



38598-21

REPUBBLICA ITALIANA
In nome del Popolo Italiano
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
PRIMA SEZIONE PENALE

Composta da:

ANGELA TARDIO

- Presidente -

Sent. n. sez. 783/2021

TERESA LIUNI

- Relatore -

UP - 15/07/2021

FRANCESCO CENTOFANTI

R.G.N. 6849/2021

FRANCESCO ALIFFI

MARIAEMANUELA GUERRA

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso proposto da:

NIKOLLI RESMI, nato il 09/05/1982

avverso la sentenza del 18/12/2020 della CORTE APPELLO di ROMA

visti gli atti, il provvedimento impugnato e il ricorso;

udita la relazione svolta dal Consigliere TERESA LIUNI;

udito il Procuratore generale, MARIA FRANCESCA LOY, la quale ha concluso chiedendo la declaratoria di inammissibilità del ricorso.

L'avv. ALFREDO GAITO conclude insistendo per l'accoglimento del ricorso.

L'avv. EMILIO MARTINO conclude riportandosi ai motivi di ricorso.

RITENUTO IN FATTO

1. Con sentenza del 18/12/2020 la Corte di appello di Roma – pronunciando in sede di rinvio della Cassazione – ha respinto la richiesta di revisione proposta da Resmi Nikolli avverso la sentenza della Corte di Assise di appello di Napoli in data 21/10/2007, che aveva confermato la condanna del ricorrente per omicidio pluriaggravato ed altri delitti, commessi a Mondragone il 6 novembre 2004.

1.1. Il procedimento per la revisione della condanna era stato introdotto ai sensi dell'art. 630, lett. c), cod. proc. pen., in quanto il Nikolli ha sostenuto l'esistenza di una prova sopravvenuta e nuova, che di per sé sarebbe passibile di condurre ad un esito assolutorio: si tratta di due documenti – prodotti in fotocopia – attestanti una prova di alibi, diretti a dimostrare che il giorno dell'omicidio il condannato si trovava in Albania, ricoverato in un ospedale di Scutari per i postumi psichici seguiti ad un incidente stradale avvenuto in data 3/11/2004; il secondo documento, apparentemente proveniente dal Commissariato Regionale della Polizia Stradale rilasciato a Tirana il 28/9/2017, attestava il coinvolgimento di una persona di nome Resmi Nikolli in un incidente stradale avvenuto nel c.d. crocevia di Bathore in data 3/11/2004, incidente che aveva causato soltanto danni materiali.

1.2. Ammesso il procedimento di revisione, la Corte di appello di Roma aveva rigettato la richiesta con sentenza in data 5/7/2018, per la ritenuta inadeguatezza della documentazione sopra descritta a costituire prova nuova, a causa della sua inaffidabilità, non persuasività ed incongruenza con il contesto probatorio già acquisito nel processo di cognizione.

Tale sentenza era stata annullata in sede di legittimità (con sentenza di questa Corte, Sez. 5, n. 43565 del 21/6/2019), con rinvio per nuovo esame della richiesta di revisione, censurandosi che il rigetto fosse in realtà una pronuncia di inammissibilità della nuova prova, senza alcun approfondimento istruttorio diretto a verificare la provenienza e la veridicità della documentazione prodotta dal condannato, bensì affermando apoditticamente l'eventualità che detta documentazione potesse essere falsa ovvero attestante un caso di omonimia.

1.3. Infine, con l'impugnata sentenza – previa richiesta di assistenza giudiziaria presso le Autorità Albanesi onde verificare l'autenticità dei documenti prodotti dalla parte, nonché le modalità con cui si era accertata l'identità della persona che si era presentata all'ospedale di Scutari il giorno 6/11/2004 e quella del soggetto coinvolto nell'incidente stradale del 3/11/2004 – all'esito della valutazione degli elementi tratti dall'istruttoria svolta, è stata nuovamente rigettata l'istanza di revisione.



2. Avverso tale sentenza ricorrono per cassazione i difensori di Resmi Nikolli, avv.ti Alfredo Gaito ed Emilio Martino, avanzando i seguenti motivi di impugnazione, specificamente estesi all'ordinanza resa oralmente e sintetizzata nel verbale dell'udienza del 21/5/2020, che dava luogo alla richiesta di assistenza giudiziaria internazionale.

