

Penale Sent. Sez. U Num. 40517 Anno 2016

Presidente: CANZIO GIOVANNI

Relatore: ROTUNDO VINCENZO

Data Udiienza: 28/04/2016

SENTENZA

sul ricorso proposto da

Taysir Mustopha, nato in Egitto il 15/11/1977

avverso l'ordinanza del 10/09/2015 del Tribunale di Palermo

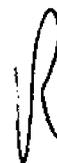
visti gli atti, l'ordinanza impugnata e il ricorso;

udita la relazione svolta dal componente Vincenzo Rotundo;

udito il Pubblico Ministero, in persona dell'Avvocato generale Carmine Stabile,
che ha concluso per l'inammissibilità del ricorso.

RITENUTO IN FATTO

1. Con ordinanza del 10 settembre 2015, il Tribunale di Palermo-Sezione per il riesame ha accolto l'appello proposto dal Procuratore della Repubblica avverso l'ordinanza con cui il Giudice per le indagini preliminari del medesimo Tribunale



aveva rigettato la richiesta di applicazione della misura cautelare della custodia in carcere nei confronti di Mustopha Taysir, indagato per il delitto di cui agli artt. 110, 81, cod. pen., 12, commi 3, lett. a) e b), 3-bis, 3-ter, lett. b), d.lgs. n. 286 del 1998, applicando al predetto la invocata misura coercitiva.

Il Tribunale aveva accertato che in data 20 agosto 2015 una nave era giunta presso il porto di Palermo, proveniente dalle coste egiziane, con a bordo 359 cittadini extracomunitari soccorsi in mare dalla Guardia Costiera italiana. Nel corso dell'espletamento delle prime indagini, la Squadra Mobile aveva sentito a sommarie informazioni testimoniali Haj Mohamad Ahmad, Alkadi Adnan ed Abdelmonim Allababidi, i quali, con dichiarazioni convergenti, specifiche e circostanziate, avevano riferito che il gruppo di circa 400 persone era partito dall'Egitto su una imbarcazione condotta da cinque o sei persone di origine egiziana tra le quali vi era il Taysir, riconosciuto in fotografia come il capitano, che aveva impartito ordini ai membri dell'equipaggio e diretto la navigazione.

Il Tribunale aveva ritenuto tali dichiarazioni utilizzabili, in quanto acquisite in presenza del difensore e con le garanzie prescritte per l'esame di persona indagata, nonché attendibili, in quanto rese in modo autonomo ed indipendente da soggetti non animati da alcun intento calunniatorio, mentre le divergenze in ordine alle mansioni effettivamente svolte dall'indagato non potevano condurre ad un giudizio di non credibilità.

Il Tribunale aveva ritenuto pienamente utilizzabile a fini cautelari anche l'individuazione fotografica effettuata dai medesimi soggetti.

Ne era stata desunta, quindi, la sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza a carico dell'indagato e la corretta qualificazione del reato a lui ascritto. Parimenti ricorrenti, poi, erano le esigenze cautelari, nella ritenuta applicabilità della presunzione relativa ex art. 12, comma 4-bis, d.lgs. n. 286 del 1998, di adeguatezza e proporzionalità della misura della custodia in carcere.

Il Tribunale aveva riscontrato la sussistenza del pericolo concreto di recidiva, desumendolo: dal verosimile inserimento dell'indagato in una più vasta organizzazione dedita al trasporto di clandestini sulle coste italiane; dalle modalità e circostanze dei fatti commessi, in sé estremamente gravi; dalla manifestazione di personalità di elevato spessore criminale, avendo palesato il Taysir un assoluto disprezzo per la vita umana, organizzando l'ingresso in territorio italiano delle persone offese ed esponendo le stesse a concreto pericolo per la loro incolumità.

Veniva ravvisata, infine, anche l'esigenza di cautela di cui all'art. 274, comma 1, lett. b), cod. proc. pen., sul presupposto che l'ingresso illegale dell'indagato nel territorio nazionale, privo di documenti e di fissa dimora, potesse rendere concreto il pericolo di fuga.

2. Avverso l'indicata ordinanza ha presentato ricorso per cassazione il Taysir, per il tramite del difensore a lui nominato di ufficio.

