

Dall'imputato al testimone: le variegate figure di dichiaranti e i rispettivi statuti (evoluzione normativa e diritto vivente)*

ABSTRACT

*The Court of Cassation's ruling, issued over a year ago (Cass. SSUU 26/03/2015, n. 33853) resolved prior and relevant contrasts in the ambits of Supreme Court case law, attested, by a strict interpretation, the legislation applicable to the *jus tacendi* of accused or investigated person for offenses linked "weakly" to the one actually tried (article 12 letter c 371 co. 2 lett.b) and suggests now a summary of the current guidelines, a prerequisite for understanding the consequences, in unambiguous terms, of said ruling.*

La sentenza della Corte di Cassazione, intercorsa poco più di un anno or sono (Cass. SSUU 26.3.2015, n. 33853) con la quale vengono risolti pregressi contrasti di giurisprudenza di legittimità, di notevole rilevanza, e sancita da un'interpretazione rigorosa della normativa applicabile con riferimento allo *jus tacendi* dell'imputato o indagato di reato connesso "debolmente" (art.12 lett c e 371 co. 2 lett. b), suggerisce un riepilogo della disciplina vigente, presupposto per comprendere a pieno le conseguenze dell'indirizzo ora sancito, in termini univoci, dalla Suprema Corte.

La complessità del sistema normativo vigente, con riferimento all'ampia cornice processuale della tematica qui proposta, introdotta con la legge n. 63/ 2001, in attuazione delle previsioni dell'art. 111 Cost., si declina infatti lungo plurimi e delicati versanti.

Il primo concerne la qualificazione della natura giuridica del soggetto dichiarante – nel discrimine cioè fra le figure dell'imputato in procedimento separato ma connesso e quella del testimone assistito –; il secondo versante concerne la valenza probatoria delle dichiarazioni di tali soggetti in fase d'indagine o dibattimento (in funzione dell'esigenza di riscontri esterni a conferma dell'attendibilità); il terzo versante, la valenza probatoria delle dichiarazioni precedentemente rese da detti soggetti, in caso di difformità rispetto a quelle rese in sede dibattimentale (contestazione per la credibilità ai sensi dell'art. 500 co 2 e a fini probatori nel caso previsto dall'art. 500 co 4 cpp).

Oggetto della presente relazione è il primo versante, quello in cui il discrimine assume assoluta rilevanza, in quanto la disciplina applicabile con riferimento al secondo ed al terzo è unitaria.

Dalla qualificazione giuridica del soggetto dichiarante dipende invece la sussistenza o meno di incompatibilità a testimoniare; va inoltre considerato che solo in tre delle ipotesi che

* Relazione resa al Convegno organizzato dall'Istituto Superiore di Scienze criminali e dalla Scuola Superiore della Magistratura, in Siracusa, 22.06.2016

esamineremo, il soggetto assume la qualità di teste (puro e semplice con riferimento ad una di esse, "assistito" con riferimento alle altre due) con conseguente obbligo di ammonizione e di rendere la dichiarazione di impegno ex art. 497 cpp e conseguente sanzione di nullità – sancita da detta norma – peraltro sanabile (cfr. infra) ove la dichiarazione d'impegno sia stata omessa.

In sostanza, una volta che sia stata correttamente determinata la natura giuridica dell'istituto rilevante, applicando le connesse garanzie e formalità procedurali (che attengono anche a quelle di assunzione della prova testimoniale) la prova è validamente assunta; il connesso valore probatorio (quale elemento di prova necessitante di interazione sinergica a fini dimostrativi, quantomeno con un elemento di analoga natura, purché di capacità dimostrativa individualizzante) così come il regime e gli effetti del subprocedimento binario funzionale alla contestazione delle eventuali divergenze rispetto alle dichiarazioni rese dal soggetto nella fase dell'indagine, è lo stesso in tutti i casi.

Nel trattare esclusivamente il primo versante è necessario distinguere, ai fini della disciplina delle incompatibilità e delle garanzie, le varie situazioni configurabili, alla luce della disciplina di cui agli artt. 197, 197 bis, 210 cpp.

Nell'assetto scaturito dalla L. 1 marzo 2001, n. 63 (che ha ridefinito i casi di connessione tra procedimenti e di collegamento tra reati, modificato l'art. 197 c.p.p. con ampliamento del novero dei provvedimenti idonei a far cessare la incompatibilità a testimoniare, in precedenza individuati nella sola sentenza irrevocabile di proscioglimento, e previsto nell'art. 197 bis c.p.p. una particolare disciplina e specifiche garanzie per l'esame testimoniale dell'imputato sul fatto altrui) l'incompatibilità con l'ufficio di testimone per gli imputati in procedimento connesso (tutte le ipotesi di cui all'art. 12 co. 1 lett. a) – c.d. connessione forte- nonché quelle di cui all'art. 12 co.1 lett. C (connessione debole) e di cui all'art. 371 co. 2 lett. b – reato collegato – è stata esclusa (ammessa quindi la testimonianza, ancorché assistita – cfr. infra) allorché il soggetto chiamato a rendere dichiarazioni sia stato definitivamente giudicato (anche con sentenza di condanna o ex art. 444 cpp, oltre che di proscioglimento; la ratio è data dalla comune operatività del divieto di bis in idem).

