAAS, art. 3 co. 1 ConvTras come anche la dichiarazione della Germania relativa all'art. 3 co. 1 ConvTras, stampata in Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner, al luogo di cui sopra, Überstübck (ConvTras), II C, annotazione a margine 2). Infatti si tratta di una norma speciale relativa al § 73 IRG, di modo che secondo la giurisprudenza della sezione penale anche i principi sviluppati in merito a sentenze contumaciali nell'ambito del diritto di estradizione vengono conseguentemente applicati (sezione penale, decisione del 04/01/2012, 1 Ws 77/10 con ulteriori prove). In tal senso è necessaria una considerazione unitaria. Infatti non è compatibile con i principi dello Stato di diritto, di negare, in caso della sussistenza di una sentenza pronunciata in contumacia, in un primo momento l'extradizione di una persona perseguitata per l'esecuzione della pena per violazione dei requisiti minimi stabiliti nel § 83 N. 3 IRG e di non osservare gli stessi nella stessa misura in un'eventuale richiesta successiva di assunzione dell'esecuzione della pena.

Nel presente caso Wilhelm Ernst Kusterer non era presente di persona né durante l'udienza davanti alla Corte militare d'appello di La Spezia, né davanti alla Corte militare d'appello di Roma, anzi, entrambe le sentenze sono state pronunciate in contumacia. Siccome è stato prosciolto in primo grado, dipende particolarmente dal fatto, se anche nel procedimento d'appello, in cui è poi stata pronunciata la sua condanna, sono stati rispettati i diritti minimi di difesa che spettano in modo riconosciuto a qualsiasi persona imputata di un atto punibile. Ciò, e di questo la sezione penale è convinta, non è definitivamente e indubbiamente sicuro - almeno adesso -. Il fatto che l'imputato fosse stato convocato personalmente all'udienza terminata con sentenza datata 07/05/2008 e pronunciata dalla Corte militare d'appello di Roma oppure che altrimenti abbia avuto conoscenza ufficiale sicura di tale udienza per la discussione, non si può desumere in modo dimostrato dalla richiesta di assunzione dell'esecuzione della pena. Da quest'ultima risulta soltanto che ci è stata la citazione del suo difensore, l'avvocato Canestrini di Rovereto. E' possibile che quest'ultimo abbia informato di propria



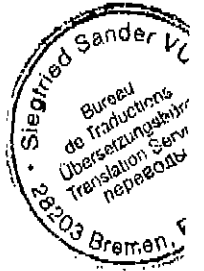


iniziativa la persona condannata della data dell'udienza per la discussione, però ciò non è comprovato con sufficiente sicurezza.

Tuttavia i diritti minimi della persona sottoposta a procedimento penale in un procedimento contumaciale vanno considerati e sufficientemente rispettati anche nel caso in cui esso, informato del procedimento, rinunci consapevolmente al proprio diritto di presenza e se - se ciò è giuridicamente ammissibile - ha incaricato un avvocato di rappresentarlo (Corte d'appello (OLG) di Colonia OLGst IRG § 83 N. 4). Come risulta dalla presa di posizione a cui si è provveduto dell'avvocato Dr. Bühler datata 26/07/2013, nel presente caso la persona condannata è stata rappresentata dall'avvocato Canestrini non solo davanti alla Corte militare d'appello di La Spezia, ma anche durante l'intero procedimento d'appello svoltosi davanti alla Corte militare di Appello di Roma. Però quindi - come risulta dall'interpretazione a favore della persona condannata e illimitatamente ammissibile e dovuta e conforme alla decisione quadro degli §§ 49 co. 1 N. 2, 73, 83 N. 3 IRG secondo ciò che è previsto nell'art. 9 co. 1 i.) ii) pene detentive RB - sarebbe stato necessario che la persona condannata non avesse solo incaricato e delegato l'avvocato Canestrini all'inizio del procedimento in modo effettivo secondo la Legge italiana con la sua rappresentanza, ma che tale incarico fosse stato anche dato ovvero mantenuto "conoscendo la data dell'udienza" davanti alla Corte militare di Appello di Roma. Però non risulta chiaro se ci sono stati contatti e, se del caso, di quale tipo siano stati tra la persona condannata e l'avvocato Canestrini dopo il proscioglimento della persona condannata pronunciato dalla Corte militare d'appello di La Spezia e, considerando l'età della persona condannata e la sua fragilità demente ciò non può neanche essere senz'altro affermato. Il fatto che quindi avrebbero potuto esserci dei deficit di comunicazione risulta anche dal fatto che secondo la presa di posizione espressa dall'avvocato Dr. Bühler in data 26/07/2013 evidentemente non è stato possibile il chiarimento della necessità di proporre "reclamo di cassazione" contro la sentenza pronunciata in data 07/05/2008 tra la persona condannata e l'avvocato Canestrini come anche il chiarimento della rappresentanza necessaria dell'avvocato.

- 10 -

timbro circolare:  
"CORTE D'APPELLO  
-stemma-  
DI KARLSRUHE"



Siccome però l'assunzione dell'esecuzione nel presente caso è già esclusa per altri motivi, non è stato necessario chiarire ulteriormente i fatti pertinenti. Così la sezione penale ha potuto anche lasciare aperto, se, per rispettare i diritti minimi nel senso del rispetto dei principi di un procedimento corretto, nel presente caso sarebbe stato necessario informare appositamente e separatamente insieme all'avvocato Dr. Bühler di Pforzheim anche il difensore di fiducia tedesco scelto dalla persona condannata, il quale, secondo quanto esso stesso ha riferito nella nota datata 26/07/2013, è registrato nel registro degli avvocati Ue con pieni poteri d'esercizio in Italia ed è stato almeno temporaneamente presente davanti alla Corte militare d'appello di La Spezia, del procedimento d'appello e invitarlo espressamente a comparire all'udienza principale. Entrambi i fatti, secondo quanto ha comunicato il Dr. Bühler, non hanno avuto luogo.

## III.

La decisione relativa ai costi ed alle spese risulta dal § 77 IRG ed inoltre secondo l'applicazione conforme al significato del § 467 codice di procedura penale [tedesco] (StPO).

Karcher	Guthmann	Böhm
Presidente presso la Corte d'appello	Giudice presso la Corte d'appello	Giudice presso la Corte d'appello

Redatto firma illeggibile Pfaffmann, segretario giudiziario in qualità di ufficiale addetto alla trascrizione degli atti presso la cancelleria	timbro circolare: "CORTE D'APPELLO -stemma- DI KARLSRUHE"
---	--

fine della traduzione -

La presente traduzione dalla Corte di Appello di Roma è una versione dalla lingua tedesca fedele della copia originale allegata ed eseguita con coscienza.

Hannover, li 17/10/2013



S. Elseit