

RITENUTO IN FATTO

1.la Corte di appello di Brescia, rovesciando la sentenza di assoluzione del Tribunale, condannava l'imputato per il reato di estorsione alla pena di anni tre, mesi quattro di reclusione ed euro 800 di multa.

Si contestava al Dasgupta di essersi fatto consegnare del denaro, nella misura complessiva di euro 7500, da Sheikh Rakibul per consentire l'ingresso in Italia del nipote, attraverso la sottoscrizione di un contratto di lavoro necessario per ottenere il permesso di soggiorno.

2. Avverso tale sentenza proponeva ricorso per cassazione il difensore dell'imputato che deduceva:

2.1. vizio di motivazione in relazione alla valutazione di attendibilità della persona offesa. La Corte di appello aveva effettuato una valutazione di segno opposto rispetto a quella dei giudici di primo grado superando le contraddizioni della progressione dichiarativa giustificandola con le difficoltà linguistiche del teste e rinvenendo elementi di conferma non conferenti.

2.2. Violazione di legge e vizio di motivazione nella parte in cui non si consideravano verosimili le dichiarazioni rese dall'imputato che aveva riferito di avere "prestato" e non "estorto" la somma di 3000 al Rakibul, il quale la avrebbe restituita dopo quattro mesi elargendo ulteriori 1500 euro per consentire all'imputato di affittare una casa più grande, in ragione dello spirito di solidarietà e mutua assistenza che caratterizza la comunità indiana.

2.3. Violazione di legge e vizio di motivazione. Si deduceva la illegittimità della valutazione di inattendibilità della testimonianza della moglie dell'imputato data la verosimiglianza dei contenuti, che, nella prospettiva del ricorrente, trovava conferma nei documenti prodotti dalla difesa.

2.4. Violazione di legge e vizio di motivazione in relazione al valore confirmatorio delle dichiarazioni accusatorie dell'offeso assegnato alla dazione dell'assegno circolare all'imputato; si rimarcava la illogicità del pagamento del prezzo di un'estorsione con uno strumento di pagamento tracciabile.

2.5. Violazione di legge e vizio di motivazione nella parte in cui la Corte di appello non valutava credibili le dichiarazioni dell'imputato e di sua moglie in ordine ai motivi della dazione di reato ritenuta provento dell'estorsione.

2.6. Violazione di legge e vizio di motivazione in relazione alla illegittima valorizzazione della circostanza che il nipote dell'offeso non aveva firmato il contratto di lavoro entro otto giorni dal suo arrivo in Italia; il termine di otto giorni era infatti quello entro il quale lo straniero deve presentarsi presso la questura per denunciare il suo arrivo e la sua presenza, e non quello entro il

quale deve essere regolarizzato il rapporto di lavoro che condiziona il rilascio del permesso di soggiorno.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. Il collegio ritiene di rimettere all'autorevole scrutinio delle Sezioni Unite la seguente questione di diritto: «se sia rilevabile d'ufficio la questione relativa alla violazione dell'art. 6 C.e.d.u. per avere il giudice d'appello riformato la sentenza di primo grado sulla base di una diversa valutazione di attendibilità di testimoni di cui non si procede a nuova escussione».

