

SENTENZA

Cassazione penale sez. III - 27/05/2009, n. 24653

Intestazione

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE SEZIONE TERZA PENALE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. LUPO Ernesto - Presidente -
Dott. CORDOVA Agostino - Consigliere -
Dott. MARMO Margherita - Consigliere -
Dott. MULLIRI Guicla I. - Consigliere -
Dott. SARNO Giulio - Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

sentenza

sul ricorso proposto da:

1) D.M. N. IL (OMISSIS);
avverso SENTENZA del 31/10/2008 CORTE APPELLO di BOLOGNA;
visti gli atti, la sentenza ed il ricorso;
udita in PUBBLICA UDIENZA la relazione fatta dal Consigliere Dott.
SARNO GIULIO;
Udito il Procuratore Generale in persona del Dott. Izzo Gioacchino
che ha concluso per l'annullamento con rinvio;
udito, per la parte civile, l'avv. Scarpati Marco;
uditi i difensori avv. Sasonni Massimo e avv. Concas Pierluigi.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

A seguito di indagini seguite all'esposto in data 28.9.06 di rappresentanti enti finanziatori privati e pubblici della missione (OMISSIS) D.M. veniva tratto a giudizio in stato di detenzione per rispondere dei seguenti reati: a) art. 81 cpv c.p., art. 609 bis c.p., comma 2, n. 1, art. 609 ter c.p., n. 1 per avere costretto, strumentalizzando il suo ruolo di educatore e di responsabile della missione cattolica presente in (OMISSIS), S.R.O.I., a compiere e subire atti sessuali nel (OMISSIS) e sino a tutto il (OMISSIS); b) art. 609 bis c.p., comma 1, art. 609 septies c.p., comma 4, n. 2 per avere nelle circostanze indicate sub a) costretto R.G.J.C. a subire atti sessuali nel (OMISSIS), in epoca successiva al (OMISSIS); c) art. 609 bis c.p., comma 1, art. 609 septies c.p., comma 4, n. 2 per avere nelle circostanze indicate sub a) e b) costretto N.M.R. A. a subire atti sessuali in (OMISSIS); d) art. 81 cpv c.p., art. 600 quater c.p., commi 1 e 2 per essersi procurato ed avere detenuto sino al (OMISSIS) sul proprio personal computer una ingente quantità di materiale pornografico avente ad oggetto minori di anni diciotto. Fatti accertati in (OMISSIS).

Il Giudice dell'udienza preliminare presso il Tribunale di Parma, giudicando con rito abbreviato condizionato, condannava l'imputato, negate le attenuanti generiche e con la continuazione, alla pena di anni dodici di reclusione, con la pena dell'interdizione dai pubblici uffici, oltre al pagamento delle spese processuali, nonché al risarcimento dei danni in favore delle parti civili costituite, concedendo una provvisoria immediatamente esecutiva di Euro 100.000,00 ciascuna, per i delitti cui all'art. 81 c.p., art. 609 bis c.p., comma 2, n. 1, art. 609 ter cod. pen. (capo A); art. 609 bis c.p., comma 1, art. 609 septies c.p., comma 4, n. 2 (capo B); art. 609 bis c.p., comma 1, art. 609 septies c.p., comma 4, n. 2 (capo C); art. 81 c.p., art. 600 quater c.p. (capo D).

Con sentenza in data 31 ottobre 2008, la Corte d'Appello di Bologna, in parziale riforma delle ordinanze e della sentenza n. 213/07 pronunciate in primo grado, ha ridotto la pena inflitta all'imputato ad anni otto di reclusione, confermando le restanti statuizioni della sentenza di primo grado e condannando l'imputato, previa estromissione della parte civile Comune di Correggio in quanto non legittimata, alla rifusione delle spese sostenute dalle parti civili.

Avverso tale decisione ed all'ordinanza pronunciata il 16 giugno 2008 dalla Corte territoriale, i difensori del ricorrente deducono:

1) violazione dell'art. 606 c.p.p., comma 1, lett. c), in relazione all'art. 121 c.p.p. e art. 178 c.p.p., lett. c), (inosservanza dell'art. 121 c.p.p. e art. 178 c.p.p., lett. c), e nullità della sentenza impugnata, dell'ordinanza 23.5.2007 del G.u.p. del Tribunale di Parma e della sentenza n. 213/07 del G.u.p. del Tribunale di Parma).

