

RITENUTO IN FATTO

1. I sigg.ri (omissis) e (omissis) ricorrono, con separati atti, per l'annullamento della sentenza del 05/06/2019 della Corte di appello di Napoli che, in riforma della sentenza del 17/07/2015 del Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, da loro impugnata, esclusa la circostanza aggravante contestata, ritenuta la minore gravità del fatto, ha rideterminato la pena nella misura di un anno e due mesi di reclusione ciascuno, confermando nel resto la condanna per il reato di cui agli artt. 110, 609-bis cod. pen., commesso l' (omissis) ai danni di (omissis) costretto, contro la sua volontà, a subire il tocco del sedere.

2. (omissis)

2.1. Con il primo motivo deduce, ai sensi dell'art. 606, lett. b), c) ed e), cod. proc. pen., l'inosservanza degli artt. 111, commi quarto e quinto, Cost., 6 § 3, Convenzione EDU, 121, comma 3, 191, 159, 192, 512, cod. proc. pen., nonché il vizio di motivazione apparente e apodittica perché i giudici di merito hanno acquisito e dato lettura delle dichiarazioni predibattimentali rese dalla persona offesa in difetto dei presupposti previsti dall'art. 512 cod. proc. pen., posto che: a) non sono state condotte ricerche fuori del territorio nazionale o almeno presso il consolato del Marocco o presso il luogo di nascita; b) l'irreperibilità non era imprevedibile, trattandosi di persona extracomunitaria, irregolare sul territorio italiano, con permesso di soggiorno scaduto molto prima del fatto e della data delle sue dichiarazioni (03/02/2011), con fine pena assai prossimo (12/04/2011), che aveva reso false dichiarazioni sul suo domicilio sia al momento dell'ingresso in carcere che al momento dell'uscita (e ciò proprio per evitare l'espulsione). La motivazione è carente e comunque apodittica perché tali deduzioni erano state puntualmente articolate nella memoria difensiva depositata all'udienza del 05/06/2019 ma sono state completamente trascurate.

2.2. Con il secondo motivo, richiamando gli argomenti oggetto del primo, deduce, ai sensi dell'art. 606, lett. b), c) ed e), cod. proc. pen., l'inosservanza degli artt. 191 e 526, comma 1-bis, cod. proc. pen. e il vizio di motivazione apparente e contraddittoria in quanto: a) la Corte di appello ha dato lettura delle dichiarazioni rese dalla persona offesa pur dando prova di essere consapevole dell'esistenza degli indizi della volontarietà dell'allontanamento di quest'ultima; b) ha glissato sull'argomento valorizzando le dichiarazioni del testimone (omissis) ritenute idonee a costituire autonoma prova del fatto, benché incostanti e smentite dal contenuto del certificato medico e dalle dichiarazioni rese da

(omissis)



2.3. Con il terzo motivo deduce, ai sensi dell'art. 606, lett. b), c) ed e), cod. proc. pen., l'inosservanza degli artt. 609-bis, cod. pen., 121, 125, comma 3, 178, lett. c), 187, 192, 533, comma 1, 546, comma 1, lett. e), n. 1 e 4, cod. proc. pen., e il vizio di motivazione apparente perché la Corte di appello: a) a fronte di puntuali e precise censure contenute in quattro scritti difensivi, ha ommesso qualsiasi motivazione sulla allegata incompatibilità delle dichiarazioni rese dalla persona offesa e dal testimone (omissis) da un lato, con quelle, diametralmente opposte, rese dall'agente di polizia (omissis) sul tema, assolutamente decisivo, dell'aggressione, e con il contenuto del certificato medico dall'altro; b) ha totalmente ignorato le contraddizioni e inverosimiglianze del racconto della persona offesa e dello (omissis) incorrendo, altresì, in molteplici travisamenti della prova, compresa quella rappresentata dalle dichiarazioni rese dal coimputato (omissis) e dal testimone (omissis). La motivazione, inoltre, è apodittica e manifestamente illogica su due punti decisivi ai fini della condanna: a) sullo stato di agitazione della persona offesa desunto dalle testimonianze dell', (omissis) e del (omissis), travisate sul punto, circostanza in ogni caso irrilevante in quanto oggetto di prova avrebbe dovuto essere la causa dello stato di agitazione non l'agitazione in sé; b) la corretta qualificazione giuridica del fatto, anche sotto il profilo dell'elemento soggettivo, avendo la Corte escluso il "clima di gioco" in base al travisamento delle dichiarazioni rese dal (omissis) e dallo (omissis) e alla non provata aggressione ai danni della persona offesa.