1.1. Nel caso sottoposto all'esame della Seconda sezione penale della Corte di cassazione, il collegio territoriale ha ribaltato la sentenza assolutoria sulla base di una diversa valutazione della attendibilità intrinseca di contenuti accusatori decisivi provenienti dall'offeso. Si legge nella sentenza impugnata: «la ricostruzione dei fatti fornita dalla persona offesa appare credibile. Sotto il profilo dell'attendibilità soggettiva la Corte osserva che non è emerso alcun motivo, né l'imputato ha addotto alcun elemento, idoneo a destare qualche sospetto di avversione malanimo o rancore nei confronti dell'imputato ovvero qualche interesse a sporgere denuncia da parte della persona offesa non costituita parte civile. Sotto il profilo della attendibilità oggettiva, il racconto della persona offesa esposto nella sentenza impugnata e sopra riportato appare lineare, coerente e privo di contraddizioni e ribadito nel corso del dibattimento anche in confronto con l'imputato [...] per quanto riguarda il presunto equivoco o anticipazione di domanda in cui potrebbe essere incorso il teste Sheikh Rakibul nella deposizione del 12.12.2008 (non 9.12 come erroneamente indicato nella copia dattiloscritta del verbale 12.12.2008) ove il teste ha risposto che non era debitore di Dasgupta e che costui non gli aveva mai prestato euro 3000 – prima che il pubblico ministero facesse riferimento a tale importo, così inducendo nel giudicante il sospetto che la versione del prestito fosse vera come si legge nella sentenza impugnata – non sembra potersi escludere il fraintendimento con riferimento alla cifra consegnata al Dasgupta al momento dell'arresto, considerato che il teste ha deposto in lingua diversa dalla sua lingua madre e, comunque, che la versione di tale prestito era già stata esposta nella precedente udienza 9.12.2008 dall'imputato ed il teste potrebbe esserne venuto a conoscenza: pertanto tale eventuale anticipazione di risposta non pare inficiare l'attendibilità delle dichiarazioni del teste Sheikh Rakibul ».

Come si può apprezzare dal tessuto argomentativo della sentenza impugnata, la valutazione di una circostanza decisiva per l'accertamento di responsabilità in

ordine al reato di estorsione – ovvero se la somma estorta fosse piuttosto un semplice prestito - dipende dall'analisi del contegno del dichiarante, ovvero dalla precocità della dichiarazione rispetto alla domanda del pubblico ministero e dalla capacità di comprensione della lingua del Rakibul: ovvero dalla valutazione di una serie di elementi che richiedono un apprezzamento "diretto" della testimonianza e che non possono essere affidabilmente valutate su base cartolare.

1.2. Il ricorrente, pur evidenziando la decisività, ai fini della valutazione della legittimità della sentenza impugnata, della valutazione di attendibilità della persona offesa, non deduceva la possibile violazione dei parametri di legalità convenzionale.

1.3. La Corte di Strasburgo con una serie di pronunce omogenee (*Dan v. Moldavia*, Corte Edu, 5 luglio 2011; *Manolachi v. Romania*, Corte EDU, III sez., 5 marzo 2013; *Flueras v. Romania*, Corte Edu, III sez., 9 aprile 2013; Corte Edu, III Sez., sent. 4 giugno 2013; *Hanu v. Romania*, ric. 10890/04; più recentemente *Moinescu v. Romania*, Corte Edu, III sez. 15.9.2015; *Nitulescu v. Romania*, Corte Edu, III sez. 22.9.2015) ha ribadito l'iniquità del ribaltamento della assoluzione fondato sulla rivalutazione cartolare della attendibilità della testimonianza decisiva, nel caso in cui, nella fase processuale conclusasi con l'assoluzione, la stessa prova, formatasi in contraddittorio, fosse stata valutata inattendibile.

La Corte europea, pur ribadendo che l'art. 6 della Convenzione non detta regole sulla ammissibilità delle testimonianze e sul modo di valutarle, rileva comunque che la mancata audizione dei testimoni, in particolari circostanze, può essere incompatibile con la tutela assicurata dalla Convenzione al diritto di difesa. Così, la condanna basata sulla rivisitazione del giudizio di attendibilità della testimonianza effettuata senza la percezione diretta dell'evento dichiarativo è stata giudicata "iniqua" nella misura in cui non garantisce una affidabile valutazione della prova decisiva.

