

Osservatorio sulla Corte di cassazione

Testimonianza

La decisione

Testimonianza - Incompatibilità - Reati reciproci - Collegamento naturalistico - Unità di tempo e di luogo - Calunnia (C.p.p., artt. 64, 197, 197-bis, 210, 371, co. 2, lett. b).

Sono utilizzabili le dichiarazioni rese in qualità di testimone dalla persona offesa che sia stata denunciata dall'imputato dello stesso reato per calunnia, in tal caso non ricorrendo, stante il diverso contesto spazio-temporale, l'ipotesi di reati commessi in danno reciproco le une delle altre per la quale sola vanno applicate le disposizioni di cui agli artt. 64, 197, 197-bis, 210 c.p.p. Una interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 371, co. 2, lett. b), impone di escluderne l'applicazione a quei reati che seppure formalmente reciproci, siano stati commessi in contesti spazio-temporali differenti

CASSAZIONE PENALE, SEZIONE SECONDA, 28 gennaio 2015 (ud. 9 gennaio 2015) - GENTILE, *Presidente* - CARRELLI PALOMBI, *Relatore* - CEDRANGOLO, *P.G.* (diff.) - C.M., *ricorrente*.

Reati commessi in danno reciproco e il medesimo contesto spazio-temporale: l'incompatibilità dell'offeso all'ufficio di testimone

SOMMARIO: 1. La vicenda. - 2. Interferenza probatoria e incompatibilità nel codice 1988. - 3. La legge di attuazione del giusto processo e l'incompatibilità a testimoniare dell'imputato. - 4. Orientamenti giurisprudenziali: a) la prevalenza della testimonianza comune. - 4.1. b) la prevalenza della testimonianza assistita. - 5. L'intervento delle Sezioni unite. - 6. La sentenza annotata e la persistenza della regola del collegamento naturalistico. - 7. *Littera legis* vs interpretazione costituzionalmente orientata.

1. F. e N., persone offese, sono state a loro volta denunciate per calunnia. A dibattimento depongono come testimoni semplici, ma per la difesa erano testimoni "assistiti". Dedotta in Cassazione violazione degli artt. 64, 197, 197-bis e 210 c.p.p., il ricorso è rigettato perché, spiega la Corte, il nesso, che lega la posizione di più persone, indagate per reati commessi in danno reciproco le une delle altre, rendendoli incompatibili all'ufficio di testimone, va inteso come reciprocità delle offese commesse nel medesimo contesto spaziale e temporale. A questi fini, l'ipotesi dell'art. 371, co. 2, lett. b, c.p.p., esige, detto con le parole della Corte, che tra i reati sussista uno «stretto collegamento naturalistico»; quando, invece, come nel caso in esame, tale connotazione spaziale-temporale non esiste, il collegamento è solo formale, estrinseco, proce-

dimentale, valido ai limitati fini del coordinamento investigativo.

Questa definizione della reciprocità in termini sostanzialistici, naturalistici, materialistici è imposta – continua la Corte – da una lettura costituzionalmente orientata: limita l'incompatibilità, restringe il silenzio, allarga il contraddittorio nella formazione della prova, consente un effettivo confronto con l'accusatore. Per queste ragioni, «legittimamente ed in linea con altre decisioni»¹, quindi, «i suddetti F. e N. sono stati considerati testimoni, escludendosi l'applicazione della disciplina invocata dal difensore in tema di testi assistiti ex art. 197-bis c.p.p. e/o quella in tema di imputati in un procedimento connesso di cui all'art. 210 c.p.p.».

Nel 2010, le Sezioni unite², nel risolvere questione analoga ma più generale perché relativa a tutte le ipotesi di connessione di procedimenti e di collegamento probatorio hanno stabilito che il querelante a sua volta querelato è incompatibile all'ufficio di testimonio e finché il procedimento a suo carico non sia archiviato può essere sentito come testimone assistito alle condizioni previste dal codice (artt. 64, 197, 197-bis e 210). Dopo l'archiviazione è testimone comune. È chiaro peraltro che il problema che le Sezioni unite avevano in mente era di evitare che una querela maliziosamente proposta dall'imputato ottenga il risultato di diminuire il peso probatorio delle dichiarazioni dell'offeso³.

