

Osservatorio sulla Corte di cassazione

Testimonianza

La decisione

Testimonianza - Incompatibilità - Archiviazione (C.p.p., artt. 197, 197-bis, 210, 371, co. 2, lett. b)

Dopo l'archiviazione, non sussiste incompatibilità ad assumere l'ufficio di testimone, né trova applicazione la disciplina limitativa della capacità di testimoniare prevista dall' artt. 197, co. 1, lett. a) e b), 197-bis e 210 c.p.p. La persona nei cui confronti è stato pronunciato provvedimento di archiviazione, indipendentemente dal fatto che si sia trattato di persona sottoposta a indagine per reato probatoriamente collegato o teleologicamente connesso, fosse anche persona offesa dal reato, va sentito come testimone comune.

CASSAZIONE PENALE, SEZIONE SECONDA, 28 gennaio 2015, (ud. 9 gennaio 2015) - GENTILE, *Presidente* - CARRELLI PALOMBI, *Relatore* - CEDRANGOLO, *P.G.* (Conf.) - Cucchia ed altro ricorrenti.

L'archiviazione e la testimonianza dell'ex indagato nel quadro della disciplina delle incompatibilità a testimoniare dell'imputato

SOMMARIO: 1. La questione. - 2. Archiviazione e incompatibilità dell'imputato all'ufficio di testimone nel codice 1988. - 3. (Segue): ambito oggettivo. - 4. (Segue): ambito soggettivo. - 5. (Segue): connessione e archiviazione. - 6. (Segue): collegamento probatorio e archiviazione. - 7. L'attuazione del giusto processo e la riduzione delle incompatibilità. - 8. L'intervento delle Sezioni unite. - 9. Sintesi. - 10. Rilievi conclusivi.

1. Dai propri estorsori C. si era difeso con armi e per violenza privata, reato probatoriamente collegato a quello sul patrimonio, è sottoposto a procedimento penale. Nel processo in cui è parte civile, depone, la prova è ammessa come testimonianza assistita (artt. 210, co. 6, e 197-bis, c.p.p.), poi assunta nelle forme ordinarie.

In appello i condannati chiedono di ri-valutarne la credibilità: l'offeso doveva essere sentito, in forza del nesso probatorio, quale imputato-testimone, inattendibile senza riscontri cd. esterni, ex art. 192, co. 3, c.p.p. richiamato dall'art. 197-bis, co. 6, c.p.p. Ma C., chiariscono i giudici di secondo grado, in considerazione dell'avvenuta archiviazione della sua posizione è teste comune e le sue dichiarazioni vanno apprezzate, in aderenza al consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità¹, «sulla base degli ordinari criteri di valutazione della prova proveniente dalla persona offesa, costituita parte civi-

¹ Secondo cui le dichiarazioni della persona offesa possono essere assunte anche da sole come fonte di prova ove sottoposte ad un vaglio positivo di credibilità oggettiva e soggettiva. In questi termini, v., da ultimo, Cass., Sez. un., 19 luglio 2012, Bell'Arte ed altri, *Mass. Uff.*, n. 253214.

le». Questi criteri, per un verso, «escludono qualsiasi specifica limitazione» in particolare quella dell'art. 192, co. 3², c.p.p. e per altro verso esigono un «più penetrante e attento vaglio di credibilità connesso all'interesse processuale» ad un determinato esito della causa di cui la persona offesa è portatrice³.

Il ricorso deduce violazione degli artt. 197, 197-*bis*, 210, c.p.p. e mancanza di motivazione. La Cassazione lo rigetta: l'offeso era testimone comune; il dichiarante è sempre tale dopo l'archiviazione stando ai «principi di diritto affermati da questa corte» di Cassazione. Di tali principi⁴ interessa il seguente. «La disciplina limitativa della capacità testimoniale di cui all'art. 197, co. 1, lettere a) e b), all'art. 197-*bis* e all'art. 210 c.p.p., non è applicabile alle persone sottoposte a indagini nei cui confronti sia stato emesso provvedimento di archiviazione». Con l'archiviazione cade l'incompatibilità; la caduta riguarda tutte le ipotesi della lett. *a* e *b* dell'art. 197 c.p.p.; ed è radicale, il deponente è teste comune. La sentenza che si annota fa applicazione di questo principio di diritto rispetto ad un caso che appartiene alla classe dei cd. imputati di reato probatoriamente collegato (art. 371, co. 2, lett. *b*, c.p.p.), e, precisamente, degli imputati di reati «commessi da più persone in danno reciproco le une delle altre», mentre il principio fissato dalle Sezioni unite concerne - per dirlo con le parole della Corte costituzionale - tutti gli «stati di relazione»⁵. Dopo più di un lustro non si registrano sentenze che vi contrastino. Fenomeno raro

² Limitazione, vigente, invece, nella valutazione delle parole di imputato incompatibile e testimone assistito. Queste accuse sono prova dei fatti asseriti solo «unitamente agli altri elementi di prova che ne confermano l'attendibilità» (art. 192, co. 3 e 4, c.p.p.). Si tratta non di regola d'esclusione, ma di criterio di giudizio o di valutazione. In questo senso, v., per tutti, FERRUA, *La prova nel processo penale: profili generali*, in *La prova penale*, a cura di Ferrua, Marzaduri, Spangher, Torino, 2013, 39: «ciò che si vieta non è la *valutazione*, ma un certo *esito* della valutazione, la prova del fatto dichiarato» (così già in Id., *Il "giusto processo"*, III, Torino, 2012, 55 ss.: «Il criterio legale non incide sulla valida costituzione della prova, intesa come dato valutabile dal giudice; influisce solo sul *valore* della prova sino ad annullarlo in assenza di certi requisiti. [...] la dichiarazione [di cui si tratta] è 'prova' [...] e, come tale, deve essere valutata dal giudice; ma, in forza della regola legale, è inidonea a provare [...] il fatto dichiarato, in assenza di riscontri»).