Mancando tale ricorrenza, residua ulteriore caso di compatibilità *condizionata*, limitatamente ai casi di connessione debole ex art. 12 lett. c) e di reato collegato ex art. 371 co. 2 lett. b) – laddove il soggetto abbia volontariamente assunto la veste di testimone (a seguito dell'avviso a norma dell'art. 64 c.p.p., comma 3, lett. c).

Resta dunque escluso da tale eccezione il caso di connessione forte ex art. art. 12 c.p.p., comma 1, lett. a, per il quale l'incompatibilità a testimoniare resta ferma prima della sentenza irrevocabile a carico del dichiarante.

Illuminanti circa la ratio della riforma sono le motivazioni della sentenza della Corte costituzionale n. 265 del 22.7.2004, che ha dichiarato infondata la questione relativa all'art. 197 bis cpp nella parte in cui rende applicabile ai testimoni assistiti di cui al co. 1 dello stesso articolo la regola di valutazione probatoria sancita dall'art. 192 co 3 cpp, per effetto della quale le dichiarazioni rese da detti soggetti sono valutate "unitamente agli altri elementi di prova che ne confermano l'attendibilità". La motivazione della sentenza merita compiuto riferimento: "Premesso che il dubbio di costituzionalità poggia sull'assunto che la norma impugnata avrebbe, per un verso, ingiustificatamente equiparato i soggetti in parola agli imputati in un procedimento connesso o di reato collegato, sentiti ai sensi dell'art. 210 cod. proc. pen.; e, per un altro verso, ingiustificatamente differenziato i soggetti medesimi rispetto ai testimoni ordinari" osserva la Corte come «l'assetto normativo censurato rappresenti espressione della strategia di fondo che ha ispirato il legislatore della legge 1° marzo 2001, n. 63: strategia consistente nell'enucleare una serie di figure di «dichiaranti» nel processo penale in base ai diversi «stati di relazione» rispetto ai fatti oggetto del procedimento, secondo una graduazione che,

partendo dalla situazione di assoluta indifferenza propria del teste ordinario, giunge fino alla forma «estrema» di coinvolgimento, rappresentata dal concorso del dichiarante nel medesimo reato; che ai vari «stati di relazione» corrisponde quindi una articolata scansione normativa di figure soggettive, di modalità di dichiarazione e di effetti del dichiarato; che, in tale ottica, e per quanto attiene specificamente all'odierna questione (concernente le dichiarazioni rese da persona già imputata del medesimo reato per il quale si procede, nei cui confronti è stata pronunciata sentenza irrevocabile di applicazione della pena ai sensi dell'art. 444 cod. proc. pen.) è sufficiente osservare che la totale equivalenza delle figure del teste ordinario e del teste «assistito», postulata dal giudice a quo, non è, in realtà, affatto ravvisabile; che la circostanza, infatti, che nei confronti dell'imputato in un procedimento connesso o di reato collegato ex art. 371, comma 1, lettera b), cod. proc. pen. sia stata pronunciata sentenza irrevocabile di «patteggiamento», vale a differenziare la posizione del soggetto considerato rispetto a quella degli imputati in un procedimento connesso o di reato collegato ancora in attesa di giudizio definitivo;... ma tale circostanza non basta ancora a «ripristinare», alla stregua di una ragionevole valutazione del legislatore, la condizione di assoluta indifferenza rispetto alla vicenda oggetto di giudizio che è propria del teste ordinario; che la norma censurata trova, in altre parole, la sua ratio fondante nella considerazione che chi è stato imputato in un procedimento connesso o di reato collegato ex art. 371, comma 2, lettera b), cod. proc. pen., anche dopo che è divenuta definitiva la sentenza di cui all'art. 444 cod. proc. pen., non è mai completamente «terzo» rispetto alla imputazione cui la pena applicata si riferisce; l'originario coinvolgimento nel fatto lascia infatti residuare un margine di «contiguità» rispetto al procedimento, che si riflette sulla valenza probatoria della dichiarazione; che, in questa prospettiva, l'assoggettamento delle dichiarazioni del «teste assistito» alla regola della necessaria «corroborazione» con riscontri esterni, di cui all'art. 192, comma 3, cod. proc. pen., lungi dal determinare un vulnus del principio di uguaglianza, si risolve in un esercizio (non irragionevole) della discrezionalità che al legislatore compete nella conformazione degli istituti processuali: e ciò tanto più a fronte del fatto che la regola censurata si inserisce in un più ampio «corpo» di garanzie (quali quelle delineate dallo stesso art. 197-bis cod. proc. pen.) che, ad onta del contrario avviso del giudice a quo, riflettendo anch'esse la particolare relazione che lega il dichiarante alla regiudicanda, fanno in via generale del «testimone assistito» una figura significativamente differenziata, sul piano del trattamento normativo, rispetto al teste ordinario.»