Si premette al riguardo che il 23.5.2007 il G.u.p. del Tribunale di Parma aveva dichiarato inammissibile la produzione di un documento della difesa sul rilievo che lo stesso non aveva natura di memoria difensiva ma di consulenza di parte, aggiungendo che l'eventuale sottoscrizione della stessa da parte dei difensori non ne trasformava il contenuto e che la corte di merito, investita della questione con i motivi di appello, aveva respinto l'eccezione di nullità della stessa ordinanza e della sentenza di primo grado per violazione dell'art. 178 c.p.p., lett. c) sul rilievo che l'imputato non avrebbe condizionato il giudizio abbreviato alla produzione di documenti o consulenze.

Ciò posto si deduce in questa sede la violazione dell'art. 121 c.p.p. rilevando che tale disposizione - volta a dare attuazione alla direttiva n. 3 della L. n. 81 del 1987, art. 2, che afferma il principio della parità tra accusa e difesa - riconosce la facoltà delle parti di presentare al giudice memorie scritte in ogni stato e grado del procedimento - e, quindi, in ogni sua fase - e che avendo la memoria carattere e funzione illustrativa delle ragioni della difesa, è perciò stessa caratterizzata dalla più ampia libertà contenutistica, potendo investire questioni di fatto o di diritto.

2) violazione dell'art. 606 c.p.p., comma 1, lett. b), in relazione all'art. 9 c.p.p..

Si premette al riguardo che con l'atto d'appello la difesa aveva sollecitato l'assoluzione dell'imputato dai delitti di cui ai capi A), B) e C) commessi sino all'(OMISSIS) in quanto, trattandosi di reati commessi all'estero in danno di cittadini stranieri, si sarebbe per essi resa necessaria, ai sensi dell'art. 9 cod. pen., la richiesta di procedimento del Ministro della Giustizia. E ciò in quanto l'art. 604 cod. pen., che prevede la punibilità incondizionata per i delitti di violenza sessuale commessi all'estero da cittadino (OMISSIS) in danno di straniero, è entrato in vigore nell'attuale formulazione solo l'11 agosto 1998 per effetto delle modifiche introdotte dalla L. n. 269 del 1998, art. 10. Si osserva, in proposito, che la richiesta in questione, al pari della querela, soggiace al divieto di irretroattività di cui all'art. 2 cod. pen., disposizione che si riferisce al diritto penale sostanziale, ma anche alle condizioni del processo che concorrono alla disciplina penalistica del fatto e, quindi, al regime della procedibilità che inerisce la fattispecie.

Ciò posto si rileva che la Corte d'appello, pur concordando sulla irretroattività della nuova formulazione dell'art. 604 cod. pen. - in difformità dell'avviso espresso dal GUP - avrebbe erroneamente ritenuto ininfluenza la mancanza della richiesta argomentando che la previsione dell'art. 9 c.p.p., comma 3 non avrebbe ragion d'essere quando non vi sia pericolo di deterioramento dei rapporti internazionali, circostanza che a detta della Corte sarebbe ravvisabile nel caso concreto.

3) violazione dell'art. 606 c.p.p., comma 1, lett. b), c) ed e), in relazione all'art. 9 c.p. ed agli artt. 191, 727 e 729 c.p.p..

La doglianza riguarda specificamente la ricostruzione temporale dei fatti ascritti all'imputato al capo C).

Si rileva al riguardo che la motivazione della sentenza impugnata si appalesa viziata e contraddittoria in quanto, pure in presenza di una situazione di assoluta incertezza in ordine alla data del commesso reato, la corte di merito ha rigettato la istanza della difesa formulata con memoria 16 giugno 2008. Nell'occasione era stato richiesto alla Corte di appello di disporre, ex artt. 441 e 603 c.p.p., l'integrazione probatoria o la rinnovazione dell'istruzione anche previa traduzione - se necessaria -, di una serie di documenti, tra i

quali "certificazione 30 maggio 2008 dei movimenti migratori dall'anno (OMISSIS) del Sig. N.R.A.M. rilasciata dalla Direzione Generale Migrazione ed esteri dello stato del (OMISSIS)", con allegata certificazione dell'autenticità della sottoscrizione e legalizzazione della sottoscrizione della dichiarazione di autenticità (con unita traduzione in lingua italiana).