³ Tutte le parole fra virgolette sono tratte dalla sentenza che si annota.

⁴ Il riferimento è a Cass., Sez. un., 17 dicembre 2009, De Simone, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 538.

⁵ Corte cost., n. 265 del 2004, in *Giur. cost.*, 2004, 2704 ss.: le garanzie possono variare, da un lato, secondo il tipo di legame tra procedimenti: concorso e assimilati, da un parte, connessione teleologica e collegamento probatorio dall'altra, e dall'altro lato variano secondo gli esiti procedimentali. L'assolto con formula piena non ha, ad esempio, diritto al difensore e le sue parole hanno il peso di quelle del testimone comune: Corte cost., n. 381 del 2006, in *Giur. cost.*, 2006, 3972, con nota critica di MAZZA, *Lo strano caso dell'imputato-testimone assolto per non aver commesso il fatto*. Ciò risponde al principio graduazione: «dalla situazione di assoluta indifferenza propria del teste ordinario [...] alla forma 'estrema' di coinvolgimento, rappresentata dal concorso del dichiarante nel medesimo reato». Rileviamo come il principio fissato dalle Sezioni unite nel 2009 sia in contrasto con tale logica considerata la facile rimovibilità dell'archiviazione.

in un'epoca in cui «finito il tempo delle norme scolpite nel marmo», sotto «un codice così fluido e deperibile», «complicato, sovraccarico, verboso» si aprono mille letture⁶. Collochiamo questo principio di diritto nel quadro delle regole sulla incompatibilità a testimoniare dell'imputato partendo dalle disposizioni dell'abrogato codice e relativa giurisprudenza.

2. L'art. 197, codice 1930, interessa nella parte in cui prevede che non possono essere assunti come testimoni: «a) i coimputati del medesimo reato o le persone imputate in un procedimento connesso a norma dell'art. 12 c.p.p., anche se nei loro confronti sia stata pronunciata sentenza di non luogo a procedere, di proscioglimento o di condanna, salvo che la sentenza di proscioglimento sia divenuta irrevocabile; b) le persone imputate di un reato collegato a quello per cui si procede, nel caso previsto dall'art. 371, co. 2, lett. b, c.p.p.». Distinguiamo i due ambiti: la connessione e il collegamento probatorio.

3. La prima disposizione (art. 197, lett. a, c.p.p.) tocca le ipotesi della connessione plurisoggettiva e dei «coimputati del medesimo reato». Sono fenomeni diversi, ma sovrapponibili. L'uno è definito dall'art. 12, lett. a, c.p.p.: «se il reato per cui si procede è stato commesso da più persone in concorso o cooperazione fra loro, o se più persone con condotte indipendenti hanno determinato l'evento». L'altro dal processo cumulativo: per lo stesso reato commesso da più persone, processi distinti possono essere riuniti (art. 17 c.p.p.) o nascere da un unico tronco (art. 18 c.p.p.); dall'imputato in procedimento connesso (art. 210 c.p.p.) al coimputato (art. 208 c.p.p.), e viceversa.

Quanto al rinvio dell'art. 197 lett. a, alle lett. b e c dell'art. 12 c.p.p. (connessione monosoggettiva)⁷, l'interesse nasce dalle possibili combinazioni con le ipotesi della lett. a dell'art. 12 c.p.p.: medesimo disegno criminoso rintracciato in più reati alcuni dei quali commessi in concorso; o condotte criminose in concorso, rispetto ad uno o più reati commessi per eseguirne od occultarne altri. Questo possibile nesso connessione teleologica monosoggettiva-concorso in uno o più reati, diventa più chiaro con la riscrittura dell'art. 12, lett. c, c.p.p. dal cui testo cade il riferimento alla medesima persona⁸.

⁶ Sono parole di CORDERO, *Procedura penale*, Milano, tratte dalla *Premessa* alla seconda (1992) e terza edizione (1995).

⁷ Rispettivamente, concorso materiale, formale e continuazione; situazioni in cui la medesima «persona è imputata di più reati, quando gli uni sono stati commessi per eseguire od occultare gli altri».

⁸ Cfr. art. 11, d.l. 20 novembre 1991 n. 367, conv., con modif., dalla l. 20 gennaio 1992 n. 8.

La stessa novella vi aggiunge il nesso di occasionalità e di finalizzazione⁹. L'interpolazione legislativa non tocca l'art. 197, lett. *b*, c.p.p. La classe degli stati di relazione, a cui questa disposizione rinvia, è il cd. collegamento probatorio di cui all'art. 371, co. 2, lett. *b*, c.p.p.: sono incompatibili all'ufficio di teste «le persone imputate di un reato collegato a quello per cui si procede», quando «la prova di un reato o di una sua circostanza influisce sulla prova di altro reato o di un'altra circostanza».