Il ricorrente ha dedotto, in primo luogo, la violazione degli artt. 273 e 350, comma 7, cod. proc. pen. in relazione all'art.12, commi 3, lett. a) e b), 3-bis, 3-ter, lett. b), d.lgs. n. 286 del 1998, per mancanza e manifesta illogicità della motivazione, in relazione alla consistenza dei gravi indizi di colpevolezza, esclusivamente fondati sulle dichiarazioni rese da tre soli dei soggetti soccorsi, già ritenute dal G.i.p. contraddittorie ed imprecise.

Con il secondo motivo il Taysir ha lamentato la violazione degli artt. 273 e 192, commi 3 e 4, cod. proc. pen. in relazione all'art. 12, commi 3, lett. a) e b), 3-bis, 3-ter, lett. b), d.lgs. n. 286 del 1998 per mancanza, contraddittorietà e manifesta illogicità della motivazione, in ordine alla valutazione delle chiamate in correità o reità, non avendo il Tribunale sottoposto a doveroso vaglio la credibilità dei dichiaranti, l'attendibilità delle dichiarazioni rese, nonché l'esistenza di adeguati riscontri esterni individualizzanti.

Con l'ultima doglianza, infine, il Taysir ha dedotto la violazione degli artt. 274, comma 1, lett. b), c), e 291 cod. proc. pen. in relazione all'art. 12, commi 3, lett. a) e b), 3-bis, 3-ter, lett. b), d.lgs. n. 286 del 1998, per mancanza, contraddittorietà e manifesta illogicità della motivazione, in ordine alla sussistenza delle esigenze cautelari, di cui non sarebbero stati rappresentati i motivi di attualità, nonché degli elementi giustificativi della necessità del ricorso alla più gravosa misura custodiale.

Il Tribunale non avrebbe, in particolare, considerato che la presunzione relativa stabilita dall'art. 12, comma 4-bis, d.lgs. n. 286 del 1998 sarebbe venuta meno per effetto della sentenza della Corte Costituzionale n. 331 del 2011 e che il ricorrente era stato espulso dal territorio nazionale, così rendendo inattuale e non concreto il pericolo di fuga.

Parimenti insussistente, poi, sarebbe il pericolo di recidiva, valutato dal Tribunale con motivazione generica e in spregio del principio devolutivo, in quanto non dedotto né nella richiesta di applicazione della misura cautelare né in sede di proposizione dell'appello del P.M.

Pure manifestamente illogico e non adeguatamente motivato, infine, sarebbe il giudizio di adeguatezza espresso in ordine alla misura concretamente applicata.

Con successiva memoria, il difensore del Taysir ha presentato motivi nuovi, sostenendo l'inutilizzabilità, ex art. 191 cod. proc. pen., delle dichiarazioni rese dai tre migranti dinanzi alla Squadra Mobile, per essere state acquisite senza il rispetto delle garanzie prescritte dall'art. 64 cod. proc. pen., e la violazione del

principio devolutivo, per avere il Tribunale affermato il pericolo di recidivazione specifica, non dedotto dall'appellante.

3. La Prima Sezione penale, con ordinanza del 18 dicembre 2015, depositata il 16 febbraio 2016, ha rimesso la trattazione del giudizio alle Sezioni Unite, sul presupposto che, apparendo inammissibile il ricorso perché proposto da soggetto non legittimato (e cioè da difensore cassazionista nominato quale sostituto processuale dal difensore di ufficio non cassazionista), assume consequenziale rilievo una problematica su cui sussiste contrasto interpretativo, concernente il dubbio se, in una fattispecie come quella in esame, alla dichiarazione di inammissibilità del ricorso per cassazione consegua, ed eventualmente a carico di chi, la condanna al pagamento delle spese del procedimento.

La Prima Sezione ha rilevato, con valenza assorbente rispetto alle doglianze di merito, come il ricorso dovesse essere considerato inammissibile in quanto proposto dall'avv. Sergio Di Gerlando, e cioè da difensore designato quale sostituto processuale dall'avv. Loredana Culò, già difensore di ufficio di Mustopha Taysir, non in possesso dell'abilitazione al patrocinio innanzi agli organi di giurisdizione superiore; e ciò in contrasto con le previsioni degli artt. 97, 102 e 613 cod. proc. pen.