L'esigenza della cui attuazione normativa la Corte ritiene la costituzionalità, ed indubbiamente espressa dalla riforma, è quindi, oltre a quella di garantire la posizione del soggetto dichiarante, conferendogli sempre l'assistenza necessaria del difensore, e distinguendo i casi in cui assuma la veste di testimone, con conseguente sanzione penale ex art. 372 cp., da quelli in cui ciò non accade, è anche quella di irrigidire la valutazione della prova nei canoni di cui all'art. 192 co. 3 cpp; di più, la verifica delle disposizioni processuali concernenti l'acquisizione della prova, evidenzia l'ulteriore esigenza- avvertita dal legislatore- di contrastare definitivamente, grazie all'usbergo del nuovo art. 111 Cost, approvato due anni prima, l'orientamento della Corte tendente al recupero, tramite il principio di conservazione della prova (desunto dagli artt. 112 e 24 Cost.) e del principio di uguaglianza (art. 3 Cost.) delle dichiarazioni extradibattimentali del soggetto, in caso di ritrattazione o rifiuto di rispondere, riportando la disciplina processuale dell'acquisizione della prova sostanzialmente a quella, impeditiva della possibilità di acquisire a fini probatori le dichiarazioni di tali soggetti, prevista dal vigente codice prima delle sentenze della Corte Costituzionale n. 254/92

e 361/98¹; sentenze con le quali (la prima agendo sull'impianto originario del codice, la seconda sull'intervento della novella del 1997-che a fronte della sentenza della Corte del '92, aveva ripristinato la disciplina previgente) era stata reintrodotta, con modalità diverse, ma analoghi effetti sostanziali, la possibilità di acquisire le dichiarazioni rese nella fase dell'indagine, con le garanzie della difesa, in caso di rifiuto del soggetto di rispondere ovvero di divergenti dichiarazioni dibattimentali (possibilità che è ora ammessa, ma senza valore per la parte eteroaccusatoria, salvo il caso di applicazione delle previsioni di cui all'art. 500 co. 4, come richiamate, per l'imputato, dall'art. 513 cpp e per i coimputati nei confronti dei quali si procede separatamente e gli imputati di reato connesso o collegato, che non si siano avvalsi della facoltà di non rispondere, dall'art. 210 cpp).

La ratio del nuovo sistema è ancora più icasticamente descritta, da Cass. SEZIONI UNITE 29 MARZO 2010, N. 12067):

“il diritto al silenzio, espressione del principio *nemo tenetur se detegere* e corollario essenziale dell'inviolabile diritto di difesa, rimane cardine del sistema;

- da esso si può prescindere – ferme restando le garanzie atte comunque a prevenire (art. 197 bis c.p.p., comma 4) o a inibire (art. 197 bis c.p.p., comma 5) conseguenze pregiudizievoli – solo se, per effetto del giudicato e del conseguente divieto del bis in idem, venga meno il presupposto del suo riconoscimento;
- al di fuori di tale ipotesi, ed esclusa comunque la situazione del concorrente nel medesimo reato in ragione della peculiarità derivante dall'unicità del fatto-reato, il diritto de quo comporta che l'accesso alla testimonianza, da rendere sempre con le garanzie anzidette, è subordinato alla libera autodeterminazione del dichiarante”. (con la sola esclusione del caso di cui infra, considerato da Corte Cost. n. 381/2006).

Ciò premesso, per quanto di rilievo nella presente relazione, appare opportuno verificare quali casi possano porsi nella comune esperienza e quali siano le corrette modalità di applicazione delle previsioni normative vigenti:

- a) Imputato di reato connesso ex art. 12 cpp o di reato collegato ex art. 371 co. 2 lett. b in entrambi i casi già giudicato con sentenza irrevocabile: il combinato disposto degli artt. 197 e 197 bis cpp lo rende teste necessario e altrettanto necessariamente assistito dal difensore nel senso che è sentito obbligatoriamente come testimone, con tutte le formalità e gli effetti previsti in tema di assunzione della prova testimoniale, incluse le ammonizioni preventive, la dichiarazione d'impegno (a pena di nullità ex artt. 497 co. 3 e 181 co. 4 cpp, sanabile ex art. 182 cpp), la possibilità di accompagnamento coattivo ex art. 133 cpp e la sanzione penale ex art. 372 c.p.

Le dichiarazioni rese sono però valutate ai sensi dell'art. 192 co. 3 cpp.