La sentenza che si annota si pone pertanto in parziale contrasto con quanto deciso dalle Sezioni unite nel senso che, introducendo il connotato dell'unità di tempo e luogo delle reciproche offese, restringe il campo di denotazione della reciprocità rilevante ai fini dell'incompatibilità e di conseguenza il raggio applicativo del diritto al silenzio e garanzie correlate.

Vediamo gli sviluppi della legislazione e gli orientamenti della giurisprudenza.

2. Nella originaria disciplina del codice 1988, il nesso di reciprocità, era nell'art. 371, co. 2, lett. a, c.p.p. sul collegamento delle indagini, non aveva

¹ Ad esempio Cass., Sez. III, 8 maggio 2013, C., in *Mass. Uff.*, n. 255578.

² Cass., Sez. un., 29 marzo 2010, De Simone e altro, in *Cass. pen.*, 2010, con nota di CONTI, *Le Sezioni unite ed il silenzio della Sfinge: dopo l'archiviazione l'ex indagato è testimone comune*, 2594 ss.

³ Cfr. CONTI, *Le Sezioni unite ed il silenzio della Sfinge: dopo l'archiviazione l'ex indagato è testimone comune*, cit., 2594 ss. Al testimone assistito e all'incompatibile, infatti, si applica la regola dell'art. 192, co. 3, c.p.p. all'offeso testimone puro, no. Così Cass., Sez. un., 19 luglio 2012, Bell'Arte e altri, in *Mass. Uff.*, n. 253214, «le regole dettate dall'art. 192, co. 3 non si applicano alle dichiarazioni della persona offesa, le quali possono essere legittimamente poste da sole a fondamento dell'affermazione di penale responsabilità dell'imputato, previa verifica, corredata da idonea motivazione, come avvenuto nel caso di specie, della credibilità soggettiva del dichiarante e dell'attendibilità intrinseca del suo racconto, verifica che, in tal caso, deve essere più penetrante e rigoroso rispetto a quello a cui vengono sottoposte le dichiarazioni di qualsiasi testimone».

quindi rilevanza sull'incompatibilità, non essendo richiamato dall'art. 197 c.p.p.

Questa scelta legislativa è stata costituzionalmente convalidata nel 1992⁴. Il giudice *a quo* riteneva insussistenti ragionevoli differenze, in caso di processo riunito, ex art. 17, lett. c), c.p.p. tra gli imputati di reati reciproci, da una parte, e dall'altra gli imputati del medesimo o di reati probatoriamente collegati (prova del reato o di circostanza che influisce sulla prova di altro reato o circostanza). Di qui la sospetta violazione dell'art. 3 Cost., da parte dell'art. 197 c.p.p., che prevedeva l'incompatibilità dei secondi, non dei primi. Questione infondata: un particolare vincolo probatorio è «*in re ipsa*» nei casi di coimputati e imputati connessi, «mentre nell'ipotesi in esame tale situazione può verificarsi o meno»; ove si verifichi, d'altro canto, scatta l'incompatibilità. Non c'è quindi irragionevole disparità di disciplina. Precisamente: «la *ratio* del divieto di testimoniare previsto per i soggetti indicati nelle lett. a) e b) dell'art. 197 va individuata nella incompatibilità tra l'ufficio di testimone e la situazione di colui che, per l'esistenza di una interdipendenza tra la posizione dell'imputato e la propria, nello stesso o in altro procedimento collegato, è portatore di un interesse che può contrastare il dovere di rispondere secondo verità; interesse riconosciuto e garantito dall'ordinamento sulla base del principio *nemo tenetur se detegere*». L'interdipendenza, in altri termini, tra la posizione dell'imputato e la propria, è un «vincolo probatorio tra i procedimenti»: «la prova di un reato o di una sua circostanza influisce sulla prova di un altro reato o di un'altra circostanza»; e tale influenza o «sussiste sempre» (ipotesi del concorso e assimilate: art. 12, lett. a), c.p.p. oppure «sarà rilevata dal giudice», caso per caso, anche nelle ipotesi della reciprocità. Pertanto non in tutti i casi di reciprocità la garanzia dell'incompatibilità e del silenzio discendono dal *nemo tenetur se detegere*: bisogna distinguere, in alcuni potrebbe bastare il privilegio contro l'autoincriminazione (art. 198, co. 2, c.p.p.)⁵.