L'art. 371, co. 2, lett. *b*, c.p.p. non fa nessun riferimento ai reati commessi da più persone in danno reciproco le une delle altre: ipotesi che figurava alla lett. *a* dell'art. 371 c.p.p. Eppure in caso di riunione, ex art. 17, lett. *c*, c.p.p. la stessa persona è imputato e parte offesa (*id est* testimone) nello stesso processo. Sollevata eccezione di costituzionalità, in relazione all'art. 3 Cost., per la Corte è un vuoto apparente: non c'è disparità di trattamento rispetto alle ipotesi analoghe (commissione). La soluzione è nel sistema: il sentito come testimone ha la garanzia dell'art. 198, co. 2, c.p.p. ed è incompatibile tutte le volte in cui «in concreto il giudice rilevi l'esistenza di una vera e propria interferenza sul piano probatorio tra [il] due procedimenti». Spiega la Corte: l'incompatibilità poggia sull'«esistenza di un vincolo probatorio tra i procedimenti nei quali il medesimo soggetto si troverebbe ad assumere rispettivamente la veste di imputato e di testimone»; tale vincolo sussiste sempre quando c'è commissione, mentre negli altri casi, tra i quali quelli dei reati commessi in danno reciproco, tale vincolo va rilevato dal giudice di volta in volta secondo quanto previsto dall'art. 371, co. 2, lett. *b*, c.p.p.¹⁰.

4. A causa del vincolo probatorio tra procedimenti, in tutte queste situazioni e fin quando il procedimento sia pendente, l'imputato è incompatibile all'ufficio di testimone¹¹: rischia, infatti, di auto-incriminarsi collaborando a ricostruire fatti e responsabilità altrui. L'esigenza di scongiurare tale scenario si profila fin dall'avvio delle indagini. Le direttive generali e l'art. 61 c.p.p. parificano indagato e imputato anche a questo fine. «Invero la formulazione perfino sovrabbondante quale è l'endiadi «i diritti e le garanzie» dell'imputato (art. 61, co. 1, c.p.p.), «è talmente chiara da non poter dar adito a dubbi circa l'applicabilità alla persona sottoposta alle indagini preliminari di ogni dispo-

⁹ Reato commesso «in occasione» di altri, o per assicurare o far conseguire al colpevole di altro reato, o ad altre persone, «il profitto, il prezzo, il prodotto o l'impunità» relativa.

¹⁰ Corte cost., n. 109 del 1992, in *Giur. cost.*, 1992, 994, con nota di SCAPARONE, *Incompatibilità a testimoniare e discrezionalità legislativa*. Su questa decisione torneremo più avanti.

¹¹ Il quadro resta immutato per dieci anni, fino alla legge cd. di attuazione del giusto processo. Il riferimento è all'art. 1, co. 1 e 5, l. 1° marzo 2001 n. 63.

zione dettata *in bonam partem* per l'imputato»¹².

Cosa accade quando il procedimento si sia chiuso e la qualità d'indagato o imputato dissolta? Bisogna distinguere le ipotesi della connessione da quelle del collegamento probatorio, anche rispetto agli esiti non irrevocabili. Questa diversificazione si profila al termine di un lungo periodo, gli anni Novanta, in cui la giurisprudenza della Cassazione si orienta per la parificazione delle situazioni di connessione e di collegamento probatorio.

5. Riprendiamo il dato codificato.

Sono incompatibili (art. 197, lett. a, c.p.p.) le persone imputate dello stesso reato o di reato connesso ex art. 12 c.p.p., «anche se nei loro confronti sia stata pronunciata sentenza di non luogo a procedere, di proscioglimento o di condanna, salvo che la sentenza di proscioglimento sia divenuta irrevocabile». Solo il proscioglimento irrevocabile, dunque, elide l'incompatibilità¹³, che, si noti, è piena o non è¹⁴: nell'assetto originario del codice 1988 non esiste la figura del testimone assistito; il dichiarante o è testimone *tout court* o è incompatibile; e gli incompatibili sono esaminati ex art. 210 c.p.p.

La disposizione tace sull'archiviazione. In un caso in cui l'ex sottoposto a indagini aveva subito misura cautelare, il giudice *a quo* notava come l'assenza di tale riferimento determinasse un assetto incostituzionale della materia, e come una disciplina ragionevole avrebbe imposto che il sottoposto a misura cautelare, poi 'archiviato', fosse equiparato al 'prosciolto' all'udienza preliminare¹⁵.

La Consulta convalida questa tesi: non c'è ragione per distinguere, l'uno e l'altro non hanno «l'obbligo di rispondere secondo verità [perché tale obbligo] potrebbe comportare il rischio di» un nuovo procedimento a carico (artt. 434 e 414 c.p.p.); l'equiparazione, anzi, per la Corte va allargata nel senso che

¹² Così Corte cost., sent. n. 108 del 1992, secondo cpv., p. 3, del 'Considerato in diritto', in *Giur cost.*, 1992, pp. 984 ss., con nota di GIOSTRA, *Sulla incompatibilità a testimoniare anche dopo il provvedimento di archiviazione*.

¹³ In tema, v. GIOSTRA, *Sull'incompatibilità a testimoniare anche per l'indagato archiviato*, cit., 991, il quale rileva come siano testi comuni *post* proscioglimento pronunciato con qualsiasi formula, anche per prescrizione, i coimputati e imputati connessi, e come invece ciò valesse nel cod. 1930 solo *post* proscioglimento con la formula il fatto non sussiste o l'imputato non lo ha commesso.

¹⁴ Cfr., SANNA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nei procedimenti connessi*, Milano, 2000, 38 ss.

¹⁵ La q.l.c. aveva ad oggetto gli artt. 60, 405 e 197, co. 1, lett. a, in riferimento all'art. 76 Cost., per contrasto con l'art. 2, n. 36 l. 16 febbraio 1987, n. 81. Il ragionamento del rimettente è così riassumibile: nel codice manca una norma che dica che il sottoposto a misura cautelare, la cui posizione sia stata archiviata, poiché formalmente destinatario d'una attribuzione di reato è stato un 'imputato' (al pari di quanto prevede l'art. 60 in altri contesti), e di conseguenza, come dopo il non luogo a procedere, faccia divieto di sentirlo come teste.