Eccezione è stata introdotta dalla Corte Costituzionale (8 novembre 2006, n. 381) che ha ritenuto costituzionalmente illegittimi, per contrasto con l'art. 3, l'art. 197 bis, commi 3 e 6 cpp nella parte in cui prevedono rispettivamente e l'assistenza del difensore e l'applicazione delle

¹ Ma in realtà l'obbiettivo dichiarato è stato persino superato, dal momento che nell' impianto originario del codice, come in vigore nel 1989, in caso di rifiuto di rispondere del coimputato nello stesso procedimento le dichiarazioni dallo stesso rese in sede predibattimentale con la partecipazione del proprio difensore, sia in caso di contestazione sia in caso di rifiuto di rispondere, venivano acquisite con valenza non solo confessoria (previsione mai toccata dalle successive riforme) ma anche eteroaccusatoria. La disciplina attuale si rispecchia invece, rispetto a quella previgente, nella disciplina delle dichiarazioni rese dal coimputato già separatamente processato.

disposizioni di cui all'art. 192 comma 3 cpp del medesimo codice anche per le dichiarazioni rese dalle persone indicate dal comma 1 dell'art. 197 bis c.p.p. (e cioè soggetti di cui al 12 e 371 co. 2 lett b) nei confronti dei quali sia stata pronunciata sentenza di assoluzione per non aver commesso il fatto irrevocabile.

Nei confronti di tali persone, quindi, non è prevista l'assistenza del difensore, né la necessità di riscontri alle dichiarazioni stesse; trattasi di testimoni puri e semplici.

Tutti i soggetti in argomento (dunque anche quelli non prosciolti per non aver commesso il fatto) conservano tuttavia il diritto di non rispondere su fatti concernenti le proprie responsabilità (diritto escluso, per i casi di connessione forte ex art. 12 lett. a) allorché il soggetto sia stato reo confesso; la previsione è contenuta nell'art. 197 bis cpp, peraltro già implicita nell'art. 198 co 2 cpp, per cui nessuno può essere obbligato a deporre su fatti dai quali potrebbe emergere una sua responsabilità penale).

b) Imputato dello stesso reato non ancora irrevocabilmente giudicato (art. 12 lett a) richiamato dall'art. 210 cpp)²: è dichiarante volontario e necessariamente assistito dal difensore, di fiducia o d'ufficio.

Trovano applicazione alcune norme relative alla testimonianza: la indicazione dello stesso come teste, in lista, con l'indicazione del capitolato su cui riferisce, ai sensi dell'art. 210 co. 2 cpp, che richiama l'applicazione dell'art. 468 cpp.; inoltre ha l'obbligo di presentarsi al giudice che, altrimenti, ne ordina l'accompagnamento coattivo (art. 210 co. 2 cpp).

Non è ovviamente prevista, l'ammonizione ex art. 64 cpp, dal momento che il suo status è assolutamente incompatibile con l'ufficio di testimone.

Se accetta di rispondere, ai sensi dell'art. 210 co. 2 e 5 cpp, trovano applicazione le sole seguenti previsioni in tema di prova testimoniale: artt. 194 cpp (oggetto e limiti della testimonianza) 195 (testimonianza indiretta) 498 (esame e controesame) 499 cpp (regole per l'esame) e 500 cpp (contestazioni).

Sono quindi (ovviamente) escluse le formalità di cui all'art. 497 cpp.

(ammonizione circa le resp.tà penali e dichiarazione di impegno) il che implica che non assume responsabilità penale ai sensi dell'art. 372 c.p.; pertanto la qualifica di testimone assistito, che talvolta gli viene attribuita nella prassi, è gravemente fuorviante e va sostituita con quella di dichiarante assistito.

c) Imputato di reato connesso ex artt. 12 lett. c) e 371 co. 2 lett. b, non ancora irrevocabilmente giudicato.

In relazione alla propria manifestazione di volontà (cfr. infra) può assumere la veste di testimone assistito.

È questo l'ulteriore (ulteriore rispetto alla categoria di cui al paragrafo sub a di cui sopra) soggetto cui possa attribuirsi la qualifica di teste assistito (alle condizioni di cui infra); è assistito necessariamente dal difensore; è teste necessario se ha già reso in precedenza dichiarazioni sui fatti (avendo ricevuto la previa ammonizione ex art. 64 cpp co. 3; in mancanza (e cioè sia se non ha reso in precedenza dichiarazioni, sia se le ha rese in mancanza dell'ammonizione ex

² Disciplina applicabile anche nel caso in cui nei confronti dello stesso si proceda nel medesimo procedimento su fatti concernenti la responsabilità di altri, già oggetto delle sue precedenti dichiarazioni rese all'autorità giudiziaria o alla polizia giudiziaria su delega del pubblico ministero (Corte Cost. n. 361 2.11.1998 ha infatti dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 210 laddove limitava la disciplina prevista al solo imputato connesso ex art. 12 lett a) nei confronti del quale si procede o si è proceduto separatamente.