Tale documentazione si sarebbe resa necessaria, ad avviso del ricorrente, per chiarire che effettivamente il N. - p.o. del reato sub C) - avrebbe effettuato con il coro diretto dall'imputato un solo viaggio negli (OMISSIS) (data del rientro in (OMISSIS)) e che non sarebbe mai stato nel settembre dell'anno (OMISSIS), nè tantomeno ospite del Sig. F.H..

Il che, oltre a fungere da riscontro alle dichiarazioni del Sig. P., favorevoli all'imputato, avrebbe dimostrato l'insussistenza del delitto contestato al capo C), o comunque che il fatto avrebbe dovuto essere collocato in epoca antecedente al (OMISSIS).

Ciò posto, si rileva anche che la corte di merito, pur riconoscendo la necessità di acquisire un elemento di prova mancante, rifiutava di acquisire il documento sull'erroneo presupposto che esso sarebbe stato inutilizzabile in quanto l'acquisizione di prova documentale proveniente da Autorità governativa straniera poteva avvenire solo mediante rogatoria internazionale. Da qui il denunciato contrasto con le disposizioni del codice di rito in tema di prova documentale e la dedotta illegittimità di una interpretazione estensiva della comminatoria della "inutilizzabilità", posto che l'acquisizione di documento consegnato da autorità amministrativa straniera inerisce alla problematica dell'acquisizione documentale e nulla ha a che vedere con l'istituto della rogatoria.

4) Mancanza, contraddittorietà e/o manifesta illogicità della motivazione, risultante sia del testo della sentenza impugnata, sia da altri atti del procedimento che in seguito vengono specificamente indicati (art. 606 c.p.p., comma 1, lett. e)), in relazione all'art. 441 c.p.p., comma 5, e art. 603 c.p.p., comma 3. In ogni caso, mancata assunzione di una prova decisiva (art. 606 c.p.p., comma 1, lett. d)), in relazione all'art. 603 c.p.p., comma 2, quale ulteriore conseguenza della mancata acquisizione della documentazione indicata nel precedente motivo.

Si censura in particolare l'erroneità del ragionamento della corte di appello secondo cui il testimone/parte civile N. avrebbe potuto confondere le date, scambiando la tournée in (OMISSIS) con un'analoga tournée, tenutasi sempre a (OMISSIS) e secondo cui, l'acquisizione della documentazione suddetta avrebbe richiesto la rogatoria internazionale, nella specie non sollecitata nella fase delle indagini, nè posta quale condizione del rito prescelto. Si rileva anche che la prova documentale sarebbe stata l'unica a consentire di acclarare il fatto in termini di certezza e che nessuna rilevanza poteva avere la circostanza che l'acquisizione di quella prova non era stata richiesta in sede di indagini o quale condizione alla celebrazione del processo con rito abbreviato in quanto la giurisprudenza di legittimità, ancora prima della riforma intervenuta nel (OMISSIS) in tema di giudizio abbreviato, ha affermato il principio per cui, pur avendo le parti rinunciato al diritto alla prova, il Giudice può sempre disporre d'ufficio i mezzi di prova ritenuti assolutamente necessari per l'accertamento dei fatti che formano oggetto della sua decisione.

5) mancanza e/o contraddittorietà e illogicità della motivazione (art. 606 c.p.p., comma 1, lett. e)), risultante dal testo della sentenza impugnata, nonchè da altri atti del processo, in relazione all'art. 192 c.p., con particolare riferimento all'attendibilità delle persone offese.

6) contraddittorietà e/o manifesta illogicità della motivazione risultante dal testo del provvedimento (art. 606 c.p.p., comma 1, lett. e)), in relazione agli artt. 62 bis e 133 cod. pen., con specifico riguardo alla negazione delle attenuanti generiche.

Alla odierna udienza il Procuratore Generale chiedeva l'accoglimento del ricorso ritenendo fondata la questione posta con il primo motivo di ricorso.