3. (omissis)

3.1. Con unico motivo deduce, ai sensi dell'art. 606, lett. c) e d), cod. proc. pen., l'erronea applicazione degli artt. 512 e 526-bis, comma 1-bis, cod. proc. pen., sotto il profilo della non utilizzabilità delle dichiarazioni della persona offesa (il cui allontanamento era prevedibile e che si è sempre volontariamente sottratta al suo esame da parte dell'imputato, sia nella fase delle indagini preliminari, che nel dibattimento) e della sua inattendibilità.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. I ricorsi sono fondati.

2. Osserva il Collegio:

2.1. la Corte di appello ha ritenuto che le dichiarazioni pre-dibattimentali rese dalla persona offesa, cittadino extracomunitario, fossero state correttamente acquisite e utilizzate ai fini della decisione in considerazione: a) della assoluta imprevedibilità della sua irreperibilità, trattandosi di persona che

aveva uno stabile insediamento in Italia in quanto quivi residente, titolare di carta di identità e di regolare permesso di soggiorno e che, all'atto della scarcerazione (avvenuta tre mesi dopo il fatto), aveva eletto domicilio in territorio italiano, dando così prova della sua volontà di mantenersi uno stabile insediamento; b) della oggettiva completezza delle ricerche effettuate presso tutti gli indirizzi noti (domicilio eletto all'atto della scarcerazione, presso il relativo Comune e presso tutti i Comuni di ultima residenza) e presso l'Amministrazione penitenziaria;

2.2. la Corte di cassazione ha reiteratamente precisato che l'imprevedibilità dei fatti e delle circostanze che rendono impossibile la ripetizione degli atti assunti dalla polizia giudiziaria o dal pubblico ministero deve essere riguardata non con riferimento al momento dibattimentale, ma a quello delle indagini preliminari, nel quale sarebbe stato alternativamente possibile - ove fosse sorta, per fondato motivo, la contraria prevedibilità dell'assenza del testimone nel dibattimento - accedere all'incidente probatorio. È a tale momento, comunque, che il giudice dibattimentale deve ricondursi, con criterio "ex ante", per formulare diagnosi di prevedibilità o di imprevedibilità, che non debbono basarsi, naturalmente, su possibilità o evenienze astratte ed ipotetiche, ma su argomenti concreti che lascino pronosticare secondo l'*"id quod plerumque accidit"*, e cioè secondo l'esperienza corrente, un futuro comportamento del soggetto-testimone, senza che possa attribuirsi rilevanza all'accertamento "ex post", positivo o negativo, della condotta stessa (Sez. 6, n. 50994 del 26/03/2019, Rv. 278195 - 02; Sez. 6, n. 21312 del 05/04/2018, Rv. 273465 - 01; Sez. 2, n. 49007 del 16/09/2014, Iussi, Rv. 261427; Sez. 3, n. 25110 del 13/02/2007, La Tela, Rv. 236962; Sez. 1, n. 24249 del 25/02/2004, Rotondale, Rv. 228549; Sez. 1, n. 12060 dell'11/11/1992, Betancor, Rv. 193437);