è incompatibile all'ufficio di testimone anche l'«archiviato» che non sia mai stato sottoposto a misura cautelare¹⁶.

Spiegano i giudici costituzionali che «il problema è stato risolto con l'art. 61, primo comma», perché: *a*) «ogni disposizione dettata *in bonam partem* per l'imputato» si estende alla «“persona sottoposta alle indagini preliminari”»; *b*) «le disposizioni dell'art. 197 c.p.p. [...] sull'incompatibilità all'ufficio di testimone sono certamente [...] di garanzia»; *c*) l'art. 197 lett. *a*, c.p.p. si riferisce «anche a chi pur essendo stato imputato ha perduto tale veste»; *d*) «egli rimane tutelato dalla garanzia di non poter essere assunto come testimone, in quanto l'unica eccezione all'incompatibilità con l'ufficio di testimone è quella degli imputati prosciolti con sentenza divenuta irrevocabile»¹⁷.

Riassumendo, nei casi di coimputazione e connessione *ex art. 12 c.p.p.*, l'*ex inquisito* rimane incompatibile *post* archiviazione come dopo il non luogo a procedere¹⁸.

6. Diverso discorso per gli imputati di reato probatoriamente collegato a quello per cui si procede¹⁹. A differenza della lett. *a*, la lett. *b* dell'art. 197, c.p.p. nel prevedere che non sono testimoni idonei «le persone imputate di un reato collegato a quello per cui si procede, nel caso previsto dall'art. 371, co. 2, lett. *b*», non fa riferimento né al proscioglimento, né alla condanna, né al non luogo a procedere. Come va inteso questo dato? Il contrasto nella giurispru-

¹⁶ V. Corte cost., sent. n. 108 del 1992, ai punti 2 e 3, del '*Considerato in diritto*'. Riferimenti alla giurisprudenza di legittimità, in chiave critica, in FANULI, LAURINO, *Incompatibilità a testimoniare e archiviazione: semel indagato sempre indagato?*, in *Cass. pen.*, 1996, 3509 ss., i quali, a proposito della conforme interpretazione della Cassazione, rilevavano come essa fosse «gravida di implicazioni processuali, alcune delle quali letteralmente 'devastanti' sotto il profilo della formazione della prova e, più in generale, dell'accertamento della verità».

¹⁷ Ancora Corte cost., n. 108 del 1992, ai punti 2 e 3, del '*Considerato in diritto*'. Negano la natura garantista dell'incompatibilità all'ufficio di testimone, ritenendo più che sufficienti le garanzie generali del testimone (art. 198, co. 2 e art. 63, co. 2, c.p.p.), FANULI, LAURINO, *Incompatibilità a testimoniare e archiviazione: semel indagato sempre indagato?*, cit., 3509 ss. e nota 8. Ma sul punto v. le considerazioni, ivi pure richiamate, di GIOSTRA, *Sull'incompatibilità a testimoniare anche per l'indagato archiviato*, cit., 990 s., secondo il quale, se l'archiviato non è teste nel procedimento connesso e vale l'art. 210, ciò è perché la *ratio* dell'art. 197, lett. *a*, è sia a tutela del dichiarante sia a tutela dell'accertamento dei fatti essendo volto ad escludere «risultati inattendibili e fuorvianti»: ancora sul versante garantista, l'A. fa rilevare, giustamente, il paradosso di un obbligo a testimoniare che o porterebbe all'autoincriminazione oppure alla responsabilità per testimonianza reticente.

¹⁸ In altri termini, ancorché non più indagati, coimputati e imputati connessi sono incompatibili e vanno sentiti *ex art. 210* a dibattimento. Cfr. GIOSTRA, *Sull'incompatibilità a testimoniare anche per l'indagato archiviato*, cit., 991.

¹⁹ Abbiamo visto che questa unica classe di procedimenti collegati per la prova, riempiva l'originario art. 371, co. 2, lett. *b*, rimasto immutato sino al 2001.

denza di legittimità si è protratto a lungo²⁰, alla fine si è consolidato l'orientamento che parifica queste situazioni alle ipotesi di connessione: l'ex imputato di reato probatoriamente collegato rimane incompatibile, salvo proscioglimento irrevocabile²¹. E la tesi prevale anche nel caso della archiviazione²².

La svolta arriva poco prima dell'entrata in vigore della cd. attuazione del giusto processo, quando in un singolare caso di calunnia²³ sorge questione di legittimità costituzionale²⁴. Secondo il rimettente l'art. 197, lett. *b*, viola l'art. 3 e l'art. 101 Cost., nella parte in cui assoggetta alla disciplina dell'incompatibile (artt. 210, co. 6 e 192, co. 4, c.p.p.) l'ipotesi del procedimento aperto da «controdenuncia» così parificandola alle altre ipotesi dell'art. 371, co. 2, lett. *b*, c.p.p.: l'assetto è irragionevole e contrario alla soggezione del giudice solo alla legge perché il destino della prova è lasciato al 'controdenunciante' (basta una querela per rendere inidonei alla testimonianza).

L'art. 197, lett. *b*, c.p.p. rileva la Corte, a differenza della lett. *a*, non fa alcun riferimento ai provvedimenti che definiscono la vicenda processuale limitandosi a stabilire che taluni imputati non possono essere assunti come testimoni. Ora, mancando ogni «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 colle-

²⁰ Cfr. la posizione critica su talune sentenze in tema di proscioglimento, DAWAN, *Sull'incompatibilità a testimoniare dell'imputato di un reato collegato*, in *Cass. pen.*, 1996, 3084.

²¹ V., tra le altre, Cass., Sez. V, 4 novembre 1993, Grasso, in *Mass. Uff.*, n. 196923; Id., Sez. VI, 11 aprile 1994, Curatola, *ivi*, n. 198519; Id., Sez. VI, 16 novembre 1994, Sicignano ed altri, *ivi*, n. 200113.