art. 64 co. 3 cpp) ha facoltà di non rispondere ma, se dichiara di voler rispondere, diviene teste e la scelta non è revocabile in corso di prova, nel senso che assume tale qualità se, ammonito ai sensi dell'art. 64 cpp co. 3 (richiamato dall'art. 210 co. 6) accetta di rispondere, con conseguente obbligo penalmente sanzionato di rispondere compiutamente e dire la verità. Ai sensi dell'art. 210 co. 6 cpp, trovano applicazione infatti nei suoi confronti non solo le norme di cui agli artt. 468, 194, 195, 498, 499, 500, ma anche le formalità di cui all'art. 497 cpp.: ammonizione circa le responsabilità penali e dichiarazione d'impegno a pena di nullità: il che significa che, una volta che abbia accettato di deporre, v'è sanzione penale ex art. 372 c.p.; conserva però una limitata capacità di non rispondere, anche in corso di prova, relativamente ai fatti concernenti la propria responsabilità (infatti l'art. 210 co 6 cpp richiama anche le previsioni di cui all'art. 197 bis cpp).

In sintesi tutti i soggetti esaminati (tranne il testimone puro e semplice individuato dalla sentenza della Consulta in data 8 novembre 2006, n. 381) rientranti nella categoria del dichiarante assistito o del testimone assistito, godono di un livello comune di garanzie e formalità procedurali:

Tutti sono assistiti necessariamente dal difensore, di fiducia o d'ufficio in caso di mancata nomina o di assenza dello stesso.

Per tutti è sancito l'inserimento in lista testi, con capitolazione delle circostanze (art. 468 cpp, come richiamato dall'art. 210 cpp).

Per tutti è previsto l'obbligo di comparire, sanzionato dall'accompagnamento coattivo, nonché la facoltà di non rispondere in merito ai fatti concernenti le proprie responsabilità, ad esclusione di coloro che, condannati irrevocabilmente per lo stesso reato (ipotesi ex art. 12 lett. a) siano stati rei confessi.

Per alcuni, l'assunzione della qualità di teste assistito ricorre ipso iure, e con le conseguenze penali correlate (gli imputati in procedimento connesso ex art. 12 e 371 co. 2 lett. b cpp, che siano stati irrevocabilmente giudicati).

Per altri, la qualità di teste non ricorre, bensì quella di dichiarante

(gli imputati dello stesso reato ai sensi dell'art. 12 cpp non ancora irrevocabilmente giudicati).

Essi hanno facoltà di non rispondere, non sono oggetto di ammonizione preventiva, né sottoposti a dichiarazione d'impegno; se accettano di rispondere non incontrano le sanzioni stabilite per il reato di falsa testimonianza. Trovano applicazione tutte le altre norme per la testimonianza dibattimentale già sopra richiamate.

Per altri ancora (gli imputati di reato connesso ex artt. 12 lett. C e collegato ex art. 371 co. 2 lett. b) che non siano stati irrevocabilmente giudicati, l'assunzione della qualità di testimone è obbligatoria, se hanno già reso dichiarazioni sui fatti, avendo in quella precedente sede ricevuto l'ammonizione ex art. 64 co 3 cpp; in caso contrario (se non hanno reso dichiarazioni o le hanno rese in assenza dell'ammonizione di cui all'art. 64 cpp co. 3) è volontaria, conseguendo all'espletamento della previa ammonizione di cui all'art. 64 co. 3 cpp³ (a pena di inutilizzabi-

³ Circa l'applicabilità dell'art 64 co 3 lett. a, b, e c in sede dibattimentale, nei confronti dell'imputato o dell'imputato di reato connesso si evidenzia come la Corte Costituzionale e la Corte di Cassazione abbiano deciso in termini contrapposti due analoghe questioni:

In particolare C.Cost. 4-6-2003 n. 191 — Dichiara infondata la questione relativa all'art. 64 nella parte in cui non prevede che il giudice del dibattimento debba dare all'imputato in sede di esame gli avvisi di cui alla disposizione suddetta.

lità delle dichiarazioni rese: cfr. Cass. I, n. 26819 del 3.7.2008, e Cass. II, n. 34843 dell'8.9.2008 nonché Cass. SSUU 26 marzo 2015 di cui infra) cui sia conseguita la dichiarazione di voler rispondere; in tal caso alla testimonianza falsa o reticente si applica anche la sanzione penale ex art. 372 c.p.

Per tutti le regole di acquisizione e valutazione della prova sono quelle di cui agli artt. 192 co. 3 cpp, 513, 500, 512 cpp (tranne che per il caso di soggetto irrevocabilmente proscioltosi per non aver commesso il fatto, esaminato dalla Consulta nell'ambito della sentenza n. 381/2006).