3. La l. 1° marzo 2001, n. 63, interviene sulla disciplina della prova, dichiarativa in particolare. Qui interessa, nel quadro della ridefinizione delle incom-

⁴ Corte cost., n. 109 del 1992, in *Giur cost.*, 1992, 994 con nota di SCAPARONE, *Incompatibilità a testimoniare e discrezionalità legislativa*.

⁵ In questi termini, v. SCAPARONE, *Incompatibilità a testimoniare e discrezionalità legislativa*, cit., 998, il quale scrive: l'incompatibilità «è la conseguenza di un particolare vincolo probatorio tra procedimenti», presente nella connessione ex art. 12 c.p.p. e nel collegamento ex art. 371, co. 2, lett. b), c.p.p. ma non nella reciprocità, e quindi la non incompatibilità in questi casi non è incostituzionale; tuttavia, poiché «non sempre è sufficiente l'art. 198, co. 2 [...] la sentenza in esame sembra ammettere che pure tra procedimenti per reati commessi da più persone in danno reciproco le une delle altre, il giudice possa talora rilevare in concreto l'esistenza del particolare "vincolo probatorio" che è all'origine dell'incompatibilità».

patibilità e del silenzio dell'imputato sul fatto altrui connesso o collegato già oggetto di sue dichiarazioni⁶, il trasferimento del caso dei reati commessi in danno reciproco dalla lett. a) alla lett. b) dell'art. 371, c.p.p. Il cui effetto è di lasciare inalterato il collegamento investigativo che obbliga gli inquirenti a coordinarsi per assicurare speditezza economia efficacia, e di attrarre il caso nella nuova, complessa regolamentazione della raccolta di informazioni da imputato connesso e testimone assistito (artt. 64, 197, 197-bis, 210, 351, co. 1-bis, 363 c.p.p.).

Di tale effetto è stata rilevata⁷ la divergenza dalle linee politiche della riforma del codice, tese a restringere l'area del silenzio incidendo sulle incompatibilità piuttosto che ad allargarlo; gli effetti dello spostamento sono sembrati, sotto questo aspetto, addirittura una inspiegabile incongruenza. Prima della riforma, infatti, il giudice doveva verificare caso per caso l'esistenza di una vera e propria interferenza probatoria⁸, dopo la riforma, invece, il vincolo tra procedimenti è legalmente presunto. Insomma, nella nuova disciplina, al di là della garanzia generale contro l'autoincriminazione (art. 198, co. 2, c.p.p.), l'offeso-imputato di reato reciproco, ha sempre facoltà di tacere e mentire, salva una sua rinuncia volontaria, previo avvertimento ex art. 64, co. 3-bis, c.p.p.

4. Sotto il vecchio codice, l'incompatibilità era legata alla connessione, ex art. 348, co. 3, c.p.p. e, ai sensi dell'art. 45, n. 1, la reciprocità era un caso di connessione; ma la giurisprudenza della Cassazione ammetteva la testimonianza dell'offeso-indagato, per la «maggiore pregnanza» della figura del teste sull'incompatibile, il suo insostituibile apporto conoscitivo, la ricerca della verità, obiettivo esplicito dell'istruttoria (art. 299)⁹.

⁶ Si tratta, come subito è stato notato, di disciplina per un verso debole, perché sul piano dell'attuazione delle scelte politico-legislative non cambia nulla proprio «dov'era più sentito il bisogno d'aprire spazi all'escussione incrociata» (così CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2003, 1303, in relazione alla coimputazione: art. 12, lett. a), c.p.p.; v. anche BRICCHETTI, *Le figure soggettive della legge sul giusto processo*, in *Dir. pen. e proc.*, 2001, 126 ss.), e per altro verso esageratamente complessa: v. ORLANDI, *Dichiarazioni dell'imputato sulla responsabilità altrui: nuovo statuto del diritto al silenzio e restrizioni in tema di incompatibilità a testimoniare*, in *Il giusto processo tra contraddittorio e diritto al silenzio*, a cura di KOSTORIS, Torino, 2002, 159, il quale giustamente nota che qui «si toccano vertici di complessità e difficoltà applicativa raramente o forse mai raggiunti».