Assunta la decisione indicata, la Prima Sezione ha, quindi, analizzato il conseguente aspetto, per cui ha rimesso la trattazione del ricorso alle Sezioni Unite, avente ad oggetto la problematica relativa all'adozione delle statuizioni accessorie riguardanti l'onere delle spese processuali.

4. Il Primo Presidente, con decreto del 23 febbraio 2016, ha assegnato il ricorso alle Sezioni Unite, fissando per la trattazione l'odierna udienza in camera di consiglio.

5. Nell'imminenza dell'udienza la difesa di Mustopha Taysir ha depositato una memoria, con la quale contesta le conclusioni alle quali è pervenuta la Prima Sezione penale nell'ordinanza di remissione.

A suo avviso, il riconoscimento della possibilità per il difensore di ufficio di avvalersi, in considerazione dell'impedimento derivante dall'assenza del titolo abilitante, della facoltà riconosciuta dall'art. 102 cod. proc. pen. al fine di consentire la valida proposizione del ricorso per cassazione, sarebbe conforme ai principi ispiratori che disciplinano la sostituzione processuale ed alla *ratio* del quadro normativo di riferimento (segnatamente l'art. 613 cod. proc. pen.), oltre ad essere in linea con il vincolo che impone una interpretazione costituzionalmente orientata e conforme alla CEDU delle norme processuali.

In particolare, andrebbe tenuta ferma la distinzione tra diritto di proporre impugnazione e legittimazione ad impugnare: l'avv. Loredana Culò, avendo il diritto di proporre impugnazione, ha deciso di avvalersi, ex art. 102 cod. proc. pen., dell'operato dell'avv. Sergio Di Gerlando (regolarmente iscritto nell'albo speciale per il patrocinio innanzi alle giurisdizioni superiori) al fine di superare il proprio impedimento rappresentato dalla mancanza del titolo abilitativo.

D'altra parte, il ricorso per cassazione avverso le decisioni emesse in sede di riesame e di appello rappresenta un singolo frammento all'interno di un mosaico, con la conseguenza che, concluso il giudizio di legittimità, il sostituto, essendo difensore di ufficio per il Taysir, in forza del suo obbligo, dovrà riprendere ad esercitare le proprie funzioni.

Quanto alla possibilità di condannare il difensore al pagamento delle spese del giudizio in caso di declaratoria di inammissibilità del ricorso, la difesa del ricorrente ricorda che il fondamento giuridico della condanna al pagamento delle spese processuali è rappresentato dalla soccombenza, principio che investe soltanto la posizione delle parti processuali in senso tecnico, oltretutto di soggetti diversi che ad esse sono normativamente equiparati.

L'avv. Loredana Culò, nella nomina dell'avv. Sergio Di Gerlando a proprio sostituto processuale, aveva avuto cura di precisare di non essere iscritta all'Albo speciale per il patrocinio innanzi alle giurisdizioni superiori, mentre il suo sostituto era patrocinante in cassazione. Conseguentemente l'avv. Culò non aveva mancato di informare l'autorità giudiziaria del suo *modus operandi*, ad essa rimettendosi e sollecitando, se del caso, eventuali interventi sostitutivi. Ne deriva che il comportamento del predetto legale era stato posto in essere nell'esclusivo interesse del proprio assistito e della giustizia e che nessuna colpa era in ogni caso ravvisabile nel suo agire.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. Sul presupposto della inammissibilità del ricorso, in quanto proposto da soggetto non legittimato (e cioè da difensore cassazionista nominato quale sostituto processuale dal difensore di ufficio non cassazionista), la Prima Sezione ha rimesso alle Sezioni Unite la questione (su cui sussiste contrasto interpretativo) se, in tal caso, alla dichiarazione di inammissibilità del ricorso per cassazione consegua, ed eventualmente a carico di chi, la condanna al pagamento delle spese del procedimento.

Nell'ordinanza di rimessione si è preliminarmente rilevata la inammissibilità del ricorso proposto nell'interesse del Taysir, in quanto presentato dall'avv. Sergio Di Gerlando, difensore cassazionista designato quale sostituto processuale

dall'avv. Loredana Culò, legale di ufficio del predetto Taysir, non in possesso dell'abilitazione al patrocinio innanzi agli organi di giurisdizione superiore.