Preso atto di quanto dedotto dal giudice rimettente, che cioè nel caso di esame dibattimentale di un imputato dichiarante anche sui fatti altrui non sarebbe applicabile l'art. 64 con gli avvisi in esso previsti, trattandosi di indagato e di interrogatorio, osserva la Corte che «il giudice a quo ha trascurato di considerare (nel quadro della prospettata ricostruzione interpretativa e degli effetti che da essa ha preteso di desumere) la consistente serie di dati sostanziali i quali, invece, depongono per l'appartenenza dei due atti processuali ad un medesimo genus...; da un lato, infatti, è ben vero che l'interrogatorio ha di regola sede all'interno della fase delle indagini preliminari, ma ciò non rappresenta certo una caratteristica ineluttabile di quell'atto, ben potendo l'imputato (e non più, dunque, la «persona sottoposta alle indagini») essere interrogato nel corso della udienza preliminare (artt. 420-quater, comma 3, e 422, comma 4, cod. proc. pen.) e financo nel corso del giudizio, ove sia stata disposta una misura cautelare (art. 294, commi 1 e 4-bis, cod. proc. pen.); mentre per contro (aspetto, questo, che sembra essere stato totalmente negletto dal giudice a quo) l'esame, proprio sul fatto altrui, può anche aver sede nella fase delle indagini preliminari, attraverso l'istituto dell'incidente probatorio (art. 392, comma 1, lett. c), a dimostrazione di come la qualità del dichiarante, in rapporto allo stadio raggiunto dal procedimento (imputato o persona sottoposta alle indagini), non possa assumersi a decisivo parametro di distinzione al punto da far ritenere la disciplina dell'interrogatorio concettualmente incompatibile con quella dell'esame; che, d'altro lato, tanto l'interrogatorio che l'esame si iscrivono agevolmente nella categoria degli atti processuali a contenuto dichiarativo; entrambi possono essere ugualmente inquadrati nel novero degli strumenti difensivi; comune è, inoltre, la presenza di connotazioni probatorie; tanto l'uno che l'altro, infine, risultano caratterizzati dalla identica garanzia del *nemo tenetur se detegere*: è lo stesso rimettente, infatti, a sottolineare, proprio a questo riguardo, come nessun problema si ponga, in realtà, «in relazione agli avvertimenti sub lettere a) e b), di cui all'art. 64 c.p.p., essendo questi ultimi sostanzialmente desumibili già in forza degli artt. 208 e 209, comma 2, c.p.p., che disciplinano l'esame dell'imputato»; che, pertanto, risultando possibili letture del sistema diverse da quella posta a base della questione, e tali da vanificare la premessa su cui essa si radica... i dubbi di legittimità costituzionale prospettati dal rimettente si rivelano manifestamente infondati.»

Di contro: In dibattimento, l'esame del coimputato non deve essere preceduto dall'avvertimento di cui all'art. 64, comma terzo, lett. c), cod. proc. pen., in ragione della differente natura dell'esame rispetto all'interrogatorio e della previsione di incompatibilità con l'ufficio di testimone per il coimputato del medesimo reato, sicché l'utilizzabilità delle dichiarazioni accusatorie nei confronti dei coimputati non è condizionata a tale adempimento. — Cass. II, sent. 3822 del 31-1-2006 (ud. 18-11-2005) rv. 233326. Conforme anche Cass. V 24.9.2008 n. 36685.

Analogamente: Sono utilizzabili le dichiarazioni accusatorie nei confronti del coimputato — fatte in sede di esame dibattimentale dall'imputato del medesimo reato nell'ambito dello stesso procedimento — in assenza degli avvertimenti prescritti dall'art. 64, comma terzo, cod. proc. pen., in quanto tali avvertimenti riguardano l'interrogatorio della persona sottoposta ad indagini, garantendone il diritto al silenzio, e non si applicano all'esame dell'imputato nel dibattimento, disciplinato dagli articoli 208, 401, comma quinto e 503 cod. proc. pen., il quale ha una funzione del tutto diversa, essendo previsto per la fase dibattimentale in cui il contraddittorio tra le parti è pieno e il diritto di difesa può esplicarsi nella massima ampiezza; inoltre, detti avvertimenti, nella specie, sono superflui in quanto l'imputato non può assumere la veste di testimone per l'incompatibilità sancita dall'art. 197, comma primo, lett. a) cod. proc. pen. in virtù della sussistenza della connessione di cui all'art. 12, comma primo, lett. a), cod. proc. pen., e non essendosi verificate le condizioni di cui all'art. 197 bis, comma primo, cod. proc. (vedi C.cost., ord. n. 191 del 2003). — Cass. V, sent. 46852 del 22-12-2005 (ud. 14-6-2005) rv. 233036.

d) Indagato di reato connesso per il quale sia stata disposta l'archiviazione della notizia di reato.

Trova applicazione il decisum di Cass SSUU 29 marzo 2010n. 12067, che ha rovesciato il precedente indirizzo della stessa Corte:

“La disciplina limitativa della capacità testimoniale di cui all'art. 197 c.p.p., comma 1, lett. a) e b), all'art. 191-bis c.p.p. e all'art. 210 c.p.p., non è applicabile alle persone sottoposte a indagini nei cui confronti sia stato emesso provvedimento di archiviazione”.