2.3. la mera condizione di cittadino extracomunitario privo del permesso di soggiorno non è sufficiente, di per sé, a rendere prevedibile il suo allontanamento dal territorio nazionale e l'assenza dal dibattimento (Sez. 3, n. 38342 del 25/06/2013, Rv. 256433 - 01, che ha ritenuto legittima la lettura delle dichiarazioni rese da una donna straniera che risiedeva stabilmente nello Stato, svolgeva attività lavorativa e solo successivamente era stata espulsa; Sez. 6, n. 21312 del 2018, cit., che ha ritenuto correttamente acquisite ex art. 512 cod. proc. pen. le dichiarazioni rese da un cittadino extracomunitario regolarmente residente sul territorio nazionale, pur se tossicodipendente e privo di occupazione lavorativa, valorizzando anche la circostanza che tra la data in cui le dichiarazioni era state rese ed il decreto di giudizio immediato era intercorso un brevissimo lasso temporale; Sez. 2, n. 14850 del 04/03/2009, Rv. 244055 - 01, che ha ritenuto corretta la valutazione della Corte territoriale che aveva ammesso la lettura delle dichiarazioni precedentemente rese nella fase delle

indagini preliminari da un cittadino extracomunitario che, benché privo di permesso di soggiorno, viveva da tempo in Italia, lavorava nel commercio ambulante ed era in grado di comprendere e parlare la lingua italiana; Sez. 1, n. 16210 del 23/03/2006, Rv. 234215 - 01, che ha ritenuto corretta la valutazione del giudice del dibattimento che aveva ammesso la lettura delle dichiarazioni precedentemente rese nella fase delle indagini preliminari da due cittadini extracomunitari che, benché privi di permesso di soggiorno, erano stati identificati mediante i passaporti, vivevano da tempo in Italia - lavorando in nero proprio alle dipendenze dell'imputato - tanto da comprendere e parlare la lingua italiana);

2.4. quanto alla irripetibilità dibattimentale delle dichiarazioni rese dal testimone irripetibile, questa Corte ha ribadito che non è sufficiente l'infruttuoso espletamento delle ricerche previste dall'art. 159 cod. proc. pen., ma è necessario che il giudice compia tutti gli accertamenti sulla causa dell'irripetibilità, attraverso rigorose e accurate verifiche, se del caso da effettuarsi anche in campo internazionale (Sez. 1, n. 14243 del 26/11/2015, dep. 2016, Rv. 266601; nello stesso senso anche Sez. 1, n. 46010 del 23/10/2014, D'Agostino, Rv. 261265, che ha ribadito la necessità che l'omessa presentazione del testimone al dibattimento non costituisca in ogni caso una libera scelta dello stesso; cfr., altresì, Sez. 6, n. 16445 del 06/02/2014, Rv. 260155, secondo cui ai fini dell'utilizzabilità, mediante lettura, delle dichiarazioni rese in sede pre-dibattimentale dal testimone divenuto irripetibile non è sufficiente l'infruttuoso espletamento delle ricerche previste dall'art. 159 cod. proc. pen., ma è altresì necessario che il giudice compia tutti gli accertamenti congrui alla peculiare situazione personale dello stesso, quale risultante dagli atti, dalle deduzioni specifiche eventualmente effettuate dalle parti, nonché dall'esito dell'istruttoria svolta nel corso del giudizio ovvero dia conto, con motivazione non apparente e non manifestamente illogica o contraddittoria; dell'apprezzamento compiuto sulla ragionevole impossibilità di svolgere ulteriori ed efficaci ricerche del dichiarante);

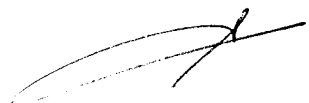
2.5. nel caso di specie, gli elementi indicati dalla difesa dei ricorrenti non sono sufficienti a escludere la imprevedibilità "ex ante" della irripetibilità della persona offesa; il fatto che la stessa fosse priva di permesso di soggiorno, in quanto scaduto addirittura prima dell'arresto, non è circostanza di per sé sola in grado di inficiare il giudizio della Corte di appello sul punto (e, prima ancora, del Tribunale) tenuto conto che: a) si trattava di persona comunque residente nel territorio nazionale, titolare di carta di identità; b) la inidoneità e/o la non corrispondenza a vero degli indirizzi di volta in volta forniti era stata accertata solo successivamente, in sede di accertamenti svolti dal giudice del dibattimento; c) ancorché il permesso di soggiorno fosse scaduto, non risulta (o almeno i

ricorrenti non lo deducono) che la persona offesa fosse destinataria di ordine di espulsione;