L'Avvocato Marco Scarpati, in qualità di difensore di fiducia e procuratore speciale delle parti civili, chiedeva dichiararsi l'inammissibilità del ricorso o comunque il rigetto di esso

siccome infondato.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1) Per quanto concerne il primo motivo di ricorso ritiene il Collegio di non poter accogliere le doglianze della difesa e di non poter condividere le ragioni indicate in udienza dal Procuratore Generale.

Nell'ordine logico si rende opportuno esaminare dapprima queste ultime in quanto l'eventuale recepimento di esse priverebbe a monte di rilievo la differenziazione tra memoria difensiva e consulenza di parte su cui ha insistito, anche nel corso della discussione in udienza, la difesa del ricorrente. Il PG sostiene che il GUP avrebbe dovuto comunque ammettere la produzione dell'atto indicato, anche se quest'ultimo si fosse sostanziato in una consulenza di parte, dovendosi ritenere ammessa la produzione di atti delle indagini difensive anche in occasione del giudizio abbreviato. Richiama in proposito la decisione resa da Sez. 6, n. 31683 del 31/03/2008 Rv.

240779 che ha ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 442 c.p.p., comma 1 - bis, per contrasto con l'art. 3 Cost. e art. 111 Cost., commi 2, 3 e 5, nella parte in cui consente, nel giudizio abbreviato, l'utilizzabilità delle indagini difensive anche in difetto del consenso del P.M.. E ciò sul rilievo che il diritto di quest'ultimo al contraddittorio può essere assicurato disponendo un congruo differimento dell'udienza, onde consentire lo svolgimento delle contro - investigazioni suppletive eventualmente necessarie, ovvero attivando - anche su sollecitazione dello stesso P.M. - i poteri officiosi di cui all'art. 441 c.p.p., comma 5, per le necessarie integrazioni probatorie. Ritiene il PG che le argomentazioni sviluppate nell'occasione, in linea peraltro con numerosi pronunciamenti della Corte Costituzionale puntualmente richiamati nella motivazione, consentano di ritenere oramai acquisita la compatibilità delle indagini difensive con il rito abbreviato alla sola condizione che sia tutelato anche il diritto del pubblico ministero a richiedere l'ammissione di prova contraria.

Rispetto a questa prospettazione reputa necessarie il Collegio alcune puntualizzazioni.

Il diritto di difendersi provando nel giudizio abbreviato trova attualmente autonoma espressione nella possibilità per l'imputato di condizionare la scelta del rito alla assunzione dei mezzi probatori indicati.

La necessità di dovere contemperare le esigenze della difesa con quelle di celerità sottostanti alla scelta del rito medesimo, ha indotto il legislatore a demandare al giudice una duplice forma di controllo: la prima sulla pertinenza e rilevanza della prova richiesta; la seconda la compatibilità dell'attività istruttoria richiesta con il principio di speditezza processuale (Sez. 4, n. 20179 del 08/03/2007 Rv. 236612).

Appare logico concludere, dunque, che accedendo alla forma condizionata del rito abbreviato, i diritti della difesa siano direttamente tutelati dalla possibilità di subordinare l'accesso al rito all'acquisizione di mezzi istruttori o all'utilizzazione di materiale acquisito, anche nel corso delle indagini difensive, purchè il deposito sia stato effettuato nell'udienza preliminare prima o contestualmente alla richiesta di rito abbreviato.

Consentire alla parte di produrre dinanzi al GUP successivamente alla ammissione al rito condizionato elementi di prova non indicati in precedenza significa vanificare la ragione stessa del giudizio abbreviato condizionato.

Nè vale in proposito richiamare la precedente decisione di questa Corte.

La questione in precedenza esaminata, infatti, era circoscritta alla utilizzabilità per la decisione di alcuni verbali di dichiarazioni rese ai sensi dell'art. 391 bis c.p.p., depositati dalla difesa durante l'udienza preliminare, prima di richiedere il giudizio speciale.

Si tratta, come evidente, di una situazione sostanzialmente differente da quella in esame in

cui invece era stato richiesto dalla difesa dell'imputato di produrre la documentazione pertinente alla indagine difensiva (consulenza di parte) dopo che il giudice aveva già ammesso l'imputato al rito abbreviato condizionato alla sola escussione di un testimone.