⁷ V. GREVI, ILLUMINATI, *La nuova disciplina in materia di formazione e valutazione della prova*, (l. 1° marzo 2001, n. 63), in *Compendio di procedura penale*, a cura di CONSO, GREVI, *Appendice di aggiornamento*, Padova, 2001, 104; BACCARI, *Le modifiche in tema di connessione, riunione e collegamento investigativo; la disciplina a regime e quella transitoria* (artt. 12, 17 e 371 c.p.p.), in *Giusto processo. Nuove norme sulla formazione e valutazione della prova* (legge 1° marzo 2001, n. 63), a cura di TONINI, Padova, 2001, 188.

⁸ Il riferimento è a Corte cost., n. 109 del 1992, cit.

⁹ BARGIS, *Incompatibilità a testimoniare e connessione di reati*, Milano, 1980, 181 ss.

Abbiamo visto che regola identica permane sotto il nuovo codice e che la Corte costituzionale ha chiarito che solo in caso di vera e propria interferenza probatoria tra procedimenti c'è incompatibilità. L'idea sopravvive alla c.d. attuazione del giusto processo¹⁰: tutte le volte in cui reati siano stati commessi in danno reciproco, l'offeso-imputato, nel procedimento riunito o separato, è sentito come testimone comune per la «maggiore pregnanza» della figura¹¹. L'incompatibilità, per altro, l'abbiamo appena ribadito, non rimane esclusa: è compito del giudice verificare, caso per caso, che ci sia «vera e propria interferenza probatoria»; e dove vi sia, prevale il *nemo tenetur se detegere* sulla ricerca della verità; quando, invece, non vi sia, non c'è rischio autoincriminazione e quindi incompatibilità e diritto al silenzio dell'offeso, che rappresenta d'altronde un limite all'accertamento e una deroga eccezionale al generale obbligo di testimonianza¹².

4.1. Da una «più attenta» lettura della disciplina nasce il secondo orientamento: sono incompatibili, ex art. 197 c.p.p., sia gli imputati in procedimento connesso ex art. 12 c.p.p., sia gli imputati di un reato collegato, tra i quali rientrano espressamente, ex art. 371, co. 2, lett. b), c.p.p. i casi di reati commessi da più persone in danno reciproco le une delle altre. In questa prospettiva, in caso di concorso delle qualifiche di persona offesa e indagato/imputato di reato collegato per reciprocità, prevale la disciplina della incompatibilità e della testimonianza assistita¹³. Per meglio dire, diversamente da quanto accade nei casi di connessione c.d. forte (art. 12, lett. a), l'offeso-imputato in pendenza del procedimento a suo carico, a date condizioni diventa compatibile, diventa cioè testimone assistito dalle garanzie dell'art. 197-

¹⁰ L'incompatibilità a testimoniare non sussiste quando l'imputato/indagato di un reato connesso o collegato sia anche persona offesa dal reato rispetto al quale sia chiamato a deporre, in quanto quest'ultima veste è destinata a prevalere per la sua maggiore pregnanza. Ne viene che il soggetto deve essere esaminato nella veste di testimone, con l'obbligo di rispondere secondo verità alle domande che gli sono rivolte. La citazione quale parte lesa è comunque imposta dall'art. 429, co. 4, c.p.p.: così Cass., Sez. VI, 19 febbraio 2003, Alberghini, in *Mass. Uff.*, n. 226435; Id., Sez. F, 22 luglio 2004, Bombara, *ivi*, n. 229953; Id., Sez. V, 20 aprile 2004, Esposito, *ivi*, n. 228113; Id., Sez. VI, 9 febbraio 2005, Deni, *ivi*, n. 231219; Id., Sez. III, 24 febbraio 2004, Mesanovic, *ivi*, n. 228546; Id., Sez. V, 3 luglio 2008, Gedle, *ivi*, n. 241594; Id., Sez. III, 15 novembre 2007, Bulica, *ivi*, n. 238696; Id., Sez. VI, 29 ottobre 2008, Nicole, *ivi*, n. 242368.

¹¹ Più di recente, Cass., Sez. V, 11 dicembre 2008, De Marco, in *Mass. Uff.*, n. 242545, anche in *Cass. pen.*, 2010, 639 ss., con nota di SILVESTRI, *Sulla posizione processuale del dichiarante che sia persona offesa e (forse) imputato di reato probatoriamente collegato a quello per cui si procede*.