Sulla base di tale principio la Corte ha ritenuto che la deposizione resa come testimone ordinario dal soggetto sottoposto ad indagine per reato probatoriamente collegato, fosse pienamente utilizzabile⁴. Secondo la Corte “Esigenze di equità e razionalità del sistema inducono in effetti a escludere che possa bastare a giustificare una persistente esigenza difensiva, con le connesse permanenti limitazioni della capacità testimoniale, un semplice adempimento burocratico (iscrizione nel registro degli indagati), a seguito del quale le autorità preposte non siano riuscite ad addivenire alla formulazione di una specifica accusa meritevole di ulteriore sviluppo, e che magari è stato il frutto di una mera iniziativa pretestuosa o, peggio, fraudolenta, di un terzo interessato. Né può validamente invocarsi in contrario l'argomento della possibile riapertura delle indagini. Si tratta infatti di una eventualità (per “esigenza di nuove investigazioni”) sostanzialmente assimilabile, e anzi probabilisticamente inferiore, a quella della possibile “apertura” delle indagini nei confronti di qualsiasi soggetto (per notizia di reato individualmente attribuito). Anche i timori per i possibili pregiudizi del diritto di difesa del dichiarante sono sostanzialmente analoghi, e sufficientemente scongiurati dalle garanzie di cui all'art. 198 c.p.p., comma 2 e all'art. 63 c.p.p., comma 1”.

Con riferimento al diritto di non rispondere di cui all'art. 197 co. 4 cpp, va peraltro considerato che la previsione limitativa del *thema probandi* non rileva unicamente quale garanzia

⁴ Com'è noto, la Corte costituzionale, investita della questione di legittimità costituzionale dell'art. 197 bis c.p.p., comma 1, “nella parte in cui non prevede che anche le persone indagate in un procedimento connesso ai sensi dell'art. 12 c.p.p., o di un reato collegato a norma dell'art. 371 c.p.p., comma 2, lettera b), possano essere sempre sentite come testimoni - con le garanzie di cui ai commi 3, 4, 5 e 6 della citata norma (...) - quando nei loro confronti è stato pronunciato decreto di archiviazione ai sensi dell'art. 411 c.p.p.”, nonché del comma 5 del medesimo articolo, “nella parte in cui non prevede la inutilizzabilità delle dichiarazioni rese dalle dette persone contro di esse nel procedimento conseguente alla eventuale riapertura delle indagini”, la dichiarò manifestamente inammissibile con ordinanza n. 76 del 2003, rilevando che:

· nell'assetto scaturito dalla L. 1 marzo 2001, n. 63 (che ha ridefinito i casi di connessione tra procedimenti e di collegamento tra reati, modificato l'art. 197 c.p.p. con ampliamento del novero dei provvedimenti idonei a far cessare la incompatibilità a testimoniare, in precedenza individuati nella sola sentenza irrevocabile di proscioglimento, e previsto nell'art. 197 bis c.p.p. una particolare disciplina e specifiche garanzie per l'esame testimoniale dell'imputato sul fatto altrui) l'incompatibilità con l'ufficio di testimone per gli imputati in procedimento connesso o di reato collegato è stata esclusa a condizione che siano stati definitivamente giudicati (e sia perciò operante il divieto di bis in idem), ovvero a condizione che abbiano volontariamente assunto la veste di testimone (a seguito dell'avviso a norma dell'art. 64 c.p.p., comma 3, lett. c) e non siano imputati dello stesso fatto (art. 12 c.p.p., comma 1, lett. a);

· il provvedimento di archiviazione, suscettibile di potere in astratto essere sempre superato dalla riapertura delle indagini, si riferisce a situazioni tra loro non omogenee, che si atteggiavano in modo differente quanto alla loro normale forza di resistenza rispetto alla detta eventualità e potrebbero quindi suggerire una disciplina differenziata in tema di compatibilità con l'ufficio di testimone, la quale - attesa la struttura sostanzialmente unitaria dell'istituto dell'archiviazione previsto dagli artt. 408 e 411 c.p.p. - non può che rientrare nelle attribuzioni del legislatore.

per il soggetto; costituisce anche un "vulnus" all'attendibilità delle sue dichiarazioni poiché il soggetto potrà riferire una verità parziale, per coprire sue responsabilità; il che autorizzerà la difesa ad eccepire che accusa altri per lo stesso motivo; inoltre, non consentendo di verificare la ragione per cui è informato dei fatti-partecipazione agli stessi o a condotte connesse- priva di fondamento logico, se tale fondamento non è desumibile da circostanze diverse da quelle che lo coinvolgono nel fatto, la propria conoscenza degli stessi.

La sentenza della Corte di Cassazione SSU 26.3.2015, n. 33853.