Nel primo caso, infatti, la richiesta del difensore può essere intesa essa stessa come condizione per l'accesso al rito, ed, una volta ammessa la procedura del rito abbreviato, rimane effettivamente da tutelare solo la parità delle parti nel giudizio.

Nel secondo, invece, la decisione sull'ammissione al rito sommario risulta in realtà già essere stata assunta dal giudice proprio in considerazione delle dedotte esigenze difensive.

Si rende pertanto necessario procedere oltre nell'esame del motivo di ricorso affrontando anche la diversa questione posta dalla difesa dell'imputato che ha definito, in ragione del contenuto, l'atto che intendeva produrre come memoria difensiva e non già una consulenza di parte.

Si sostiene, infatti, che per la memoria non potevano esservi limitazioni alla produzione ed all'esame del contenuto.

Ciò posto si rileva che il motivo in questione si appalesa in realtà del tutto generico.

In questa sede viene infatti sostanzialmente reiterata nei medesimi termini la doglianza già dedotta dinanzi ai giudici di appello senza indicare, tuttavia, le ragioni del dissenso rispetto all'iter motivazionale seguito dalla decisione impugnata.

Avendo la corte di merito rigettato la richiesta del ricorrente unicamente sul rilievo che l'atto prodotto non era una memoria, bensì una vera e propria consulenza di parte, la parte ricorrente aveva l'onere di indicare gli elementi erroneamente valutati dal giudice di merito per giungere alla sua conclusione e non poteva limitarsi, pertanto, ad insistere in questa sede unicamente sulla possibilità della parte di produrre in qualsiasi momento del processo memorie difensive.

2) Appare fondato, invece, il secondo motivo.

Con la L. 15 febbraio 1996, n. 66 sono stati introdotti nel codice penale i reati di cui agli artt. 609 bis e ss. cod. pen..

Per quanto concerne i reati commessi all'estero dal cittadino italiano in danno di uno straniero, in mancanza di specifiche disposizioni contrarie, continuava a trovare applicazione all'epoca l'art. 9 c.p. che, tra l'altro richiedeva espressamente la richiesta del Ministro della Giustizia quale condizione di procedibilità.

Alla disciplina in questione sono state successivamente apportate modifiche dalla L. 3 agosto 1998, n. 269, entrata in vigore il successivo 11 agosto.

L'art. 10 di essa, ha sostituito in particolare l'art. 604 cod. pen..

Con tale disposizione si è introdotta nel codice la incondizionata estensione della giurisdizione italiana per i reati indicati dagli artt. 609 bis e ss. cod. pen. commessi all'estero da cittadino italiano in danno di uno straniero o di uno Stato estero, in quanto non viene più prevista la necessità della richiesta del Ministro della Giustizia.

Poichè i fatti di violenza sessuale contestati nel procedimento in esame riguardano gli anni (OMISSIS), e poichè manca per i fatti antecedenti all'(OMISSIS) la richiesta del Ministro della Giustizia, si pone in effetti il problema di verificare la procedibilità per questi ultimi.

Il GUP ha in primo grado risolto la questione richiamando il principio del tempus regit actum e ritenendo, quindi, che essendosi le indagini avviate solo nel 2006, dovesse trovare applicazione nella specie anche per i fatti pregressi all'(OMISSIS) la nuova disposizione

dell'art. 604 cod. pen. e che, quindi non occorre la richiesta di procedimento.

La Corte di appello, a differenza del primo giudice, pur ritenendo pacifico che alla normativa inerente la procedibilità e la punibilità devono essere applicati i criteri di efficacia temporale dettati dall'art. 2 cod. pen., ha ritenuto tuttavia punibili anche le condotte antecedenti all'(OMISSIS) in base alle considerazioni che seguono.

Si sostiene in proposito che la previsione dell'art. 9 cod. pen., comma 3 preveda una sottopotesi rispetto a quella del comma 1 che si limita a condizionare la procedibilità alla sola presenza dell'autore del reato sul territorio dello Stato e che la richiesta del Ministro, prevista dall'art. 9 citato, comma 3, abbia ragione di essere solo in caso di mancata estradizione in quanto lo scopo della richiesta del ministro risiederebbe unicamente nell'esigenza di scongiurare il deterioramento dei rapporti internazionali, pericolo questo di fatto già escluso nel caso in cui - come nella specie - lo stato estero abbia manifestato il proprio disinteresse a punire il reato commesso nel suo territorio.