²² Cfr. Cass., Sez. V, 15 febbraio 1994, Betancor ed altri, in *Mass. Uff.*, n. 197583; Id., Sez. VI, 20 giugno 1994, Romeo, *ivi*, n. 199530.

²³ Tre vigili costringono L. a firmare spontanee dichiarazioni a proposito di una calunnia da L. stesso perpetrata. L., a sua volta, denuncia per calunnia i tre vigili. Il giudice *a quo* articola il dubbio nei termini seguenti. L. è calunniatore e calunniato, ma la sua posizione è archiviata; nel processo depone come testimone, la difesa si oppone, vuole l'esame ex art. 210: c'è interferenza probatoria (371, co. 2, lett. *b*), dunque, è incompatibile. Secondo il rimettente, L. è nelle condizioni dell'art. 197 lett. *b*, cui segue applicazione degli artt. 210, co. 6, 192, co. 4; né rileva l'archiviazione visti i «principi enunciati da questa Corte nelle sentenze n. 108 e 109 del 1992». L'art. 197, lett. *b*, che richiama l'art. 371, co. 2, lett. *b*, poiché non fa alcuna distinzione tra i casi di interferenza probatoria, parificando quelli di «controdenuncia» ai procedimenti aventi ad oggetto qualsiasi altro reato, è incostituzionale perché lascia alla parte controdenunciante la sorte della prova (basta una querela per rendere inidonei alla testimonianza).

²⁴ Il riferimento è a Corte cost., n. 294 del 2000, in *Giur. cost.*, 2000, 990, sulla quale, in chiave adesiva, v. FANULLI, LAURINO, *Incompatibilità a testimoniare e archiviazione nuovamente davanti alla Consulta: una svolta interpretativa di rilevanti implicazioni*, in *Cass. pen.*, 2001, 755 ss., spec. 758 e nota 9: «La soluzione appare ineccepibile: risulta così capovolto l'indirizzo giurisprudenziale assolutamente compatto della suprema Corte, confortato dal largamente maggioritario indirizzo della giurisprudenza di merito e della più autorevole dottrina».

gato a quello per cui si procede a norma dell'art. 371, co. 2, lett. *b*, c.p.p.; con l'ovvia conseguenza che [...] 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». In breve: «l'incompatibilità sussiste soltanto [...] per il tempo in cui» tali soggetti «rivest[ano] la qualità di persone imputate o indagate»²⁵. Non luogo a procedere, proscioglimento con qualsiasi formula e condanna, archiviazione, decreto penale e patteggiamento, sentenze declinatorie di incompetenza e difetto di giurisdizione: insomma fino a quando non intervenga un atto idoneo a spogliare la persona della veste di imputato o indagato, l'incompatibilità permane, dopo, subentra allo *status* di incompatibile quello di teste ordinario.

7. La L. 1° marzo 2001, n. 63, ha ridotto la sfera delle incompatibilità. Gli interventi della Corte avevano chiarito il quadro. Abbiamo visto come emergesse una linea divisoria netta. Nei casi di coimputazione e connessione, solo il proscioglimento irrevocabile elide l'incompatibilità, che permane in tutti gli altri casi: non luogo a procedere, archiviazione e così via. Quando vi sia collegamento per la prova, l'incompatibilità dura, invece, fin tanto che il procedimento pende essendo sufficiente a farla venire meno qualsiasi provvedimento anche non destinato all'irrevocabilità.

La nuova disciplina sostituisce la contrapposizione connessione/collegamento probatorio con l'altra concorso e ipotesi assimilate (art. 12, lett. *a*, c.p.p.) da una parte, connessione teleologica e collegamento probatorio (artt. 12, lett. *c*, e 371, co 2, lett. *b*, c.p.p.) dall'altro. Tutto è finalizzato a far emergere una nuova figura di dichiarante: il testimone assistito²⁶, in realtà, un semi-compatibile che mantiene un residuo diritto al silenzio in pendenza del suo procedimento e, a date condizioni, anche dopo.

Visti i vertiginosi livelli di complessità della disciplina²⁷ chiameremo 'soggetti (a)' i coimputati e i coindagati del medesimo reato nelle ipotesi dell'art. 12,

²⁵ Corte cost., n. 294 del 2000, in *Giur. cost.*, 2000, 990.

²⁶ In tema v., da ultimo, DIDI, *La testimonianza assistita*, in *La prova penale*, a cura di Ferrua, Marzaduri, Spangher, Torino, 2013, 241-293.

²⁷ Cfr. 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 «si toccano vertici di complicatezza e difficoltà applicativa raramente o forse mai raggiunti». Parla di ingegneria labirintica che favorisce lo spirito di cavillosità, CORDERO, *Procedura penale*, Milano, VII, 2003, 751. In prospettiva generale, BARGIS, *Testimonianza (diritto processuale penale)*, in *Enc. Dir.*, Annali II, t. 1, Milano, 2008, 1098 ss.

lett. a); e ‘soggetti (b)’ i coimputati e i coindagati in procedimento connesso teleologicamente e per reato collegato probatoriamente.

L’art. 197, lett. a, nella nuova formulazione, stabilisce che i ‘soggetti (a)’ sono inidonei all’ufficio testimoniale, salva sentenza irrevocabile: rispetto alla disciplina antecedente non c’è più differenza tra proscioglimento e condanna, anche emessa ex art. 444 c.p.p. Il nuovo art. 197-*bis*, co. 1, c.p.p. fissa identica regola, in positivo: l’imputato che rientra nei ‘soggetti (a)’ «può essere sempre sentito come testimone» dopo sentenza irrevocabile di proscioglimento o condanna, anche emessa ex art. 444 c.p.p.²⁸.