2.1. Con il primo motivo si deduce violazione di legge processuale per violazione del diritto della difesa di partecipare alla rogatoria in Albania.

Rimarcando l'inesistenza di una formale ordinanza rogatoria che stabilisse le modalità di assunzione della prova delegata all'Autorità estera, ci si duole che nell'udienza del 21/5/2020 non si sia espressa alcuna ragione onde giustificare il diniego del trasferimento della Corte di appello di Roma in Albania per assumere direttamente, nel contraddittorio delle parti, la prova dichiarativa dalla testimone d'alibi. La normativa internazionale pattizia prevede la partecipazione della difesa agli atti processuali assunti all'estero, a condizione che vi sia una richiesta in tal senso comunicata all'Autorità estera. Tuttavia, la mancanza di un formale e tempestivo provvedimento di richiesta di rogatoria, conoscibile dalla difesa, ha determinato l'impossibilità per la difesa di rendersi partecipe della procedura.

2.2. Con il secondo motivo di impugnazione si deduce l'inutilizzabilità della testimonianza raccolta all'estero come atto investigativo, e considerata prova piena in dibattimento, in difformità dallo statuto codicistico.

Nel caso specifico, la testimonianza è stata raccolta da un Ufficiale di Polizia giudiziaria albanese, con ciò manifestandosi che si è trattato di un tipico atto investigativo e non di un atto processuale assunto nel contraddittorio delle parti, tale da assurgere a dignità di prova.

2.3. Nell'ultimo motivo si censura che l'indebita estromissione della difesa dall'esecuzione della rogatoria ha comportato la mancata assunzione della prova liberatoria decisiva.

Invero, il rigetto dell'istanza di revisione ha trovato elemento fondante nella ritenuta inattendibilità della teste dr.ssa Valdet Hoxa, medico psichiatra, che aveva parlato di una pregressa rianimazione del Nikolli, dato contrastante con quello per cui l'incidente stradale non aveva causato danni fisici ad alcuno.

Ove si fosse consentita la partecipazione della difesa all'assunzione della prova, si sarebbe potuto approfondire il tema e così verificare che, nell'Ospedale Regionale di Scutari, il servizio di rianimazione consiste in un padiglione dove non necessariamente i pazienti devono essere ricoverati, ma possono soltanto essere visitati, ricevere le cure necessarie e poi allontanarsi, come da attestazione scritta delle Autorità albanesi allegata al ricorso.



2.4. Con note difensive trasmesse digitalmente in data 25/6/2021, la difesa del Nikolli ha esposto ulteriori considerazioni ed allegato documentazione relativa all'attività di investigazione difensiva effettuata.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. Il ricorso è fondato, nei termini che si specificheranno. Per la migliore comprensione, la trattazione deve essere preceduta dalla ricostruzione del quadro normativo e pattizio entro cui si iscrive la vicenda processuale in esame.

1.1. La fonte giuridica primaria è rinvenibile nella Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale, stipulata a Strasburgo il 20 aprile 1959, in cui si dettano i principi ed i criteri di massima (art. 3) per l'espletamento delle commissioni rogatorie relative ad affari penali. Nell'art. 4 si specifica che «Se la Parte richiedente ne fa domanda espressa, la Parte richiesta l'informerà della data e del luogo di esecuzione della commissione rogatoria. Le autorità e le persone in causa potranno assistere all'esecuzione se la Parte richiesta vi acconsente.».

Lo strumento che specificamente regola, in vista di facilitare l'applicazione di detta Convenzione europea, l'esecuzione delle rogatorie internazionali tra Italia ed Albania è l'accordo aggiuntivo stipulato a Tirana il 3 dicembre 2007 e ratificato con Legge 14 giugno 2011 n. 97, nel quale si prevedono specifiche forme di audizione di testimoni e periti, qualora per la persona in questione non sia opportuno o possibile comparire personalmente nel territorio della parte richiedente, mediante videoconferenza (art. VII) o mediante conferenza telefonica (art. VIII): si rileva che comunque «l'audizione è condotta direttamente dall'autorità giudiziaria della parte richiedente o sotto la sua direzione, secondo il proprio diritto interno» (art. 5, lett. c).