Secondo la giurisprudenza della Corte di Strasburgo (a) se la Corte (anche di seconda istanza) ha pieni poteri in ordine alla valutazione della responsabilità, con integrale cognizione del fatto e del diritto; (b) se l'accertamento della responsabilità avviene attraverso la rivalutazione su base cartolare dei soli contenuti della testimonianza, a prescindere dalla analisi della comunicazione extraverbale; (c) se la nuova valutazione risulta decisiva per la sentenza di condanna e fonda l'*overturning* della sentenza di primo grado: allora il diritto di difesa patisce una lesione, in quanto si nega all'accusato il diritto ad una



valutazione affidabile della prova dichiarativa, che in queste condizioni risulta garantita solo dal rispetto del principio di oralità.

Non può non rilevarsi una apparente distonia di tale interpretazione rispetto alla giurisprudenza che consente di fondare le sentenze di condanna su dichiarazioni predibattimentali, cartolari anch'esse, qualora queste risultino accompagnate da adeguate garanzie procedurali (si tratta dell'indirizzo inaugurato dalla sentenza emessa nel caso Tahery - Al-Kawaja v. Regno Unito, Corte Edu, Grande camera, 15 dicembre 2011; confermato, tra l'altro, anche dalla pronuncia, nel caso Tseber v. Repubblica Ceca, Corte Edu, 5 sez., 22.11.2012). La attenuazione delle garanzie dell'accusato è del resto tollerata dalla Corte europea anche quando risulta giustificata dalla necessità di salvaguardare i diritti del teste vulnerabile: la assunzione della testimonianza in incidente probatorio è stata ritenuta conforme al diritto convenzionale malgrado la prova non sia assunta dal giudice che accerta la responsabilità (sebbene nel caso della testimonianza incidentale al contenuto "cartolare" fosse associata la videoregistrazione: caso Accardi v. Italia, 3 sez., Corte Edu, 20.1.2005).

In sintesi la Corte europea: (a) legittima l'utilizzo della prova dichiarativa cartolare formata fuori dal contraddittorio per fondare sentenze di condanna ogni volta che emergano adeguate "garanzie procedurali"; (b) legittima il sacrificio dell'oralità quando è in gioco il bilanciamento degli interessi della vittima con quelli dell'accusato (la testimonianza formata in incidente probatorio si presenta anch'essa nello stato "cartolare" al giudice di merito, di regola diverso dal giudice di fronte al quale si è formata); (c) censura, ciononostante, la rivalutazione in appello della prova dichiarativa decisiva rimarcando, con particolare rigore in questo caso, la incompatibilità del sacrificio dell'oralità con le garanzie previste dalla Convenzione.

Ad essere giudicata in contrasto con le garanzie convenzionali è, dunque, non tanto l'uso della testimonianza documentale, quanto l'operazione di *overturning* effettuata su un compendio probatorio deprivato rispetto a quello esaminato dai giudici di prima istanza.

La Corte europea non ritiene cioè di certificare l'equità di un giudizio di condanna che si fonda sulla analisi di un minor numero di elementi rispetto a quelli esaminati dal giudice che aveva deciso l'assoluzione.

Gli elementi probatori disponibili per i due giudizi sono infatti identici solo in apparenza: anche se il contenuto delle dichiarazioni è lo stesso, i giudici di secondo grado non hanno avuto la possibilità di apprezzare il contegno dei dichiaranti, essenziale per la valutazione della loro credibilità.

Si tratta di una interpretazione che valorizza non tanto il diritto dell'imputato ad entrare in contatto con la fonte delle accuse (diritto che nei casi analizzati

risultava essere stato esercitato di fronte ai giudici di primo grado) ma il diritto dello stesso ad una condanna basata su un percorso valutativo affidabile.

L'orientamento espresso dalla Corte di Strasburgo ha le caratteristiche per essere valutato come "consolidato" alla luce delle indicazioni che la Corte costituzionale ha fornito con la sentenza n. 49 del 2015. Pur non essendo stato suggellato da un pronuncia di Grande camera infatti, l'interpretazione in questione si presenta univoca e costante, sicchè può ritenersi espressione di un orientamento consolidato, non espressione di una valutazione "episodica", ovvero indotta dalla necessità di risolvere un caso trattato sulla base di regole processuali non omogenee a quelle italiane.