¹² La previsione dell'art. 348, co. 3, c.p.p. previgente, aveva natura di norma eccezionale, in quanto poneva limiti al generale dovere di rendere testimonianza: v., per tutti, CORDERO, *Guida alla procedura penale*, Torino, 1986, 341 ss. Ne viene il divieto di analogia. In questi termini, rispetto all'attuale art. 196, co. 1, c.p.p., v. Corte cost., n. 294 del 2000, cit., punto 2 del "Considerato in diritto".

¹³ Da ultimo, Cass., Sez. I, 27 maggio 2014, C.G.P.M., inedita.

bis c.p.p. Ciò accade se, per un verso, riceve gli avvertimenti dell'art. 64, e per altro verso narra «fatti che concernono la responsabilità di altri». Detto con le parole della Cassazione, la persona offesa di un reato che sia anche imputata di altro reato commesso in danno dell'offensore, rimane incompatibile se mai sentita, o se interrogata ma con avvertimenti invalidi o mancanti, oppure, infine, se sentita ritualmente ma senza che abbia narrato fatti relativi alla responsabilità altrui; in questi casi, la persona offesa a dibattimento «deve essere sentita non come teste ma nelle forme di cui all'art. 210, co. 6, c.p.p. e le dichiarazioni rese vanno valutate secondo la regola dettata dall'art. 192, co. 3, c.p.p. cioè unitamente agli altri elementi di prova che ne confermano l'attendibilità»¹⁴. L'art. 210, co. 6, c.p.p. prevede, infatti, che l'incompatibile diventi teste assistito, sempre previo avvertimento e narrazione *erga alios*. Si noti, poi, che la disciplina non è diversa, secondo che si proceda cumulativamente o meno: la caduta dell'incompatibilità e l'assunzione dell'ufficio di teste assistito si realizza, sempre alle condizioni dell'art. 64, nelle indagini o a dibattimento, tanto nel procedimento separato (artt. 351, co. 1-*bis*¹⁵ e 363; e art. 210, co. 6, c.p.p.), quanto in quello riunito (artt. 350 e 364; artt. 208-210)¹⁶.

5. Prevalenza della testimonianza per maggiore pregnanza o incompatibilità con possibile transito all'ufficio del testimone assistito: sul contrasto intervengono le Sezioni unite¹⁷, la conclusione cui giungono è che la risposta è nelle modifiche all'197, co. 2, c.p.p. operate dalla legge n. 63 del 2001, non ha più alcuna base normativa l'affermazione che la veste di persona offesa possa o debba prevalere; le «interpretazioni sostanzialistiche» della «maggiore pre-

¹⁴ Cass., Sez. V, 25 settembre 2007, Costanza, in *Mass. Uff.*, n. 238188; Id., Sez. V, 13 novembre 2008, Petrelli, *ivi*, n. 242305; Id., Sez. V, 17 dicembre 2008, Mastroianni, *ivi*, n. 242384; Id., Sez. I, 24 marzo 2009, Vernengo, *ivi*, n. 244462; Id., Sez. VI, 28 maggio 2009, Erler, *ivi*, n. 244448: la persona offesa di un reato che sia anche imputata di altro reato commesso in danno dell'offensore, da considerarsi collegato ai sensi dell'art. 371, co. 2, lett. b), c.p.p. deve essere sentita non come teste ma nelle forme di cui all'art. 210, co. 6, e le dichiarazioni rese vanno valutate secondo la regola dettata dall'art. 192, co. 3, cioè unitamente agli altri elementi di prova che ne confermano l'attendibilità.

¹⁵ In tema di sommarie informazioni dal co-indagato, alla «svista» del legislatore ha supplito Cass., Sez. I, 10 maggio 2012, Adriettes, in *Dir. pen. e proc.*, 2012, con nota di PERONI, *L'indagato in procedimento connesso o collegato ex art. 371, co. 2, lett. b) è sentito dalla polizia giudiziaria nel rispetto delle regole generali per l'interrogatorio*.

¹⁶ Anche l'art. 210 c.p.p., si applica nel processo cumulativo: così Corte cost., n. 197 del 2009, con note di BARGI, *Ancora una pronuncia della Corte sul valore del contraddittorio nella formazione della prova nel giudizio: l'irrelevanza probatoria delle contestazioni, nell'esame dibattimentale dell'imputato (art. 503, co. 5 e 6, c.p.p.) delle dichiarazioni difformi raccolte in assenza della dialettica delle parti*, 2281 ss.; e di MAZZA, *Gli effetti indesiderati del contraddittorio: la coercizione del coimputato all'esame dibattimentale sul fatto proprio*, 2290 ss.