Tutti gli imputati irrevocabilmente giudicati diventano compatibili, quindi, allora lo erano i soli irrevocabilmente prosciolti, ma, si noti, si tratta di compatibilità come testimoni assistiti, prima i definitivamente prosciolti erano testimoni comuni.

Nelle nuove disposizioni manca riferimento espresso al decreto penale. Vuoto subito rilevato²⁹. Nell’alternativa svista o lacuna (alimenta il dubbio il richiamo alla sentenza ‘patteggiata’), è preferibile la prima³⁰, e ritenere implicito il richiamo in forza d’interpretazione estensiva³¹; la lacuna richiederebbe analogia, vietata da eccezionalità della norma e conseguenze penali dell’impegno alla parola³².

Manca poi riferimento ai provvedimenti non irrevocabili. L’omissione è stata intesa in dottrina nei tre significati possibili: permane l’incompatibilità³³, vale il regime della testimonianza assistita³⁴, testimonianza comune³⁵.

²⁸ Il richiamo all’art. 444, evita disorientamenti come quelli in tema di revisione, che hanno indotto il legislatore a intervenire con l’art. 3, l. 2 giugno 2003, n. 134.

²⁹ V., tra gli altri, FANULI, LAURINO, *Incompatibilità a testimoniare e archiviazione dopo la legge sul cd. giusto processo: un nodo apparentemente irrisolto*, in *Cass. pen.*, 2002, 3937 ss.

³⁰ Tra gli altri, in questo senso, v. ORLANDI, *Dichiarazioni dell’imputato sulla responsabilità altrui: nuovo statuto del diritto al silenzio e restrizioni in tema di incompatibilità a testimoniare*, cit., 188, nota 83.

³¹ In relazione all’abrogata disciplina, già GIOSTRA, *Sull’incompatibilità a testimoniare anche per l’indagato archiviato*, cit., 992, parlava di «disattenzione», con riferimento ad archiviazione, sentenze che dichiarano il difetto di competenza o di giurisdizione, oltre che al decreto penale.

³² GIOSTRA, *Sull’incompatibilità a testimoniare anche per l’indagato archiviato*, cit., 993, rilevava come nei casi non contemplati, permanesse l’incompatibilità: non si tratta d’analogia, vietata dalla eccezionalità della norma rispetto al dovere generale ex art. 196, ma d’interpretazione estensiva o secondo «lo spirito»; è da escludere una «lettura esageratamente formalistica». In prospettiva diversificata, v. FANULI, LAURINO, *Incompatibilità a testimoniare e archiviazione: semel indagato sempre indagato?*, cit., 3913 ss.

³³ Secondo CONTI, *L’imputato nel procedimento connesso. Diritto al silenzio e obbligo di verità*, Padova, 2003, 205 e nota 36, «il legislatore non ha ‘dimenticato’ di indicare tra le eccezioni alla incompatibilità a testimoniare anche il procedimento di archiviazione e la sentenza di non luogo a procedere. Viceversa, ha deliberatamente lasciato le predette ipotesi nell’area dell’incompatibilità».

³⁴ Per questa interpretazione, argomentata sotto i profili sistematico, testuale, costituzionale, della analogia *legis* e *iuris*, con ampia analisi delle differenti posizioni della dottrina, v. FANULI, LAURINO, *Incom-*

Dall'art. 210, co. 1, c.p.p. apprendiamo a questo proposito che tali soggetti – incompatibili «quando si procede» essendo inidonei fino all'irrevocabilità – sono altresì incompatibili quando «si è proceduto nei loro confronti». Le parole “si è proceduto” non possono fare riferimento alla sentenza irrevocabile³⁶ perché ci sarebbe un contrasto irrimediabile con le disposizioni degli artt. 197, lett. *a*, e 197-*bis*, co. 1, c.p.p. Esse rinviano agli esiti non irrevocabili: non luogo a procedere e archiviazione³⁷.

L'art. 197, lett. *b*, c.p.p. stabilisce che i ‘soggetti (b)’ sono testimoni inidonei fino a sentenza irrevocabile di proscioglimento o condanna, anche emessa ex art. 444, c.p.p. È la stessa regola che vale per i ‘soggetti (a)’, e che va anche qui estesa fino a ricomprendere il decreto penale³⁸.

Questi soggetti diventano inoltre compatibili per scelta volontaria. Ecco la novità della nuova disciplina. La conferma l'art. 210, co. 6, c.p.p. «Le disposizioni dei commi precedenti si applicano» a tali soggetti quando «non hanno reso in precedenza dichiarazioni concernenti la responsabilità dell'imputato». Avendo taciuto, restano incompatibili, e a dibattimento sono esaminati come tali, soltanto «assumono l'ufficio di testimone» se, dopo il relativo avvertimento, narrano fatti contro o a favore di altri³⁹.

L'art. 197-*bis*, co. 2, c.p.p. ribadisce regola identica, formulandola in positivo: l'imputato in procedimento teleologicamente connesso o per reato probatoriamente collegato «può essere sentito come testimone, inoltre [cioè fuori dai casi di irrevocabilità], nel caso previsto dall'art. 64, co. 3, lett. *c*», che è il caso di chi consapevolmente (perché preavvertitone) rinuncia all'incompatibilità e si impegna come testimone⁴⁰.

patibilità a testimoniare e archiviazione dopo la legge sul cd. giusto processo: un nodo apparentemente irrisolto, cit., 3943 ss., secondo i quali, dunque, l'archiviato ex imputato del medesimo reato, è testimone assistito.