2.6. sono invece fondate le doglianze difensive sulla oggettiva impossibilità di ripetere in dibattimento le dichiarazioni rese dalla persona offesa essendo insufficienti le ricerche effettuate dai giudici di merito che hanno completamente ommesso di svolgere accertamenti all'estero presso il (omissis), paese natio della persona offesa, della quale la difesa aveva anche indicato la città di nascita, Stato, peraltro, con il quale l'Italia ha sottoscritto una convenzione di reciproco aiuto giudiziario, di esecuzione delle sentenze e di estradizione, conclusa a Roma il 12 febbraio 1971 e ratificata in Italia con legge 12 dicembre 1973, n. 1043, che disciplina espressamente le rogatorie in materia penale (artt. 10 e segg.) e la comparizione dei testimoni nello Stato richiedente (art. 16); anche le ricerche presso l'Ufficio immigrazione della competente Questura possono essere astrattamente utili al fine del rintraccio dell'extracomunitario in possesso di permesso di soggiorno scaduto, ma le deduzioni difensive sono, sul punto, generiche e ipotetiche, non essendo precluso al difensore effettuare accertamenti diretti presso le pubbliche amministrazioni al fine di sottoporre utili elementi di conoscenza al giudice;

2.7. la fondatezza, "in parte qua", del primo motivo rende superfluo l'esame del secondo posto che, al momento, le dichiarazioni della persona offesa non sono comunque utilizzabili;

2.8. deve in ogni caso ricordarsi che, ai fini dell'operatività (art. 526, comma primo, bis cod. proc. pen.) del divieto di provare la colpevolezza dell'imputato sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'esame dell'imputato o del suo difensore, non è necessaria la prova di una specifica volontà di sottrarsi al contraddittorio, ma è sufficiente - in conformità ai principi convenzionali (art. 6 CEDU) - la volontarietà dell'assenza del teste determinata da una qualsiasi libera scelta, sempre che non vi siano elementi esterni che escludano una sua libera determinazione (Sez. U, n. 27918 del 25/11/2000, dep. 2001, Rv. 250198 - 01, secondo cui non è indispensabile che il teste sia stato raggiunto da una citazione, ai fini della dimostrazione della sua volontà di sottrarsi al contraddittorio, in quanto tale volontà potrebbe presumersi anche sulla base di elementi diversi dalla avvenuta citazione; nello stesso senso, Sez. 2, n. 1945 del 22/12/2014, dep. 2015, Rv. 261825 - 01; cfr. altresì, Sez. 3, n. 3068 del 08/09/2016, dep. 2017, Rv. 269055 - 01, secondo cui ai fini della lettura e dell'utilizzabilità di dichiarazioni predibattimentali di un soggetto divenuto successivamente irreperibile, al dato della condizione di irreperibilità del teste, in sé neutro, deve aggiungersi la valutazione degli elementi indicativi del carattere volontario o meno del suo allontanamento, con la precisazione ulteriore che la volontarietà dell'assenza,



che comporta l'operatività del divieto di cui all'art. 526, comma 1-bis, cod. proc. pen., può essere determinata da una qualsiasi libera scelta e non necessariamente dall'intenzione di sottrarsi al contraddittorio); il fatto che il denunciante fornisca volutamente falsi indirizzi di recapito può costituire un elemento valutabile come prova della libera scelta di sottrarsi al contraddittorio;

2.9.la Corte di appello, tuttavia, attribuisce rilevanza probatoria autosufficiente alle dichiarazioni rese dal testimone oculare (omissis) , compagno di cella del (omissis) ;

2.10.la credibilità del testimone non è specificamente contestata da questi ma dal solo (omissis) che deduce specificamente, con il secondo ed il terzo motivo, il vizio di motivazione apparente della sentenza nella parte in cui ha ritenuto idonee le dichiarazioni del testimone a fondare da sé sole la propria condanna senza affrontare le censure relative alla credibilità del testimone devolute in sede di impugnazione della sentenza di primo grado;