Il materiale raccolto in sede di rogatoria internazionale diventa parte del compendio processuale ai sensi dell'art. 431, comma 1 lett. f) cod. proc. pen. che autorizza l'inserimento nel fascicolo per il dibattimento dei "verbali degli atti, diversi da quelli previsti dalla lettera d), assunti all'estero a seguito di rogatoria internazionale ai quali i difensori sono stati posti in grado di assistere e di esercitare le facoltà loro consentite dalla legge italiana".

1.2. Alla stregua di tali parametri convenzionali e legali, deve valutarsi l'operato della Corte di appello di Roma in relazione alle censure mosse dal ricorrente.

A tenore degli atti consultabili da questa Corte, non risulta che la difesa del Nikolli avesse chiesto alla Corte di appello di recarsi in Albania per partecipare all'assunzione diretta degli atti richiesti nella rogatoria internazionale, né

che avesse specificato di voler assistere ad eventuali escussioni testimoniali, evenienza – quest'ultima – che peraltro non era in programma, come risulta dall'ordinanza resa nel verbale dell'udienza del 21/5/2020 che dava luogo alla richiesta di assistenza giudiziaria internazionale. In detto verbale di udienza, l'ordinanza riporta che la Corte disponeva l'acquisizione di alcuni atti (sentenza di primo grado, atti relativi all'arresto dell'imputato), e dava delega al Consigliere relatore di predisporre una rogatoria alle Autorità albanesi «finalizzata ad accertare A) autenticità documenti prodotti B) riscontro esistenza e contenuto dei documenti medesimi su registri pubblici eventualmente esistenti c/o aut. sanitaria e di polizia albanese C) le modalità con cui è stato identificato il soggetto asseritamente presentatosi il giorno del fatto presso il servizio sanitario e l'autorità di polizia albanesi risultanti dai documenti prodotti D) autenticità dei documenti di identità eventualmente prodotti in quella sede e acquisizione di eventuali riscontri dattiloscopici effettuati E) ogni altra circostanza utile ai fini di giustizia, con richiesta espressa all'autorità albanese di consentire la partecipazione all'attività istruttoria di un ufficiale di polizia giudiziaria da individuarsi».

Dunque, si ribadisce, dal verbale non risultava avanzata dalla difesa dell'imputato alcuna particolare richiesta, ma parimenti non vi era espressa richiesta da parte dell'Autorità giudiziaria italiana di assumere informazioni a mezzo di testimoni.

1.3. Tuttavia, si rimarca che, una volta che – a seguito degli accertamenti e delle acquisizioni documentali effettuate in Albania a mezzo di un ufficiale di Polizia giudiziaria locale – si era profilata la necessità di sentire persone informate sui fatti, anche per ricavare meri chiarimenti, l'introduzione di tale attività dichiarativa nel processo andava espletata alla stregua delle norme processuali italiane, inderogabili sul punto della necessaria partecipazione della difesa (o almeno dell'esigenza di porre i difensori in grado di assistere, come prevede l'art. 431, comma 1 lett. f), cod. proc. pen.) ad un incombente istruttorio che è stato ampiamente valutato nel merito da parte della Corte giudicante, con esiti decisivi.

Infatti, il punto critico è che la sentenza impugnata attinge a piene mani alla "deposizione resa su richiesta di questa Corte" dalla dr.ssa Valdet Hoxha (vds. pag. 4/5), ed esordisce affermando che anche se la persona coinvolta nell'incidente del 3/11/2004 fosse stato il Nikolli, ciò non gli avrebbe impedito di essere a Mondragone alle ore 12.00 del giorno 6/11/2004 per commettere l'omicidio. È dunque nevralgica la deposizione della psichiatra sulla presenza del Nikolli nell'ospedale di Scutari proprio il giorno 6/11, persona che la Corte ha definito assolutamente inattendibile, entrando nel merito delle sue affermazioni.