1.4. La Corte di cassazione ha avviato un immediato processo conformativo dello statuto della prova dichiarativa nel giudizio di secondo grado alla *ratio decidendi* emergente dalla giurisprudenza della Corte Edu sopra richiamata.

Secondo l'orientamento che il collegio condivide, per rispettare l'art. 6 C.e.d.u., così come interpretato dalla Corte di Strasburgo nelle sentenze sopra richiamate, il giudice di appello per riformare *in peius* una sentenza assolutoria è tenuto a disporre la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale solo quando si prospetta la possibilità di un diverso apprezzamento della attendibilità di una testimonianza assunta in primo grado, ma non anche quando fonda il proprio convincimento su altri elementi di prova, in relazione ai quali la valutazione del primo giudice è mancata o è travisata (Cass. sez. 5, n. 16975 del 12.2.14, Rv. 259843; Cass. sez. 5 n. 10965 del 11/01/2013, Rv. 255223; Cass. sez. 5, n. 8423 del 16/10/2013 dep.- 2014, Rv n. 258945; Cass. sez. 4, n. 7597 08/11/2013, dep. 2014, Rv. 259127; Cass. sez. 2, n. 45971 del 15/10/2013, Rv. 257502). Diversamente, è stata ritenuta legittima la nuova valutazione che riguardi elementi esterni e si riferisca alla valutazione del compendio probatorio nel suo complesso (e dunque anche alla attendibilità c.d. estrinseca): in tal caso il nuovo giudizio non patisce crisi di affidabilità connesse alla mancata riedizione della testimonianza, essendo collegato alla valutazione della coerenza degli elementi esterni al dichiarato e non all'analisi del flusso comunicativo (Cass., Sez. IV, 26 febbraio 2013, n. 16566).

La necessità del rinnovo della testimonianza risulta inoltre limitata ai casi in cui il ribaltamento della valutazione sulla attendibilità concerne dichiarazioni decisive per l'accertamento di responsabilità. L'onere di rinnovazione non si estende invece alle testimonianze di contorno, o a quelle che compongono un quadro indiziario che resta univoco anche senza la testimonianza "critica".

Sotto diverso profilo, si rimarca che è pienamente raccolta dalla Cassazione l'indicazione di sistema che proviene dalla Corte dei diritti umani, ovvero

l'inquadramento della testimonianza come "evento", che necessita di una valutazione estesa anche ai dati extradichiarativi, dunque all'analisi del contegno del testimone, essenziale per la valutazione di attendibilità (Cass. sez. 3, n. 43724 del 23.5.12, Rv. 258324).

1.5. Poiché la questione del mancato rispetto dei parametri di legalità convenzionale, decisiva per la valutazione della legittimità della sentenza impugnata, non è stata sottoposta alla Corte di cassazione dal ricorrente, il collegio si interroga sulla possibilità di rilevarla d'ufficio.