¹⁷ Cass., Sez. un., 29 marzo 2010, De Simone, cit.

gnanza” della veste del testimone-persona offesa, rispetto alla figura dell'imputato-testimone, non trova riscontro nell'attuale assetto normativo¹⁸. La lettera della legge è inequivoca. Inequivocamente sono anche d'altronde le parole delle Sezioni unite. «Non può assumere l'ufficio di testimone, senza il previo avviso di cui all'art. 64, co. 3, lett. c), c.p.p. e senza il rispetto delle norme che regolano l'assunzione delle dichiarazioni del teste assistito, il soggetto che cumuli in sé le qualità di persona offesa dal reato e di indagato in atto, o imputato nei cui confronti non sia stata emessa sentenza irrevocabile, in un procedimento connesso a sensi dell'art. 12, co. 1, lett. c), c.p.p. o relativo a un reato collegato a norma dell'art. 371, co. 2, lett. b), c.p.p.»¹⁹.

¹⁸ Notiamo come questa decisione delle Sezioni unite non sia in contrasto con gli ultimi approdi della giurisprudenza costituzionale, e come invece qualche contrasto sia prospettabile con riferimento alla decisione della Corte costituzionale, adottata prima della riforma del giusto processo e riportata in nota 22, secondo la quale *post* archiviazione permane l'incompatibilità: da questo *dictum* infatti, riportato per un verso alla disciplina attuale e per altro verso al caso dei reati commessi in danno reciproco, si ricava che l'incompatibilità è superabile solo, *post* archiviazione, previ avvertimenti ex art. 64, e nella forma della testimonianza assistita. Nessun contrasto invece, come accennato, rispetto alla più recente giurisprudenza costituzionale, spec. Corte cost., n. 294 del 2000, in *Giur. cost.*, 2000, 990. La q.l.c. toccava gli artt. 197, lett. b), 210, co. 6, e 192, co. 4, c.p.p. per contrasto con gli artt. 3 e 101 Cost., nella parte in cui estendono la disciplina ivi prevista anche alle ipotesi in cui il reato collegato a quello per cui si procede sia il reato di calunnia susseguente a denuncia dell'originario denunciato. La Corte conclude così: «l'incompatibilità sussiste soltanto [...] per il tempo in cui» tali soggetti «rivest[an]o la qualità di persone imputate o indagate». Ecco il ragionamento. «Non essendo stata, infatti, prevista nella lettera b) dell'art. 197 alcuna previsione circa “la durata” della relativa qualità, se ne può dedurre che l'incompatibilità sussiste soltanto nei confronti di coloro che, e per il tempo in cui rivestono la qualità di persone imputate o indagate (in virtù della generale estensione prevista dall'art. 61 c.p.p.) di un reato collegato a quello per cui si procede a norma dell'art. 371, co. 2, lett. b), c.p.p.; con l'ovvia conseguenza che – per stare nel caso di specie – l'intervenuta archiviazione del procedimento probatoriamente collegato produce l'effetto di dissolvere la correlazione qualificata tra le regiudicande e, con essa, l'incompatibilità ad assumere l'ufficio di testimone».

¹⁹ Riportiamo le parole delle Sezioni unite: «Dal trasporto, in particolare, nell'art. 371, co. 2, lett. b), delle ipotesi di reati dei quali gli uni sono stati commessi in occasione degli altri, o per conseguirne o assicurarne al colpevole o ad altri il profitto, il prezzo, il prodotto o l'impunità, o che sono stati commessi da più persone in danno reciproco le une delle altre, e dalla riscrittura dell'art. 197, co. 1, lett. b), con l'espresso divieto d'assumere come testi, salvo quanto previsto dall'art. 64, co. 3, lett. c), le persone imputate in un procedimento connesso a norma dell'art. 12, co. 1, lett. c), o di un reato collegato a norma dell'art. 371, co. 2, lett. b), prima che nei loro confronti sia stata pronunciata sentenza irrevocabile di proscioglimento, di condanna o di applicazione della pena ai sensi dell'art. 444 c.p.p., consegue in modo incontrovertibile che gli imputati (e gli indagati in corso di procedimento, ad essi equiparabili a sensi dell'art. 61 c.p.p.) di reati commessi in danno reciproco (inclusi nell'art. 371, co. 2, lett. b) non possono essere sentiti come testimoni fintanto che non sia stata pronunciata nei loro confronti sentenza irrevocabile. Dopo tale pronuncia, la loro assunzione è consentita nelle forme e con i limiti della testimonianza c.d. assistita di cui all'art. 197-bis c.p.p., salvo che il proscioglimento irrevocabile sia avvenuto per non aver commesso il fatto, nel qua caso (per effetto della sentenza della Corte costituzionale del 21 novembre 2006, n. 381, relativa a tutti i soggetti di cui all'art. 197-bis, co. 1, c.p.p.) non trovano applicazione i co. 3 e 6 della suddetta norma codicistica».