Entrambe le prospettazioni dei giudici di merito testè illustrate non sembrano condivisibili.

Per quanto concerne la procedibilità dell'azione penale ai sensi dell'art. 9 cod. pen. la Corte ha, con orientamento assolutamente consolidato, chiarito che la norma richiamata (art. 9 cod. pen.) ha con il terzo comma in realtà previsto un regime giuridico particolare per i delitti che abbiano come soggetto passivo specifico un cittadino straniero od uno stato estero (Sez. 1, n. 8435 del 19/02/1979 Rv. 143094) e che per questi ultimi reati si richiede la sussistenza di due condizioni positive: la presenza degli autori del delitto nel territorio dello Stato e la richiesta del Ministro della Giustizia. Si è aggiunto anche che non ha alcuna rilevanza, invece, il fatto che non sia stata previamente esperita la procedura di estradizione nei confronti dell'imputato.

Si richiama in proposito, tra le altre, Sez. 2 n. 2755 del 28.10.1986, Morini ed altri, Rv. 175148 e si rileva che nell'occasione la Corte ha anche chiarito che "l'inciso contenuto nell'art. 9 cod. pen., ult. cpv. "sempre che la estradizione...non sia stata concordata, ovvero non sia stata accettata " non va inteso nel senso che, per potersi procedere in Italia, sia necessario eseguire la procedura di estradizione senza esito, bensì come condizione negativa, nel senso cioè che ad essa non si è fatto luogo. E ciò per la ragione che i due istituti della procedibilità nello Stato e dell'extradizione non possono coesistere, ditalchè solo se è avvenuta l'extradizione lo Stato si priva del diritto di punire".

Ed ancora più incisivamente rileva Sez. 2 del 9.4.1976 n. 798, Boschini, che "la condizione dell'esito negativo della procedura di estradizione che, nei casi in cui la stessa sia possibile per una convenzione internazionale che deroghi alla regola generale stabilita dall'art. 26 Cost. e art. 13 c.p., comma 4 deve concorrere con la richiesta del Ministero della Giustizia per la procedibilità nello Stato di un delitto comune commesso all'estero da cittadino italiano in danno di uno straniero, non è necessaria nei casi in cui lo Stato, nel cui territorio fu commesso il reato non solo non si avvalga della facoltà di chiedere l'extradizione dell'autore del reato quando questi si sia allontanato dal territorio, ma porti a conoscenza dello stato di origine dell'imputato la esistenza del delitto".

E, dunque, in base all'art. 9 cod. pen., comma 3, si è sempre ritenuto, con orientamento da cui non vi sono ragioni per discostarsi nella specie, che non fosse mai possibile prescindere per la procedibilità di reati commessi dal cittadino italiano all'estero in danno di straniero dalla richiesta di procedimento.

E ciò, si ribadisce, anche nel caso in cui lo stato in cui fu commesso il reato abbia dimostrato di voler rinunciare alla potestà di punire l'autore del delitto. Nè si rende possibile in alcun modo prescindere dalla formalizzazione della richiesta in considerazione del fatto che non avendo lo Stato estero inteso procedere non vi sarebbero ostacoli all'instaurazione del processo sul territorio nazionale.

La Corte Costituzionale, infatti, proprio con riferimento all'art. 9 cod. pen. pur chiarendo che il potere di richiesta deve essere esercitato con il vincolo del perseguimento di fini

legislativamente determinati, ha tuttavia puntualizzato che razionalmente essa è affidata al ministro della giustizia - considerate le sue competenze istituzionali - in quanto l'atto di cui trattasi consegue ad una scelta vincolata al perseguimento di fini, legislativamente determinati, di politica criminale. (Corte Costituzionale, sent.

289/89). Non vi è dubbio, pertanto, che per effetto dell'art. 9 cod. pen., prima dell'entrata in vigore dell'art. 604 cod. pen. nella più recente formulazione, occorreva comunque la richiesta del Ministro della Giustizia per i reati di cui agli artt. 609 bis e ss. cod. pen. se commessi all'estero in danno di uno straniero da parte del cittadino italiano.