1.6. Al riguardo si registrano due orientamenti giurisprudenziali di segno opposto.

1.6.1. Secondo un primo orientamento: non è rilevabile d'ufficio, in sede di giudizio di legittimità, la questione riferita alla violazione dell'art. 6 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo, così come interpretato dalla sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 5 luglio 2011, nel caso Dan c/Moldavia, questione riconducibile, con adattamenti, alla nozione del vizio di "violazione di legge" e, dunque, da far valere, ai sensi dell'art. 581 cod. proc. pen., mediante illustrazione delle ragioni di fatto e di diritto a suo sostegno. La Corte ha precisato che la scelta dell'imputato di non proporre richiesta di rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale determina, altresì, l'impossibilità di attivare il rimedio CEDU, il cui presupposto è la "consumazione" di tutti i rimedi del sistema processuale domestico (Cass. sez. 5, n. 51396 del 20/11/2013, Rv. 257831; Cass. sez. 4, n. 18432 del 19/11/2013, dep. 2014, Rv. 261920; Cass. sez. 1, n. 26860 del 09/06/2015, Rv. 263961). Alla base di tale interpretazione c'è la valorizzazione dell'impulso di parte che viene ritenuto necessario per focalizzare le ragioni non solo di diritto, ma soprattutto di fatto, a sostegno della necessità della rinnovazione dibattimentale. Si è ritenuto infatti che « la mancata rinnovazione è evenienza capace di inficiare la decisione di condanna in appello, quando ricorrono specifici presupposti di necessità di rivalutazione della attendibilità del teste "chiave", che il soggetto interessato deve dedurre specificamente con ricorso per cassazione. Ciò, perché la valutazione della esistenza di tali presupposti può implicare attestazioni o allegazioni di merito che la Cassazione può non essere in grado di effettuare in via autonoma: quelli, cioè, non solo inerenti la unicità della prova dichiarativa ai fini del decidere, ma anche il connotato dell'essere in gioco la sola "attendibilità intrinseca" del dichiarante, posto che il mutamento di giudizio sulla attendibilità "estrinseca", invece, ben può attenersi a circostanze trascurate dal giudice di primo grado e per questo valorizzabili dal giudice dell'appello, senza dovere risentire il teste» (Cass. sez. 5,

n. 51396 del 20/11/2013, Rv. 257831). Si ritiene cioè che sia onere della parte rilevare la "crisi di equità" del processo evidenziando, alla luce delle indicazioni europee, in che misura la sentenza abbia inciso il diritto di difesa (nella dimensione di diritto alla formazione della prova in contraddittorio orale) con la indicazione specifica dei profili di illegittimità nella valutazione della attendibilità intrinseca, con eventuale allegazione degli elementi di fatto non valutati.

La premessa logica di tale orientamento è che sia indecifrabile, in assenza di un impulso di parte, se la rivalutazione della testimonianza attenga a profili di attendibilità intrinseca che implicano la rinnovazione, piuttosto che alla riconsiderazione degli elementi esterni al dichiarato estranei all'area di incidenza della giurisprudenza europea.

1.5.2. Secondo opposto orientamento: è rilevabile d'ufficio in sede di giudizio di legittimità ai sensi dell'art. 609, comma secondo, cod. proc. pen., la questione relativa alla violazione dell'art. 6 della CEDU, così come interpretato dalla sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 5 giugno 2013 nel caso Hanu c. Romania, nel caso in cui il giudice di appello riforma la sentenza di assoluzione di primo grado sulla base di una diversa valutazione di attendibilità di testimoni di cui non procede a nuova escussione. La Corte ha precisato che tale violazione non è rilevabile d'ufficio quando è necessario un giudizio di fatto sulla rilevanza della prova dichiarativa che richiede attestazioni o allegazioni di merito non compatibili con il giudizio di legittimità (Cass. sez. 3, n. 19322 del 20/01/2015, Rv. 263513; Cass. sez. 1, n. 24384 del 03/03/2015, Rv. 263896; Cass. sez. 3, n. 11 648 del 12/11/2014, dep 2015, Rv. 262978; Cass. sez. 2, n. 677 del 10/10/2014, dep. 2015, Rv. 261555).

In particolare è stato chiarito che «la Corte Edu, nel pervenire a tale conclusione, abbia nuovamente ricordato che dall'assenza di un'espressa richiesta di parte non possa desumersi una mancanza di interesse del ricorrente nel suo processo, giungendo, per questa via, a respingere l'eccezione di mancato esaurimento dei rimedi interni sollevata dal governo, il quale aveva sostenuto ... che il ricorrente non aveva chiesto ai giudici di disporre una nuova audizione dei testimoni, pur essendo stato posto nelle condizioni di poter utilizzare utilmente questa possibilità, tanto da essere stato ascoltato di persona da parte dei giudici, tra cui l'Alta Corte. Si tratta di un orientamento che pone in crisi l'indirizzo autorevolmente espresso dalla quinta Sezione di questa Corte secondo il quale non è rilevabile d'ufficio, in sede di giudizio di legittimità, la questione riferita alla violazione dell'art. 6 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo, così come interpretato dalla sentenza della Corte Edu del 5 luglio 2011, nel caso Dan c/Moldavia, questione che, secondo la richiamata pronuncia di questa Corte, dovrebbe essere fatta valere, ai sensi dell'art. 581 cod. proc. pen., mediante