6. Esiste una terza lettura, che la sentenza che si annota riafferma: «nella nozione di reati commessi da più persone in danno reciproco le une delle altre, di cui all'art. 371, co. 2, lett. b), c.p.p. rientrano soltanto quei reati commessi nel medesimo contesto spazio-temporale e quindi in stretto collegamento naturalistico»²⁰. Soluzione intermedia, per dir così, prospettata peraltro già prima dell'intervento delle Sezioni unite²¹. Abbiamo detto impostazione intermedia, e ciò perché per un verso, il querelante a sua volta querelato, è incompatibile e possibile teste assistito se i fatti addebitatigli sono stati commessi nella stessa unità di tempo e di luogo, e per altro verso egli è teste comune se i fatti sono commessi in contesti spazial-temporali differenti, come accade nei casi in cui l'offeso sia querelato per calunnia. Si può dire la stessa cosa affermando che fuori dallo stretto collegamento naturalistico tra i reati, la reciprocità è solo formale, vale i fini del coordinamento investigativo ma non ha rilevanza sotto il profilo dell'incompatibilità, salvo il giudice rilevi vera e propria interferenza probatoria. Notiamo, infine, come l'elemento dell'unità di tempo e di luogo emerga già in una sentenza costituzionale del 1992²², adottata in risposta ad un quesito assai complicato²³. La ragione di fondo di tale interpretazione è che non si può lasciare nelle mani dell'imputato la possibilità di incidere – mediante denuncia-querela – sulla capacità di testimoniare dell'offeso e sul peso

²⁰ Così, tra le altre, Cass., Sez. V, 28 ottobre 2011, Micheli Clavier, in *Mass. Uff.*, n. 249045.

²¹ Ad esempio, Cass., Sez. II, 10 aprile 2008, Dell'Utri e altro, in *Mass. Uff.*, n. 240947. In dottrina, BELTRAMI, *Diritto al silenzio e al contraddittorio. Problemi applicativi della nuova disciplina*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2004, 139 ss. Più di recente, in senso adesivo, SILVESTRI, *Sulla posizione processuale del dichiarante che sia persona offesa e (forse) imputato di reato probatoriamente collegato a quello per cui si procede*, cit., 2015 ss.

²² Corte cost., n. 108 del 1992, in *Giur. cost.*, 1992, 984 ss., con nota di GIOSTRA, *Sull'incompatibilità a testimoniare anche dopo il provvedimento di archiviazione*.

²³ Il caso, più difficile da capire che da risolvere, scrive GIOSTRA, *Sull'incompatibilità a testimoniare anche dopo il provvedimento di archiviazione*, cit., 990, è il seguente: B.F., persona offesa e indagato, vede archiviata la propria posizione, ma, a dibattimento, nel processo a carico di C.F.M., grazie all'art. 210, co. 6, della cui costituzionalità si dubita, non è obbligato, ai sensi dell'art. 197-bis, co. 4, seconda parte, a rispondere sui fatti per i quali si è preceduto nei suoi confronti, ancorché accetti di rispondere sulla responsabilità altrui; tale soggetto gode del privilegio dell'art. 198, co. 2, delle garanzie dell'art. 63, e della inutilizzabilità ex art. 197-bis, co. 5, la quale appare eccessiva al giudice rimettente, rispetto al teste comune, considerato che se i testimoni "ordinari" rinunciano volontariamente al privilegio di cui all'art. 198, co. 2, c.p.p., «sopportano tutte le conseguenze delle loro dichiarazioni»; per altro è impossibile nel caso di reati commessi da più persone in danno reciproco le une delle altre in unità di tempo e di luogo, «che la persona che assume volontariamente l'ufficio di testimone "assistito" sul fatto altrui non venga esaminata anche sul fatto proprio, per cui, ferma la garanzia del divieto di utilizzabilità di cui all'art. 197-bis, co. 5, c.p.p., si dovrebbe prevedere che la facoltà di non rispondere non operi ove la testimonianza volontaria sul fatto altrui sia strettamente compenetrata con il fatto proprio». Da qui i contrasti dell'art. 210, co. 6, c.p.p. con gli artt. 3, 25, co. 2, 101, co. 2, 111, co. 1, 3 e 4, Cost.: disparità rispetto al teste comune; impedimento all'accertamento dei reati; limite al convincimento razionale e libero del giudice; limite al diritto contraddittorio dell'accusato.