In tal modo, è la stessa Corte territoriale che ha affermato la natura di prova dichiarativa delle informazioni rese dalla Hoxha e le ha inserite tra il materiale utilizzato per la decisione di merito. Si deve considerare che ci si trova nella fase rescissoria del procedimento di revisione, caratterizzata da una piena cognizione di merito della vicenda (sia pure nei limiti delle ragioni indicate nella richiesta di revisione) secondo la normativa prevista per il giudizio ordinario, come da rinvio contenuto nell'art. 636, comma 2, cod. proc. pen.: trattasi dunque di attività istruttoria da compiersi tipicamente in contraddittorio, con la partecipazione necessaria della difesa del condannato, non essendovi forme alternative di utilizzazione processuale di tale materiale, allo stato equivalente ad un mero atto di indagine compiuto dalla Polizia giudiziaria albanese. Infatti, dal certificato sull'esecuzione della rogatoria (all. 4) emerge che "con il verbale del 16/9/2020 è stata escussa in qualità di persona informata sui fatti la cittadina Valdet Hoxha (Duli), di professione medico psichiatra".

In tal senso depone anche lo strumento pattizio - il citato accordo del 2007 tra Italia ed Albania - che specificamente regola i reciproci rapporti processuali, il cui articolo 5, lett. c) prevede che «l'audizione è condotta direttamente dall'autorità giudiziaria della parte richiedente o sotto la sua direzione, secondo il proprio diritto interno»: tale previsione, peraltro, avrebbe dovuto indurre la Corte precedente a rogatoria ad attivarsi nel senso di dettare le forme e le modalità stabilite dalla legge ai fini dell'utilizzabilità degli atti richiesti, ai sensi dell'art. 727, comma nono, cod. proc. pen.

1.3. L'esegesi di legittimità, progressivamente formatasi sul tema, è attestata sui seguenti capisaldi: «In materia di assistenza giudiziaria penale, gli atti compiuti all'estero su rogatoria sono assunti secondo le forme stabilite dall'ordinamento del Paese richiesto, salvo l'eventuale contrasto con norme inderogabili di ordine pubblico e buon costume, che non debbono necessariamente identificarsi con il complesso delle regole dettate dal codice di rito ed in particolare con quelle relative all'esercizio dei diritti della difesa. Ne consegue che sono utilizzabili i verbali contenenti le deposizioni testimoniali assunte a seguito di rogatoria all'estero senza la partecipazione del difensore, qualora quest'ultimo abbia ricevuto l'avviso dell'espletando esame dei testi da parte dell'autorità straniera, e sia stato quindi posto in condizione di assistere allo svolgimento dell'incombente istruttorio e di esercitare le facoltà inerenti al mandato difensivo.» (Sez. 1, n. 4060 del 08/11/2007, dep. 2008, Sommer e altri, Rv. 239193), condizione che nella specie non si è verificata. E ancora: «In tema di rogatoria internazionale, trovano applicazione le norme processuali dello Stato in cui l'atto viene compiuto, con l'unico limite che la prova non può essere acquisita in contrasto con i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico

italiano, e dunque con il diritto di difesa, il cui concreto esercizio deve considerarsi correttamente garantito anche quando l'atto venga formato con la sola assistenza del difensore, senza la presenza dell'imputato.» (Sez. 6, n. 44488 del 01/12/2010, De Falco, Rv. 248963). Da ultimo, si è conclamato il principio per cui «In tema di assistenza giudiziaria, è inutilizzabile, ai fini del giudizio ordinario, il verbale di esame testimoniale assunto a seguito di rogatoria all'estero quando l'atto istruttorio non sia stato preceduto dall'avviso di svolgimento della prova all'autorità rogante italiana che ne abbia fatto richiesta o, comunque, quando il difensore dell'imputato non sia stato posto in condizione di assistervi.» (Sez. 3, n. 20364 del 05/03/2021, Z., Rv. 281646).

Tale approdo - al quale si intende dare continuità, perché in linea con le fonti pattizie che si sono riepilogate e con la chiara dizione dell'art. 431, comma 1 lett. f), cod. proc. pen. - impone di riesaminare la teste con le garanzie della difesa, o comunque ponendo la difesa in condizione di partecipare all'atto istruttorio. Va infatti considerato che nella sua versione attuale la citata disposizione, che non figurava nel testo originario dell'art. 431, è stata riformulata dall'art. 26 della L. 16/12/1999, n. 479, che ha modificato la disciplina introdotta dall'art. 6 della L. 7/8/1992, n. 356, che prevedeva l'allegazione al fascicolo per il dibattimento dei verbali degli atti assunti all'estero a seguito di rogatoria, ancorché si fosse trattato di atti ripetibili e l'ordinamento dello Stato estero non richiedesse per l'assunzione le garanzie del contraddittorio. Pertanto, per effetto dell'innovazione normativa dovuta alla L. n. 479 del 1999 (intervenuta a seguito della riforma dell'art. 111 Cost., attuata con Legge costituzionale 23/11/1999, n. 2), il principio generale della prevalenza della *lex loci* incontra il limite della non contrarietà all'ordine pubblico processuale dell'ordinamento giuridico italiano, essendo prescritto che l'assunzione all'estero degli atti ripetibili si verifichi assicurando al difensore la possibilità di esercitare le facoltà conferite dalla legge processuale italiana.