illustrazione delle ragioni di fatto e di diritto a suo sostegno, specificandosi in motivazione che la scelta dell'imputato di non proporre richiesta di rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale determina, altresì, l'impossibilità di attivare il rimedio C.e.d.u., il cui presupposto è la "consumazione" di tutti i rimedi del sistema processuale domestico (Sez. 5, n. 51396 del 20/11/2013, Basile ed altri, Rv. 257831), riaprendo dunque il problema se, in assenza di una specifica doglianza della parte interessata nei motivi di ricorso, la Corte di cassazione possa o meno rilevare d'ufficio la violazione dell'art. 6 della C.e.d.u. Va ricordato, sul punto, come la sentenza Trupiano (Sez. 2, n. 13233 del 25/02/2014, Rv. 258781) ed altre decisioni di questa Corte (per tutte, Sez. 5, n. 28061 del 07/05/2013, Marchetti, Rv. 255580), pur non affrontando le tematiche poste dalla sentenza Basile, siano giunte ad affermare la rilevanza d'ufficio nel giudizio di cassazione della violazione dell'art. 6 p. 1 della C.e.d.u, epilogo recentemente ribadito dalla seconda Sezione di questa Corte che ha affermato il principio secondo il quale è rilevabile di ufficio, anche in sede di giudizio di legittimità, la questione relativa alla violazione dell'art. 6 della C.e.d.u, così come interpretato dalla sentenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo del 5 luglio 2011, nel caso Dan c. Moldavia, posto che le decisioni di questa Autorità, quando evidenziano una situazione di oggettivo contrasto della normativa interna sostanziale con la Convenzione EDU, assumono rilevanza anche nei processi diversi da quello nell'ambito del quale sono state pronunciate (Sez. 2, n. 677 del 10/10/2014, dep. 12/01/2015, Di Vincenzo, Rv. 261555)» (Cass. sez. 3, n. 11 648 del 12/11/2014, dep 2015, Rv. 262978).

Si è rilevato inoltre come «i Giudici Europei abbiano più volte ribadito che la regola del previo esaurimento dei rimedi interni va applicata con flessibilità e senza eccessivo formalismo (Cardot c. Francia del 19 marzo 1991, serie A n. 200, 18 p. 34), non potendosene fare un'applicazione automatica in quanto tale regola non riveste un carattere assoluto ed essendo indispensabile, nel valutare se essa sia stata osservata, tener conto delle particolari circostanze del caso concreto (Van Oosterwijck c. Belgio del 6 novembre 1980, 18 p. 35). Ne consegue che, al cospetto di pacifiche violazioni convenzionali di carattere oggettivo e generale, già censurate in sede Europea, la mancata proposizione di un motivo specifico di gravame, diretto a denunciare nel corso del processo la violazione del principio dell'equo processo, non può essere di ostacolo ad un intervento giurisdizionale teso ad eliminare, *in itinere iudicii ed ex officio*, una situazione di illegalità convenzionale che scaturisce dalla violazione del principio dell'equo processo, per di più anteriormente alla formazione del giudicato, essendo sufficiente che la parte interessata abbia comunque impugnato la decisione a lei sfavorevole affinché possa dirsi osservato, secondo la