La designazione di un altro legale iscritto nell'apposito albo professionale, al fine di superare l'ostacolo esistente alla proposizione dell'impugnazione costituito dalla mancanza di abilitazione al patrocinio innanzi agli organi di giurisdizione superiore in capo all'originario difensore di ufficio, sarebbe in contrasto con le previsioni degli artt. 97 e 102 cod. proc. pen., in quanto la possibilità per il difensore, sia di fiducia che di ufficio, di nominare un sostituto processuale, che esercita i diritti ed assume i doveri del difensore, non modificherebbe la titolarità dell'ufficio defensionale, che rimane pur sempre in capo all'originario difensore. Quest'ultimo, cessata la situazione che ha dato causa alla sostituzione, riprende il suo ruolo e ricomincia a svolgere le sue funzioni.

In definitiva, il sostituto interviene nel processo in forma estemporanea ed episodica in surroga del difensore assente, senza, però, esautorare in maniera definitiva il sostituto, che rimane il *dominus* della difesa. La facoltà per il difensore impedito di avvalersi della sostituzione di altro patrocinatore avviene, comunque, nel rispetto delle disposizioni che regolano i singoli istituti processuali. Così, con riferimento al caso di specie, assume rilievo il disposto dell'art. 613 cod. proc. pen., che ammette alla proposizione del ricorso per cassazione soltanto la parte che vi provveda personalmente oppure il difensore iscritto nell'albo speciale, specificando, al secondo periodo del comma 2, che il difensore può essere nominato appositamente per proporre il ricorso o in un momento successivo e che, in mancanza di nomina, il difensore è quello che ha assistito la parte nell'ultimo giudizio, a condizione che sia in possesso dei requisiti di abilitazione indicati al primo comma.

Il difetto di abilitazione professionale impedisce al difensore di proporre ricorso e di esercitare le facoltà che siano comunque riconducibili all'esplicazione del mandato difensivo nel giudizio di legittimità, inclusa quella di nominare un proprio sostituto processuale per attività che non è abilitato a svolgere in proprio. La stessa limitazione dei poteri processuali, quindi, si estenderebbe al sostituto del difensore, in applicazione di quanto disposto dall'art. 102, comma 2, cod. proc. pen.

L'indicata esegesi troverebbe compiuta applicazione nel caso di specie, in cui la designazione dell'avv. Di Gerlando in qualità di sostituto non ha riguardato una situazione temporanea e contingente, bensì il conferimento di un complesso di poteri da esercitarsi in riferimento ad un intero grado di giudizio. Non potrebbe che discenderne, dunque, l'inammissibilità del ricorso, in quanto proveniente da patrocinatore sfornito dei necessari poteri di legittimazione e non validamente officiato per esercitarli.

2. Le predette conclusioni della Prima Sezione non possono condividersi.

Nell'ordinanza di rimessione si sostiene la inammissibilità del ricorso in base a tre specifici argomenti, e cioè: 1) la maniera episodica ed estemporanea in cui il sostituto si surroga al difensore sostituito, che mantiene la titolarità dell'ufficio defensionale, rimanendone l'unico *dominus*; 2) l'esercizio da parte del sostituto processuale degli stessi diritti e dei medesimi obblighi riguardanti il difensore sostituito; 3) la necessità che la sostituzione del difensore con altro patrocinatore avvenga nel rispetto delle disposizioni che regolano i singoli istituti processuali, e, quindi, nel caso di specie, di quanto previsto dall'art. 613 cod. proc. pen.

Ne discende, secondo la Prima Sezione, che il difetto di abilitazione professionale gravante sull'originario difensore finisce per estendere i suoi negativi effetti sul sostituto processuale, in applicazione dell'art. 102, comma 2, cod. proc. pen. D'altra parte, nel procedimento in esame l'indagato, subita l'espulsione dal territorio nazionale, era divenuto irreperibile, restando estraneo all'evoluzione del rapporto processuale, ma l'ostacolo per il Taysir ad ottenere una adeguata assistenza legale e ad esercitare la facoltà di impugnazione era superabile in modo conforme alle prescrizioni vigenti, in quanto il difensore di ufficio non abilitato, anziché operare a sua scelta l'individuazione di un sostituto, esercitando un diritto di cui era privo, avrebbe potuto e dovuto rivolgersi al giudice procedente per sollecitare la designazione in suo luogo di un altro difensore di ufficio regolarmente abilitato, secondo le previsioni del combinato disposto degli artt. 97, comma 5, cod. proc. pen. e 30 disp. att. cod. proc. pen. (Sez. U, n. 24486 del 11/07/2006, Lepido, Rv. 233919).