Si tratta di una evoluzione legislativa che era stata anticipata anche dal Giudice delle Leggi, nella sentenza n. 379 del 13 luglio 1995, in cui la Corte costituzionale aveva affermato che «la domanda di assistenza giudiziaria crea un rapporto tra Stati, ciascuno dei quali si presenta nel proprio ordine indipendente e sovrano; il medesimo principio postula che, da un lato, l'esecuzione materiale degli atti richiesti debba necessariamente avvenire nei modi previsti dalla *lex fori* e, dall'altro, che la valutazione delle attività espletate (ossia degli effetti che a detti atti possono essere riconosciuti) vada condotta alla stregua dell'ordinamento dello Stato richiedente ... ai fini della utilizzabilità di un atto, non basta che questo risulti compiuto secondo le regole vigenti nello Stato in cui è stato assunto, ma occorre anche che dette modalità non si pongano in contrasto con le

leggi interne proibitive concernenti le persone e gli atti e con quelle che, in qualsiasi modo, riguardino l'ordine pubblico, tra le quali, prime tra tutte, quelle che riguardano l'esercizio inderogabile dei diritti della difesa. La norma impugnata, quindi, sulla base di un'interpretazione costituzionalmente vincolata dal rispetto della garanzia sancita dal secondo comma dell'art. 24 della Costituzione, non solo consente che il giudice italiano, prima dell'espletamento dell'atto, si avvalga di tutte le facoltà riconosciutegli dalla Convenzione medesima per ottenere il consenso dello Stato richiesto in ordine alla presenza delle parti interessate (e dei rispettivi difensori), ma non preclude in alcun modo all'Autorità giudiziaria di procedere alla valutazione della eventuale contrarietà ai principi fondamentali del nostro ordinamento, dell'atto assunto per rogatoria, e, quindi, di accertare, caso per caso, se il contenuto dello stesso, per le modalità con cui si è formato, possa o meno essere utilizzato.».

1.4. Nel caso di specie, la non lineare genesi dell'incombente istruttorio ha ostacolato la funzione difensiva, non essendosi preventivato *ab origine* che gli approfondimenti richiesti dalla Corte di appello sarebbero sfociati nell'audizione di una persona informata sui fatti, circostanza che avrebbe innescato il dovere della difesa di chiedere di partecipare all'assunzione di tali informazioni. Risulta quindi recessivo il dato, richiamato dal Procuratore generale, che non vi fossero richieste difensive in tal senso, in quanto una volta presa tale direzione, in ogni caso l'attività istruttoria deve conformarsi ai principi dell'ordine pubblico processuale interno rendendo possibile l'intervento della difesa, nonché – si aggiunge – quello dell'accusa, ripristinando il contraddittorio tra le parti che costituisce l'elemento fondante dell'istruttoria processuale, nel caso di assunzione di prove dichiarative ripetibili.

2. Pertanto, la sentenza impugnata deve essere annullata onde acquisire la prova nel contraddittorio delle parti processuali, demandando il giudizio ad altra sezione della Corte di appello di Roma.

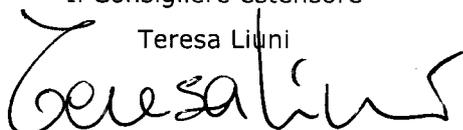
P.Q.M.

Annulla la sentenza impugnata con rinvio per nuovo giudizio ad altra sezione della Corte di appello di Roma.

Così deciso il giorno 15 luglio 2021

Il Consigliere estensore

Teresa Liuni



Il Presidente

Angela Tardio