³⁵ Cfr., su questa «soluzione», FERRUA, *Il 'giusto processo'*, cit., 218-221, il quale ritiene, peraltro, che il silenzio sia precisa scelta politica, nel senso che permane «il regime dell'incompatibilità a testimoniare previsto per gli imputati in procedimenti pendenti».

³⁶ Tra i molti, v. LAVARINI, *L'esame delle parti*, in *La prova penale*, cit., 298.

³⁷ Sull'archiviazione dobbiamo ovviamente tenere conto della decisione delle Sezioni unite del 2009.

³⁸ V. note 31 e 32.

³⁹ Cass., Sez. un., 23 marzo 2015, Lo Presti ed altro, *inedita*, ha chiarito che l'avvertimento dell'art. 64, co 3, lett. *c*, a dibattimento deve essere dato ai ‘soggetti (b)’ sia in caso di condotta sempre silente, sia nel caso in cui il soggetto abbia narrato fatti *erga alios* ma senza previo avvertimento, e che la conseguenza della violazione dell'avvertimento è l'inutilizzabilità delle dichiarazioni rese.

⁴⁰ Corte cost., n. 191 del 2003, in *Giur. cost.*, 2003, 1457 ss. ha chiarito che nulla impedisce al giudice di rivolgere gli avvertimenti ex art. 64 all'imputato esaminato, vi sia connessione o collegamento probatorio, come accade nell'interrogatorio, di cui l'esame condivide la natura. Rilievi critici in CONTI, *Esame dell'imputato e avvisi ex art. 64 c.p.p.: la Consulta suggerisce l'interpretazione «analogica»*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, 177 ss. La giurisprudenza di legittimità si orienta diversamente: nessun avviso se vi sia con-

Continua a mancare ogni riferimento agli esiti diversi da quelli destinati a diventare irrevocabili. E qui il silenzio del legislatore per un verso perpetua le premesse di un equivoco⁴¹ e per altro verso diverge dalle statuizioni della Corte costituzionale, secondo cui, essendo qui più tenue il vincolo tra i procedimenti, l'archiviazione «dissolve la correlazione qualificata tra le regiudicande»⁴² e l'ex sottoposto a indagine è testimone comune (regola che si poteva estendere agli altri esiti non irrevocabili).

Ora, dall'art. 197-*bis*, co. 4, c.p.p. seconda parte, apprendiamo che il 'soggetto (b)', divenuto idoneo per scelta volontaria, «non può essere obbligato a deporre su fatti che concernono la propria responsabilità in ordine al reato per cui si procede o si è proceduto nei suoi confronti»: le parole «si è proceduto nei suoi confronti», non possono essere riferite alla sentenza irrevocabile per la contraddizione che sorgerebbe con gli artt. 197, lett. *b*, e 197-*bis*, co. 2, c.p.p. Dunque esiti non irrevocabili. Questa disposizione è solo apparentemente analoga alla precedente (art. 210, co. 1, c.p.p.). La differenza è che, i 'soggetti (a)', «non possono assumere l'ufficio di testimoni», il 'soggetto (b)' l'assume su base volontaria ma su dati temi «non può essere obbligato a deporre»: sono cose diverse l'incompatibilità e il divieto di obbligare a deporre; basti pensare ai segreti⁴³.

In breve, senza scelta volontaria l'esito non irrevocabile non elide l'inidoneità. Lo conferma l'esordio dell'art. 197-*bis*, co. 4, c.p.p., seconda parte. «Nel caso previsto dal co. 2» (scelta volontaria), «non può essere obbligato a deporre» su dati temi. La scelta interferisce sullo *status* del dichiarante anche se dopo la chiusura del procedimento vi è possibilità di riaprilo. In altri termini, salva irrevocabilità, fuori del «caso dell'art. 64, co. 3, lett. *c*, c.p.p.», sia il procedimento a suo carico pendente o non pendente, rimane incompatibile e a dibattimento è sentito *ex art.* 210, co. 6, c.p.p.; se qui collabora, diventa teste assistito ed ha quel residuo diritto al silenzio che gli riconosce l'art. 197-*bis*, co. 4, seconda parte c.p.p. In definitiva, prima dell'irrevocabilità non è testimone idoneo se non per scelta volontaria, ancorché il procedimento a suo

corso nel medesimo reato perché l'incompatibilità cade solo con l'irrevocabilità (v., tre le altre, Cass., Sez. I, 5 dicembre 2006, p.g. in proc. Montalto, e altri, *Mass. Uff.*, n. 236227). Se anche fosse prescritto e non espletato, non vi sarebbero conseguenze: v. Id., Sez. V., 23 febbraio 2012, Monselles e altri, *ivi*, 252317.

⁴¹ V., tra gli altri, DI MARTINO, *L'incompatibilità a testimoniare: problemi vecchi e nuovi*, in *Ind. pen.*, 2002, 1037.

⁴² Corte cost., n. 294 del 2000, cit., 992 s. In tema, v. COLLETTA, *Diritto al silenzio della persona già sottoposta a indagini preliminari e compatibilità con l'ufficio di testimone*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2002, 701.

⁴³ Ampiamente, DIDDI, *Testimonianza e segreti professionali*, Trento, 2012, spec. 171 ss.

carco si sia chiuso.