2.11.il ricorso, sul punto, è fondato;

2.12.la Corte di appello, allineandosi alla decisione del primo Giudice (che sostanzialmente replica anche nelle argomentazioni), non ha affrontato le specifiche censure dedotte in sede di impugnazione relative della sentenza di primo grado e nelle memorie depositate relative: a) alla oggettiva sussistenza del fatto (il che estende l'impugnazione anche al correo non impugnante); b) alla partecipazione del (omissis); questioni la cui specificità non potevano essere superate dalla osservazione secondo cui lo (omissis), in quanto compagno di cella del (omissis), aveva inizialmente tentato «di sminuire i fatti al fine di rendere una versione più favorevole agli imputati» ed «aveva tutt'altro interesse che quello di accusarlo falsamente»;

2.13.le questioni lasciate irrisolte sono le seguenti: a) il dedotto contrasto tra l'aggressione riferita dal testimone (con calci e pugni) e il contenuto del referto medico compilato subito dopo; b) il fatto che nessuna delle guardie carcerarie si sia accorta di nulla benché il testimone avesse riferito di una vera e propria rissa posta in essere in un contesto angusto; c) l'iniziale esclusione del (omissis) dal fatto;

2.14.le censure difensive, relative alla ricostruzione del fatto, rendono superfluo l'esame delle ulteriori deduzioni relative alla sua qualificazione giuridica;

2.15.tuttavia la Corte non può fare a meno di rilevare che la condotta vietata dall'art. 609-bis cod. pen. comprende, oltre ad ogni forma di congiunzione carnale, qualsiasi atto idoneo, secondo canoni scientifici e culturali, a soddisfare il piacere sessuale o a suscitare lo stimolo, a prescindere dalle intenzioni dell'agente, purché questi sia consapevole della natura oggettivamente "sessuale" dell'atto posto in essere con la propria condotta cosciente e volontaria

(Sez. 3, n. 21020 del 28/10/2014, dep. 2015, Rv. 263738 - 01; cfr., altresì, Sez. 3, n. 20459 del 24/01/2019, Rv. 275965 - 01, secondo cui non è necessario che la condotta sia finalizzata a soddisfare il piacere sessuale dell'agente, in quanto è sufficiente che questi sia consapevole della natura oggettivamente sessuale dell'atto posto in essere volontariamente, ossia della sua idoneità a soddisfare il piacere sessuale o a suscitare lo stimolo, mentre l'eventuale concorrente finalità ingiuriosa o minacciosa dell'agente non esclude la connotazione sessuale dell'azione; nello stesso senso, Sez. 3, n. 3648 del 03/10/2017, Rv. 272449 - 01; Sez. 3, n. 4913 del 22/10/2014, dep. 2015, Rv. 262470 - 01);

2.16.ne consegue che la sentenza impugnata deve essere annullata con rinvio ad altra sezione della Corte di appello di Napoli per i motivi indicati ai §§ 2.6 e 2.13.

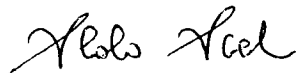
P.Q.M.

Annulla la sentenza impugnata con rinvio ad altra sezione della Corte di appello di Napoli.

Così deciso in Roma, il 20/01/2021.

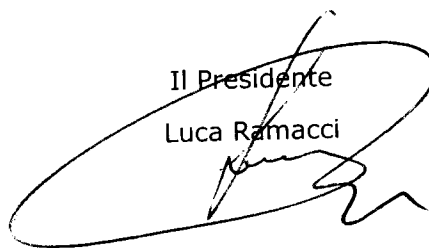
Il Consigliere estensore

Aldo Aceto



Il Presidente

Luca Ramacci



In caso di diffusione del presente provvedimento omettere le generalità e gli altri dati identificativi a norma dell'art. 52 d.lgs. 196/03 in quanto imposto dalla legge.

Il Presidente

Luca Ramacci