Si tratta di argomentazioni che non sembrano tenere adeguato conto della rimodulazione della disciplina della sostituzione difensiva operata, con indubbia valorizzazione dell'istituto, dalla legge 6 marzo 2001, n. 60, avente ad oggetto "Disposizioni in materia di difesa di ufficio", con cui è stata estesa anche al difensore di ufficio la possibilità di procedere alla nomina dei sostituti processuali.

In maniera ancor più significativa, l'art. 4 di detta novella ha modificato l'originario testo dell'art. 102 cod. proc. pen., non condizionando più la possibilità della sostituzione all'esistenza di un impedimento e per la durata di esso. La nomina del sostituto processuale non è più legata all'impedimento del difensore titolare allo svolgimento dell'attività difensiva ed alla durata di esso, ma tale designazione può essere effettuata liberamente, senza alcun vincolo normativamente fissato, ed addirittura senza che il sostituto sia tenuto a fornire giustificazione alcuna in ordine alle ragioni che lo hanno indotto ad effettuare la nomina.

Ne discende che, in ragione della modifica introdotta, la designazione del sostituto processuale é possibile oggi per tutti i difensori, sia di fiducia che di ufficio, con una estensione applicativa che si pone in termini di assoluta coerenza con il principio di immutabilità del patrocinio officioso.

Inoltre, tenuto conto che la nomina del sostituto processuale può avvenire anche in via preventiva e che l'incarico conferito al sostituto può protrarsi per lungo periodo, risulta accentuato nell'istituto il carattere di strategia difensiva, con la conseguenza che la figura del sostituto si é tramutata in una sorta di collaboratore del sostituito, destinato a lavorare anche a fianco del titolare della difesa.

Infine, a seguito delle modifiche introdotte dalla Legge n. 60 del 2001, deve rilevarsi che, se é connaturale all'istituto il carattere della temporaneità, fino ad ora correlata all'impedimento (v. Sez. 5, n. 3264 del 20/10/1993, Colecchia, Rv. 196034; Sez. 3, n. 28530 del 18/06/2010, Russolillo, Rv. 247907; Sez. 5, n. 5620 del 24/11/2014, Reali, Rv. 262666; Sez. 1, n. 9348 del 21/03/1994, Alfano, Rv. 199831; Sez. 3 n. 3348 del 13/11/2003, Pacca, Rv. 227491; Sez. 2, n. 9383 del 09/05/2000, Pistoia, Rv. 217343), é divenuta possibile una sostituzione anche per l'intera durata del procedimento, di fatto una surrogazione nella posizione del difensore.

Si tratta di una evenienza che, se nella difesa fiduciaria può considerarsi fisiologica, inquadrandosi nel rapporto tra difensore ed assistito, é tuttavia ipotizzabile anche nella difesa di ufficio.

La rimodulazione della sostituzione difensiva attuata dal legislatore rende superate le argomentazioni contenute nella ordinanza di rimessione in riferimento alla maniera episodica ed estemporanea in cui il sostituto si surroga al difensore sostituito ed alla permanenza della titolarità dell'ufficio defensionale in capo a quest'ultimo.

3. Quanto al principio in base al quale il sostituto processuale esercita i diritti ed assume i doveri del difensore sostituito, sancito dall'art. 102, comma 2, cod. proc. pen., la giurisprudenza di questa Corte si é soffermata sulla problematica relativa ai poteri spettanti al sostituto del difensore e ha affermato che, siccome l'art. 102 non riconosce rilevanza ad eventuali limitazioni apposte dal difensore di fiducia alla designazione del sostituto, ne discende che quest'ultimo può esercitare tutti i diritti assumendo i doveri del titolare (Sez. 5, n. 14115 del 10/11/1999, Di Prenda, Rv. 216105; Sez. 3, n. 7458 del 15/01/2008, Barranca, Rv. 239010; Sez. 6, n.19677 del 31/03/2004, Foltran, Rv. 228229; Sez. 6, n. 20398 del 09/05/2014, Russi, Rv. 261478), ad eccezione dei poteri derivanti da una procura speciale, che pertengono, in maniera