probatorio da riconoscere alle sue dichiarazioni²⁴.

7. Leggiamo in una sentenza della sesta Sezione: «Il diverso orientamento, pure presente nella giurisprudenza di questa corte, che non opera alcuna distinzione nell'ambito della categoria dei reati commessi da imputato e persona offesa in danno reciproco l'uno dell'altra di cui all'art. 371, co. 2, lett. c), c.p.p. accontentandosi del mero dato formale della reciprocità, non appare essersi adeguatamente confrontato con le implicazioni [...], anche di carattere costituzionale, derivanti dall'art. 111 Cost., laddove, tra l'altro, si prevede che ogni processo si svolge nel contraddittorio fra le parti, in condizioni di parità, dinanzi ad un giudice terzo e imparziale»²⁵. Dal silenzio sulla responsabilità altrui discende un potenziale limite alla formazione della prova e alla ricerca della verità, in controtendenza rispetto all'allargamento dell'obbligo di rispondere secondo verità a carico dell'imputato che collabora con gli inquirenti, ma soprattutto, discende un limite al diritto al confronto con l'accusatore. Ora, questo limite al contraddittorio soggettivamente e oggettivamente inteso non è costituzionalmente censurabile. La Corte costituzionale ha dichiarato, infatti, la manifesta infondatezza della questione di legittimità dell'art. 210, co. 6, nella parte in cui rende applicabile il regime della testimonianza assistita (art. 197-bis c.p.p.) e, quindi, estende il diritto al silenzio e la possibilità di rinunciare, alla nuova categoria dei reati reciproci, prevista dall'art. 371, co. 2, lett. b). In particolare, la disciplina, precisa la Corte, appare coerente con il sistema scelto dal legislatore per dare attuazione ai nuovi principi costituzionali; il principio del *nemo tenetur se detegere* è «destinato a prevalere anche ove dovesse in concreto comportare l'impossibilità di acquisire una prova nella peculiare situazione di reati commessi da più persone in danno reciproco le une delle altre»²⁶.

ANTONIO BITONTI

²⁴ In questo senso v., per tutte, Cass., Sez. II, 1° aprile 2008, Dell'Utri, in *Mass. Uff.*, n. 240947; Id., Sez. V, 25 settembre 2007, Costanza, in *Cass. pen.*, 2008, 2812.

²⁵ Così Cass., Sez. VI, 28 maggio 2009, Erler, in *Mass. Uff.*, n. 244448.

²⁶ Corte cost., n. 291 del 2002, in *Giur. cost.*, 2002, 2101. Cfr. altresì Corte cost., nn. 451 e 485 del 2002, nella quale ultima, ha dichiarato manifestamente infondata la questione degli artt. 197, 197-bis, e 210, c.p.p. in relazione agli artt. 3 e 111 Cost., nella parte in cui all'imputato connesso accusatore già condannato in processo separato riconosce il diritto al silenzio sulle proprie accuse; n. 76 del 2003, e n. 191 del 2003, con nota di CELOTTO, *Il (pericoloso) consolidarsi delle "ordinanze interpretative"*, in *Giur. cost.*, 2003, 1457 ss.: con tali decisioni, dice l'A. - 1463 ss. - la Corte «propone» una interpretazione; la sostanza è per altro quella della sentenza interpretativa di rigetto, cioè «acquista il medesimo valore di una dichiarazione di incostituzionalità (ovviamente ove l'interpretazione proposta venga seguita e applicata da tutti i giudici)»; n. 250 del 2003; n. 265 del 2004, tutte visibili sul sito www.cortecosistituzionale.it.