giurisprudenza della Corte Edu (Mischie c. Romania - Ricorso n. 50224/07 cit.), il requisito del previo esaurimento dei rimedi interni. In altri termini, alla rilevanza d'ufficio della violazione convenzionale è possibile pervenire in base ad un'interpretazione dell'art. 609 cod.proc.pen., comma 2, convenzionalmente conforme senza necessità che debba essere sollevata una questione di legittimità costituzionale della richiamata norma processuale in relazione all'art. 117 Cost., comma 1 nella parte in cui non prevede che la Corte di cassazione possa rilevare d'ufficio la violazione dei diritti sanciti dalla Convenzione Europea così come interpretata dai giudici di Strasburgo [...]. In conclusione, nel caso di decisione di appello difforme da quella del giudice di primo grado, non è più sufficiente che la seconda sentenza sia logicamente più persuasiva della prima e che contenga un'adeguata confutazione delle ragioni poste a base della decisione riformata (requisiti che la sentenza impugnata ampiamente possiede) ma è necessario che, in base all'art. 6 C.e.d.u., così come interpretato dalle sentenze della Corte Europea dei diritti dell'uomo nelle cause Dan c/Moldavia, Manolachi c/Romania, Flueraș c/Romania; Hanu c/Romania e Mischie c/Romania, il giudice d'appello, qualora ribalti l'esito del primo giudizio pervenendo alla "reformatio in peius" della sentenza assolutoria di primo grado, deve assicurare il rispetto del principio dell'oralità, non essendo sufficiente l'instaurazione di un contraddittorio sulla prova dichiarativa cartolare, tutte le volte in cui il secondo giudice fonda il proprio convincimento su prove orali apprezzate in modo diverso dalla valutazione che di esse ne ha fatto il primo giudice; e così come quest'ultimo ha proceduto direttamente alla loro assunzione nel rispetto del principio del contraddittorio e del principio di oralità, allo stesso modo il secondo giudice deve rinnovare la prova orale non potendo adottare il contrario convincimento "senza effettuare una valutazione diretta delle prove" dovendo l'imputato avere, affinché il processo sia equo, "la possibilità di confrontarsi con i testimoni alla presenza di un giudice chiamato, alla fine, a decidere la causa, in quanto l'osservazione diretta da parte del giudice dell'atteggiamento e della credibilità di un determinato testimone può essere determinante per l'imputato". Come la stessa giurisprudenza europea ammette, il principio di oralità (anche da assicurare nel giudizio d'appello in caso di ribaltamento della prima decisione, nei termini sopra precisati), non è assoluto nel senso che può non trovare applicazione nei casi di impossibilità di ripetizione della prova (p. 33 Dan c/ Moldavia, cit.), di particolare vulnerabilità del teste (come i minori) o di altre gravi ed eccezionali ragioni nella specie non sussistenti e neppure desumibili sulla base degli atti accessibili alla Corte» (Cass. sez. 3, n. 11 648 del 12/11/2014, dep 2015, Rv. 262978).

Questo orientamento valorizza la necessità che il processo si svolga in coerenza con le indicazioni della Corte europea dei diritti umani, evitando di "ridurre" il