esclusiva, al difensore originariamente nominato (Sez. 1, n. 43240 del 04/11/2009, Barbini, Rv. 245081; Sez. 6, n. 4858 del 03/12/1999, dep. 2000, Guarnieri, Rv. 217109; Sez. 5, n. 36641 del 26/05/2011, Giangrande, Rv. 251207; Sez. 4, n. 22601 del 13/05/2005, Fiorenzano, Rv. 231793).

Deve però rilevarsi che (come puntualizzato dalle Sezioni Unite, sent. n. 24486 del 11/07/2006, Lepido, Rv. 233919), nella disciplina generale delle impugnazioni dell'imputato dettata dall'art. 571 cod. proc. pen., è riconosciuto, oltre che all'imputato personalmente o a mezzo di procuratore speciale, anche al difensore dell'imputato il potere di proporre impugnazione indipendentemente da uno specifico mandato del suo assistito. Sicché si ritiene che, quando propone l'impugnazione, il difensore esercita un potere proprio, in qualche misura autonomo dal potere di impugnazione dell'imputato, tanto che il suo potere si aggiunge a quello del difensore eventualmente nominato dall'imputato allo specifico fine dell'impugnazione (Sez. U, n. 22 del 11/11/1994, Nicoletti, Rv. 199399; Sez. 1, n. 4561 del 30/06/1999, Lonoce, Rv. 214034; Sez. 1, n. 36417 del 21/05/2002, Porcaro, Rv. 222462; Sez. 5, n. 23415 del 02/05/2003, Piretto, Rv. 224554).

Il potere del difensore di proporre impugnazione in favore dell'imputato trova, infatti, nell'art. 571, comma 3, cod. proc. pen. una fonte di legittimazione ben più forte e comunque autonoma rispetto a quella che potrebbe derivargli dall'art. 99, comma 1, cod. proc. pen., che esclude dall'attribuzione al difensore i diritti riservati personalmente all'imputato, e dall'art. 165, comma 3, cod. proc. pen., che tratta il difensore come mero rappresentante dell'imputato.

Anzi, come spiegato nella citata sentenza Lepido, la natura personale del diritto di impugnazione riconosciuto all'imputato dall'art. 571, comma 1, cod. proc. pen. esclude tale diritto di impugnazione dall'ambito dei diritti esercitabili dal difensore a norma dell'art. 99, comma 1, cod. proc. pen.

Ne discende che il difensore dell'imputato (latitante nel caso esaminato in quella sentenza) ha, in proprio, un autonomo diritto di impugnazione ed è privo della legittimazione a proporre ricorso per cassazione se non iscritto nell'albo speciale.

Il mancato titolo abilitativo rende il difensore privo di legittimazione a proporre ricorso in cassazione, sicché il ricorso proposto nell'interesse dell'imputato irreperibile dal difensore non iscritto nell'albo speciale della Corte di cassazione è inammissibile (v., tra le tante, Sez. 6, n. 37534 del 21/09/2007, Brahim, Rv. 237607). Tuttavia, la sussistenza in capo al difensore (pur privo della legittimazione a ricorrere in cassazione per il mancato titolo abilitativo) di un autonomo diritto di impugnazione rende ammissibile il ricorso per cassazione proposto da avvocato iscritto nell'albo speciale, nominato quale sostituto dal

difensore di ufficio dell'imputato non cassazionista. E ciò proprio in applicazione delle regole stabilite dall'art. 102 cod. proc. pen., là dove si prevede che il difensore di fiducia e il difensore di ufficio possono nominare un sostituto (comma 1) e che il sostituto esercita i diritti e assume i doveri del difensore (comma 2).

4. Quanto all'ultimo argomento speso nell'ordinanza di rimessione (e cioè la necessità che la sostituzione del difensore con altro patrocinatore avvenga nel rispetto delle disposizioni che regolano i singoli istituti processuali, e quindi di quanto previsto dall'art. 613 cod. proc. pen.), basta rilevare che, nel caso di specie, l'atto di ricorso e le successive memorie risultano sottoscritti da difensore iscritto nell'albo speciale della Corte di cassazione.