Ciò posto rimane dunque da affrontare il rapporto tra le disposizioni di legge succedutesi nel tempo.

Appare del tutto condivisibile l'opinione espressa dai giudici di appello secondo cui dovendosi in concreto operare la valutazione relativa alla legge più favorevole per il reo, occorre necessariamente tenere conto di tutte le conseguenze che potrebbero derivare al reo dall'applicazione di una norma e, quindi, far rientrare nella valutazione anche la verifica delle condizioni di procedibilità, tra le quali pacificamente si annovera anche la richiesta del Ministro.

Come rilevato in diverse decisioni di questa Corte e dalla prevalente dottrina, infatti, se è vero che le condizioni di procedibilità hanno natura processuale in quanto la loro mancanza si risolve nell'invalidità del processo, è altrettanto vero che gli effetti della presenza o meno di una condizione di procedibilità si riverberano sulla punibilità del fatto, tanto da comportare una duplice disciplina sia sul piano sostanziale che processuale (sulla natura mista - sostanziale e processuale - ad esempio della querela, da ultimo, Sez. 2, n. 40399 del 24/09/2008 Rv. 241862).

E vale la pena ricordare in questa sede che per i reati di violenza sessuale si è già affermato che il regime di procedibilità d'ufficio previsto dall'art. 609 septies cod. pen., introdotto dalla L. 15 febbraio 1996, n. 66, non può produrre effetti sui fatti commessi prima della sua entrata in vigore proprio sul rilievo che il problema dell'applicabilità dell'art. 2 cod. pen., in caso di mutamento nel tempo del regime della procedibilità a querela, va positivamente risolto alla luce della natura mista, sostanziale e processuale, di tale istituto, che costituisce nel contempo condizione di procedibilità e di punibilità. (Sez. 3, n. 2733 del 08/07/1997 Rv. 209188).

Esclusa qualsiasi influenza dell'istituto della continuazione sulla questione, per tutti i reati sessuali commessi all'estero prima della entrata in vigore della L. n. 269 del 1998, e cioè l'11 agosto 1998, giorno successivo a quello della pubblicazione della legge stessa nella Gazzetta Ufficiale, devono, quindi, necessariamente trovare applicazione ex art. 2 c.p., comma 3, le disposizioni di cui all'art. 9 cod. pen. e non il nuovo art. 604 cod. pen. in quanto quest'ultimo, in concreto, per quanto attiene alle conseguenze giuridiche per il soggetto agente, è certamente norma più sfavorevole. Non resta, dunque, a questo punto che rilevare l'improcedibilità per i reati di cui agli artt. 609 bis e quater cod. pen. limitatamente ai fatti commessi prima dell'11 agosto 1998 e, di conseguenza, per essi la sentenza impugnata deve essere annullata senza rinvio.

3 - 4) Il terzo ed il quarto motivo ruotano sostanzialmente intorno alla medesima questione e possono, quindi, essere congiuntamente affrontati. Il problema di fondo deriva dalla asserita inutilizzabilità della "certificazione 30 maggio 2008 dei movimenti migratori dall'anno 1996 all'anno 2007 del Sig. M.R.A. N. rilasciata dalla Direzione Generale Migrazione ed esteri dello stato del (OMISSIS)".

Tenuto conto che solo in via interpretativa i giudici di merito sono pervenuti alla individuazione di una data più specifica per il capo C) - contestata con la documentazione in esame dalla difesa - ed originariamente indicata, come detto in precedenza, con il solo riferimento all'anno, e tenuto anche conto dei rilievi fatti in precedenza sulle conseguenze della collocazione temporale degli episodi contestati in tema di procedibilità, appare certamente rilevante la questione della sua produzione e della sua utilizzabilità.

Ciò posto si rileva in questa sede che la possibilità di acquisire il documento in appello impone di affrontare in via preliminare alcune problematiche. Essa deve essere, infatti, vagliata anzitutto in relazione alla scelta del rito. La questione è stata ampiamente discussa in considerazione della necessità di coniugare la necessità di disporre l'acquisizione di mezzi di prova con la scelta del rito che in particolare comporta per il rito abbreviato condizionato la rinuncia al diritto alla prova oltre i limiti ai quali il consenso è stato subordinato.