mancato rispetto del divieto di *overtuning* su prova dichiarativa cartolare ad una mera violazione di legge. Nella scala delle fonti disegnata dalla Corte costituzionale (a partire dalle sentenze gemelle nn. 347 e 348 del 2007, fino alla recente sentenza n. 49 del 2015) la Convenzione, come interpretata dalla Corte di Strasburgo è una fonte normativa sovralegislativa, sebbene subcostituzionale; il rispetto dei parametri convenzionali non potrebbe, pertanto, ridursi ad una mera violazione di legge ed assorbire, in tal modo, lo statuto processuale delle impugnazioni, che prevede per le violazioni che non determinano inutilizzabilità o nullità assolute, il rigoroso rispetto della catena devolutiva. La natura sovralegislativa dei parametri convenzionali è stata, peraltro, confermata dalla Corte di cassazione, che ha ritenuto necessario garantire il rispetto della Convenzione (come interpretata dalla Corte Edu) anche nella fase esecutiva, attraverso l'adattamento della pena alle indicazioni della Corte europea sopravvenute al passaggio in giudicato della condanna (Cass. sez. un. n. 42858 del 29/05/2014, Rv. 260695; Cass. sez. un. n. 18821 del 24/10/2013, dep. 2014, Rv. 258650). Laddove, ovviamente, nessun obbligo di conformazione incombe sul giudice dell'esecuzione in caso di mutamento dei parametri di legge che governano la definizione del trattamento sanzionatorio. Secondo questo orientamento, inoltre, il mancato rispetto delle indicazioni convenzionali produce l'effetto di immettere nell'ordinamento un prodotto "precario", caducabile con l'esperimento di un eventuale ricorso innanzi alla Corte europea. Questo potrebbe essere proposto «essendo sufficiente che la parte interessata abbia comunque impugnato la decisione a lei sfavorevole affinché possa dirsi osservato, secondo la giurisprudenza della Corte Edu [...] il requisito del previo esaurimento dei rimedi interni» (Cass. sez. 3, n. 11 648 del 12/11/2014, dep. 2015, Rv. 262978).

La rilevabilità di ufficio troverebbe, peraltro, diretto conforto nella stessa giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani secondo cui il giudice di appello deve procedere alla nuova escussione "d'ufficio", anche in assenza di richiesta della parte, perché «le Corti nazionali hanno l'obbligo di adottare misure positive a tal fine, anche se il ricorrente non ha fatto richiesta»; soggiungendo che, nel caso di specie, «la mancata escussione da parte della Corte d'appello dei testimoni in prima persona ed il fatto che la Suprema Corte non ha cercato di porvi rimedio rinviando il caso alla Corte d'appello per un nuovo esame degli elementi di prova, ha sostanzialmente ridotto il diritto di difesa del ricorrente» (Corte Edu, Sez. 3, 04/06/2013, Hanu c. Romania, 37).

L'orientamento in questione risulta corretto con l'esclusione della rilevabilità d'ufficio della violazione convenzionale «quando ciò comporti un giudizio di fatto circa la rilevanza della prova dichiarativa che essa non può ovviamente



effettuare, quando cioè la valutazione della esistenza di tali presupposti può implicare attestazioni o allegazioni di merito che la Corte può non essere in grado di effettuare in via autonoma» (Cass. sez. 3, n. 19322 del 20/01/2015, Rv. 263513).

1.7. La rilevanza della questione nel caso sottoposto all'esame della seconda sezione (ovvero la possibilità di rilevare d'ufficio la violazione del parametro di legalità convenzionale che si esprime nel divieto di ribaltamento della assoluzione sulla base della rivalutazione cartolare di una testimonianza decisiva), unitamente alla rilevazione del significativo contrasto interpretativo interno alla Corte di cassazione, hanno indotto il collegio a rimettere alle Sezioni unite la questione anticipata in premessa, ovvero:

«se sia rilevabile d'ufficio la questione relativa alla violazione dell'art. 6 C.e.d.u. per avere il giudice d'appello riformato la sentenza di primo grado sulla base di una diversa valutazione di attendibilità di testimoni di cui non si procede a nuova escussione».

P.Q.M.

Visto l'art. 618 cod.proc. pen.

Rimette il ricorso alle Sezioni Unite

Così deciso in Roma, il giorno 26 ottobre 2015

L'estensore

Sandra Pecchione
Sandra Pecchione

Il Presidente

Franco Fiandanese
Franco Fiandanese

E' copia conforme all'originale per uso d'ufficio

CANCELLIERE
Claudia Pianelli

21 GEN. 2016



DEPOSITATO IN CANCELLERIA
SECONDA SEZIONE PENALE

IL 20 GEN. 2016



Il Cancelliere
CANCELLIERE
Claudia Pianelli