Come anticipato, con la sentenza in argomento, cui si è fatto riferimento nella parte iniziale di questa relazione, la Corte di Cassazione ha risolto pregressi contrasti di giurisprudenza di legittimità, di notevole rilevanza, sancendo un'interpretazione rigorosa della normativa applicabile con riferimento allo *ius tacendi* dell'imputato o indagato di reato connesso "debolmente" (art. 12 lett c e 371 co. 2 lett. b).

Con riferimento all'individuazione delle situazioni garantite, ha sancito l'indirizzo che stabilisce la necessità di valutare in termini sostanzialistici la condizione del soggetto chiamato a deporre (prescindendo dunque dall'avvenuta sua iscrizione nel registro degli indagati); con riferimento inoltre alle conseguenze dell'inosservanza delle previsioni normative, ha stabilito che, in mancanza dell'avviso di cui all'art. 64 co, 3 cpp, le dichiarazioni rese dal soggetto sono irrimediabilmente inutilizzabili.

Pertanto, un imputato o indagato di reato connesso o collegato potrà essere chiamato a deporre come teste assistito, ai sensi dell'art. 197 *bis* cpp, solo se già in precedenza avvisato ai sensi del predetto comma 3 dell'art. 64 cpp: in caso contrario, egli dovrà essere esaminato ai sensi del comma 6 dell'art. 210, ed assumerà l'ufficio di testimone solo se, ricevuto in quella sede l'avviso, deciderà di non avvalersi dello *ius tacendi*. La sequenza deve trovare comunque applicazione, sia se il soggetto "*non ha in precedenza reso dichiarazioni*", come stabilisce il comma 6 dell'art. 210, sia se le ha rese in modo irrituale, essendo già stato escusso come teste o persona informata sui fatti.

La Corte ha inoltre riaffermato la necessità che il giudice sia messo in condizione di conoscere la situazione impeditiva di un esame testimoniale, e che pertanto, se non risultante dagli atti, essa sia rappresentata dallo stesso dichiarante o dalla parte che ne richiede l'esame.

Ha peraltro escluso dal novero dei soggetti incompatibili con l'ufficio di testimone coloro che, con le proprie precedenti dichiarazioni, abbiano commesso i reati di favoreggiamento, false dichiarazioni al p.m. o calunnia, quanto meno nelle ipotesi in cui essi vengano poi chiamati a deporre sui fatti rispetto ai quali abbiano realizzato detto reato.

Meritevoli di analisi (che verrà effettuata nella relazione orale) sono inoltre alcune decisioni della S.C. intercorse dopo l'intervento delle Sezioni unite, fra cui Sez. II, 14 ottobre 2015, n. 44495, Cagali, (circa l'inutilizzabilità delle dichiarazioni assunte senza garanzie da un imputato di reato connesso o collegato, e quindi in violazione di un espresso divieto *ex lege* di assumere la posizione e gli obblighi del testimone) nonché Cass. Sez. IV, 30 settembre 2015, n. 40958, Petrozza, in tema anch'essa di inutilizzabilità, e rilevante inoltre per l'ulteriore principio stabilito in tema di "delimitazione" dell'area del diritto al silenzio.

Essa afferma infatti che la qualifica soggettiva che dà origine al diritto al silenzio deve essere apprezzata secondo un criterio sostanziale in base alla situazione effettiva e conoscibile nel momento in cui le dichiarazioni vengono rese e precisa anche che, "*in tale prospettiva, può e deve tenersi conto anche dell'operatività di eventuali cause di giustificazione, se siano di evidente ed immediata applicazione senza che sia necessaria la conduzione di particolari indagini o verifiche*" (in tal senso v. già Sez. V, 28 settembre 2012, n. 747/2013, T., Rv. 254599).

E' stato infine ribadito il principio affermato da importante arresto delle Sezioni unite già citato (sent. n. 12067/2010, De Simone), confermandosi che "*non sussiste incompatibilità ad*

assumere l'ufficio di testimone per la persona offesa, già indagata in procedimento connesso ai sensi dell'art. 12, comma primo, lett. c), cod. proc. pen. o per reato probatoriamente collegato, definito con provvedimento di archiviazione, in quanto la disciplina limitativa della capacità di testimoniare prevista dagli artt. 197, comma primo, lett. a) e b), 197 bis, e 210 cod. proc. pen. si applica solo all'imputato, al quale è equiparata la persona indagata nonché il soggetto già imputato, salvo che sia stato irrevocabilmente prosciolto per non aver commesso il fatto" (Sez. II, 9 gennaio 2015, n. 4123, Sconso, Rv. 262367, con espresso richiamo alla citata sentenza De Simone delle Sezioni unite. In senso analogo, v. anche Sez. I, 14 aprile 2015, n. 44702, Sitzia; Sez. VI, 7 luglio 2015, n. 35679, Cossentino).

Campobasso, 15.6.2016.