5. Le Sezioni Unite, nell'affermare la inammissibilità del ricorso per cassazione proposto nell'interesse dell'imputato latitante dal difensore di ufficio non iscritto nell'albo speciale per difetto di legittimazione, hanno spiegato che il difensore di ufficio del latitante, che non è legittimato a proporre ricorso in quanto non iscritto nell'albo speciale della Corte di cassazione, può sempre chiedere di essere sostituito a norma degli artt. 97, comma 5, cod. proc. pen. e 30 disp. att. cod. proc. pen. (Sez. U, n. 24486 del 11/07/2006, Lepido, Rv. 233919).

L'argomento viene ripreso nell'ordinanza di rimessione, che espressamente afferma la possibilità di azionare tale rimedio anche nel caso in esame, ricollegabile a un giustificato motivo idoneo a dar luogo alla sostituzione del difensore di ufficio.

In proposito è opportuno chiarire che:

- l'art. 97, comma 5, cod. proc. pen., nel prevedere che «il difensore di ufficio ha l'obbligo di prestare il patrocinio e può essere sostituito solo per giustificato motivo», si pone quale disposizione derogatoria alla generale regola della immanenza della difesa di ufficio;

- l'art. 30, comma 3, disp. att. cod. proc. pen. originariamente stabiliva che nel caso previsto dall'art. 97, comma 5, cod. proc. pen. il difensore di ufficio che si trova nella impossibilità di adempiere l'incarico deve avvertire immediatamente l'autorità giudiziaria, indicandone le ragioni, affinché si provveda a sostituirlo; inoltre, per effetto delle modifiche apportate dall'art. 16 della legge n. 60 del 2001, sono state inserite, dopo la frase «che si trova nella impossibilità di adempiere l'incarico», le parole «e non ha nominato un sostituto».



Conseguentemente, la disciplina attualmente in vigore prevede espressamente come primo rimedio per il difensore di ufficio impossibilitato ad adempiere all'incarico la nomina di un sostituto per superare l'ostacolo. Solo per il difensore impossibilitato ad adempiere all'incarico che non abbia provveduto a nominare un sostituto è stabilita la possibilità di azionare la procedura di cui agli artt. 97, comma 5, cod. proc. pen e 30 disp. att. cod. proc. pen., avvertendo immediatamente l'autorità giudiziaria, indicando le ragioni della impossibilità alla difesa (il giustificato motivo) e chiedendo la sostituzione.

Ne discende che la possibilità per il difensore di ufficio impossibilitato ad adempiere all'incarico di nominare un sostituto per ovviare alla situazione deve ritenersi legislativamente prevista come primo strumento per superare l'ostacolo. Qualora non si ritenga di avvalersi di tale rimedio, si potrà pur sempre richiedere la sostituzione del difensore con altro idoneo all'autorità giudiziaria, trattandosi di giustificato motivo.

Una volta ritenuto che il caso in esame va ricompreso tra quelli in cui è possibile azionare la procedura di sostituzione ex art. 97, comma 5, cod. proc. pen., non può non rilevarsi che il nuovo testo dell'art. 30, comma 3, disp. att. cod. proc. pen. attribuisce espressamente in prima battuta al difensore di ufficio impossibilitato ad adempiere all'incarico la facoltà di nominare un sostituto idoneo al superamento dell'ostacolo.

6. Per le considerazioni sopra svolte deve essere enunciato il seguente principio di diritto:

"E' ammissibile il ricorso in cassazione proposto da avvocato iscritto nell'albo speciale della Corte di cassazione, nominato quale sostituto dal difensore dell'imputato, di fiducia o di ufficio, non cassazionista".

Ne discende la irrilevanza nel caso in esame della questione rimessa alle Sezioni Unite, riguardante la condanna alle spese del procedimento; questione che era, invece, basata sul presupposto della inammissibilità del ricorso.