La giurisprudenza della Corte, sulla scia di quanto affermato da Sez. U, n. 930 del 13/12/1995 Rv. 203427, ritiene che anche dopo la riforma contenuta nella L. 16 dicembre 1999, n. 479, nel giudizio abbreviato al giudice di appello è consentito, a differenza che al giudice di primo grado, disporre d'ufficio i mezzi di prova ritenuti assolutamente necessari per l'accertamento dei fatti che formano oggetto della decisione, secondo il disposto dell'art. 603 c.p.p., comma 3, potendo le parti sollecitare i poteri suppletivi di iniziativa probatoria che spettano al giudice di appello (Sez. 1, n. 13756 del 24/01/2008 Rv. 239767). Naturalmente si deve escludere che possa farsi ricorso all'integrazione per far fronte a ordinarie lacune probatorie nel merito (Sez. 6, n. 45240 del 10/11/2005 Rv. 233506). Nel caso in cui la prova sia sopravvenuta o scoperta dopo il giudizio di primo grado e la stessa rivesta carattere di decisi vita, si appalesa senz'altro possibile, quindi, l'acquisizione di documentazione nel giudizio di appello, anche su sollecitazione delle parti.

La valutazione discrezionale del giudice di appello non è ovviamente censurabile in sede di legittimità (Sez. 5, n. 19388 del 09/05/2006 Rv. 234157), ma nella specie si pone tuttavia un problema diverso in quanto la prova non risulta acquisita dalla corte di appello unicamente in quanto non ottenuta nell'ambito di rogatoria internazionale.

Si rende necessario, allora, affrontare direttamente la questione connessa all'ambito di operatività dell'art. 729 c.p.p..

Al riguardo si ritiene non condivisibile la tesi sostenuta dai giudici di appello.

Va chiarito in premessa che, come già affermato da questa Corte, l'applicabilità della sanzione prevista dall'art. 729 c.p.p., comma 1, come modificato dalla L. 5 ottobre 2001, n. 367, art. 13, concerne esclusivamente l'acquisizione o la trasmissione di documenti o di altri mezzi di prova provenienti dall'autorità giudiziaria estera tramite rogatoria internazionale.

Si è già precisato, infatti, che la sanzione dell'inutilizzabilità sancita dall'art. 729 c.p.p., comma 1, come modificato dalla L. 5 ottobre 2001, n. 367, art. 13, è speciale e come tale non è applicabile in via estensiva o analogica al di fuori dello specifico ambito nel quale essa è prevista, cioè quello delle rogatorie "all'estero".

E di conseguenza si è giunti ad escludere la suddetta previsione sanzionatoria anche nel caso di acquisizione di informazioni, emerse all'interno di un procedimento penale all'estero, che spontaneamente ed autonomamente l'Autorità giudiziaria di uno Stato ha offerto all'Autorità giudiziaria italiana (Sez. 2, n. 44673 del 12/11/2008 Rv. 242209).

A fortiori, dunque, tale sanzione non può trovare applicazione nel caso in cui la parte richieda di produrre documentazione autonomamente acquisita all'estero direttamente dalle amministrazioni competenti.

In questo caso appare in radice inconferente il richiamo alla disciplina della rogatoria trattandosi di atti autonomamente acquisiti dalla parte la cui disciplina processuale, per quanto concerne l'utilizzabilità nel processo, deve confrontarsi unicamente con le disposizioni degli artt. 234 e ss. c.p.p..

Concludendo, la decisione impugnata deve essere annullata anche in relazione a quest'ultimo profilo, ma in questo caso con rinvio, affinché i giudici di appello si adeguino ai principi affermati nella nuova valutazione che sono chiamati ad assumere.

Rimangono in questo modo assorbite le questioni dedotte con i restanti motivi di ricorso.

P.Q.M.

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE Annulla senza rinvio la sentenza impugnata limitatamente ai reati commessi in data antecedente all'(OMISSIS) per mancanza della richiesta del Ministro della Giustizia.

Annulla la stessa sentenza nella restante parte con rinvio ad altra sezione della corte di appello di Bologna.

Così deciso in Roma, il 27 maggio 2009.

Depositato in Cancelleria il 15 giugno 2009