7. Tanto premesso, il primo motivo del ricorso è infondato.

La censura è incentrata, come si è visto (punto 2 del *Ritenuto in fatto*), nella dedotta inutilizzabilità delle dichiarazioni rese spontaneamente da tre migranti alla Guardia Costiera, che sarebbero state acquisite senza il rispetto delle garanzie prescritte dall'art. 64 cod. proc. pen. e che avrebbero contenuto difforme rispetto a quelle dai medesimi effettuate successivamente alla Squadra Mobile.

Si tratterebbe inoltre di chiamate in correità o reità non sottoposte al vaglio di credibilità dei dichiaranti e di attendibilità dei racconti e prive di adeguati riscontri esterni individualizzanti.

In realtà le dichiarazioni dei migranti trasportati ben possono essere valutate alla stregua di dichiarazioni testimoniali, non potendo nei loro confronti configurarsi il reato di cui all'art. 10-bis d.lgs. n. 286 del 1998 (con conseguente necessità di riscontri alle dichiarazioni).

Si tratta, Infatti, di soggetti che sono stati soccorsi in acque internazionali e legittimamente trasportati sul territorio nazionale per necessità di pubblico soccorso.

Non possono, dunque, essere considerati migranti entrati illegalmente nel territorio dello Stato per fatto proprio e l'ipotesi contravvenzionale non consente di configurare il tentativo d'ingresso illegale.

Non può, d'altro canto, ipotizzarsi che il pericolo di vita cui era conseguita l'azione di salvataggio che ne aveva comportato l'ingresso e la permanenza per motivi umanitari nel territorio dello Stato fosse stata evenienza dagli stessi prevista ed artatamente creata; d'altra parte, il fatto che la Procura della Repubblica avesse già negato il nulla osta all'esecuzione dell'allontanamento dal territorio nazionale e reso parere favorevole per la concessione del permesso di soggiorno ai sensi dell'art. 18 d.lgs. n. 286 del 1998 non consente di ritenere, quanto meno allo stato, illegale né tanto meno illecita la loro permanenza in Italia.

8. Anche il secondo ordine di censure é privo di fondamento.

Secondo il ricorrente, nel provvedimento impugnato non sarebbero state indicate le ragioni di attualità delle ritenute esigenze cautelari. In particolare, non si sarebbe tenuto conto della avvenuta espulsione del Taysir, circostanza che avrebbe reso inattuale e non concreto il pericolo di fuga. La incensuratezza dell'indagato, le modalità episodiche del fatto a lui ascritto e il ruolo subordinato da lui rivestito nella vicenda renderebbero, poi, insussistente il pericolo di recidivazione specifica, per altro non dedotto da parte dell'appellante.

In realtà, il Tribunale di Palermo ha puntualizzato che l'esigenza cautelare di cui all'art. 274, comma 1, lett. c), cod. proc. pen. appariva concretamente esistente in considerazione delle modalità e circostanze dei fatti commessi, in sé estremamente gravi, nonché soprattutto in considerazione della significativa personalità criminale dell'indagato, rivelata dalle medesime modalità e circostanze, dato il disprezzo assoluto per la vita umana dimostrato, organizzando l'ingresso in Italia delle persone offese ed esponendole a pericolo per la loro incolumità.

Secondo il Tribunale, poi, il pericolo di recidiva era desumibile dal verosimile inserimento dell'indagato in una più vasta organizzazione dedita ai trasporti di clandestini sulle coste italiane. Infine, il pericolo di fuga era dimostrato dal fatto che Mustopha Taysir era giunto in Italia clandestinamente, senza documenti e senza fissa dimora.

In questo quadro la custodia in carcere appariva come l'unica misura in grado di salvaguardare le suindicate esigenze cautelari.

Si tratta, con tutta evidenza, di argomentazioni ineccepibili, con le quali il ricorrente non si è realmente confrontato, limitandosi, in sostanza, a reiterare le originarie censure di merito già respinte, con congrua motivazione, nel provvedimento impugnato.

9. Al rigetto del ricorso consegue la condanna del ricorrente al pagamento delle spese processuali. La Cancelleria provvederà agli oneri di cui all'art. 28 reg. esec. cod.proc. pen.

P.Q.M.

Rigetta il ricorso e condanna il ricorrente al pagamento delle spese processuali. Si provveda ai sensi dell'art. 28 reg. esec. cod. proc. pen.

Così deciso il 28/04/2016.