8. Tiriamo le fila. In tutti i casi di connessione o collegamento l'irrevocabilità elide l'incompatibilità, non la elidono, invece, gli esiti non irrevocabili, salvo scelta volontaria nei casi di connessione teleologica o collegamento probatorio. In questo senso si era orientata parte della giurisprudenza, con riferimento all'archiviazione⁴⁴ e al non luogo a procedere⁴⁵. Altro parte equiparava archiviazione e non luogo a procedere alla sentenza irrevocabile, vi fosse connessione o collegamento probatorio⁴⁶. In questo quadro si inserisce il principio di diritto fissato dalle Sezioni unite⁴⁷. Principio che accoglie, per molti versi inaspettatamente, la terza delle possibili soluzioni. Le parole «si procede o si è proceduto», negli artt. 210, co. 1 e 197-*bis*, co. 4, c.p.p. fanno riferimento, spiegano le Sezioni unite, all'esercizio dell'azione penale, e poiché l'archiviazione è propriamente l'alternativa all'esercizio dell'azione, in nessun senso può dirsi, ai fini che qui interessano, che nei confronti di tali soggetti si è proceduto⁴⁸; non v'è poi necessità di riconoscere loro garanzie aggiuntive

⁴⁴ Numerose le decisioni secondo cui «per l'ex indagato archiviato per il medesimo reato o in un procedimento connesso a norma dell'art. 12, co. 1, lett. a, c.p.p. si devono seguire le modalità dell'esame previste dall'art. 210 c.p.p.; ciò vale ugualmente per l'ex indagato archiviato connesso teleologicamente o collegato, a meno che questi non abbia reso dichiarazioni sul fatto altrui, previo avvertimento ai sensi dell'art. 64, co. 3, lett. c, c.p.p., nel qual caso è legittima l'attribuzione della qualifica di testimone assistito». V., ad esempio, Cass., Sez. VI, 7 ottobre 2008, Russo, in *Mass. Uff.*, n. 242386; Id., Sez. II, 9 luglio 2008, Manticello, *ivi*, n. 241298; Id., Sez. II, 10 aprile 2008, Dell'Utri, in *Cass. pen.*, 2009, p. 3941; Id., Sez. III, 8 giugno 2007, Pontoriero, in *Giur. it.*, 2008, p. 450; Id., Sez. V, 15 marzo 2007, Grimaldi, in *Cass. pen.*, 2008, p. 1987; Id., Sez. VI, 1° febbraio 2005, Gilbo, *ivi*, 2006, 3710; Id., Sez. IV, 19 febbraio 2004, Cagnino, *ivi*, 2005, 2038; Id., Sez. II, 15 maggio 2003, Scumaci, in *Mass. Uff.*, n. 226279.

⁴⁵ Tra le altre, nel senso che il prosciolto all'udienza preliminare, non importa con quale formula, è incompatibile, salva rinuncia volontaria, v. Cass., Sez. I, 17 novembre 2004, Narducci ed altro, in *Cass. pen.*, 2006, 1043.

⁴⁶ In questo senso, v. Cass., Sez. V, 12 novembre 2008, Tanzarella Belvedere e altro, in *Mass. Uff.*, n. 242004; Id., Sez. V, 25 settembre 2007, Costanza, in *Cass. pen.*, 2008, 2812; Id., Sez. VI, 28 febbraio 2007, Simonetti, *ivi*, 2008, 1490.

⁴⁷ Il riferimento è a Cass., Sez. un., 17 dicembre 2009, De Simone, cit., su cui CONTI, *Le Sezioni unite ed il silenzio della sfinge: dopo l'archiviazione l'ex-indagato è testimone comune*, in *Cass. pen.*, 2010, 2594 ss.; DIDI, *La testimonianza assistita*, in *La prova penale*, a cura di Ferrua, Marzaduri, Spangher, Torino, 2013, 265 ss.; FANULI, LAURINO, *Incompatibilità a testimoniare e incompatibilità davanti alle Sezioni unite: un nodo finalmente risolto*, in *Cass. pen.*, 2011, 2277 ss.; G. T., *Chiaroscuri in tema di incompatibilità con l'ufficio di testimone in caso di archiviazione e di non luogo a procedere*, *ibidem*, 408 ss.

⁴⁸ Il che è come dire che «a) le norme che prevedono l'incompatibilità a testimoniare si riferiscono testualmente al solo imputato e non all'indagato; b) vero è che l'art. 61 c.p.p. pone una regola generale di equiparazione dell'indagato all'imputato, ma la qualità di indagato cessa (tra l'altro) con il provvedimento di archiviazione; c) se ne deve inferire che la disciplina di cui agli artt. 197, 197-*bis* e 210 c.p.p. non è applicabile all'indagato "archiviato": testualmente G. L. FANULI, A. LAURINO, *Incompatibilità a testimoniare e incompatibilità davanti alle Sezioni unite: un nodo finalmente risolto*, cit., pp. 2278 ss.

rispetto a quelle di cui gode il testimone comune (artt. 63, co. 1 e 198, co. 2, c.p.p.); né la riapertura dell'indagine (art. 414 c.p.p.) è argomento decisivo, trattandosi di eventualità il cui valore di probabilità è pari a quello della prima iscrizione. Da qui la conclusione che l'archiviato non è testimone assistito ma comune, e che pertanto - elemento probabilmente dirimente nella economia del giudizio delle Sezioni unite - non si applica la regola dei riscontri cd. esterni. Una diversa soluzione comporterebbe, per un verso, un alto rischio d'impossibile condanna nei casi in cui, come lo stupro⁴⁹, unica prova è la testimonianza della vittima, per altro verso, lascerebbe nelle mani dell'accusato lo *status* del dichiarante (determinato da una sua querela, per di più falsa).

Poiché il principio vale in tutti i casi di connessione e collegamento, si profila nel quadro più generale dei rapporti incompatibilità-testimonianza dell'imputato un'inedita distinzione tra 'archiviato' e prosciolti all'udienza preliminare. Il non luogo a procedere non elide l'inidoneità nei casi dell'art. 12, co. 1, lett. *a*, c.p.p.: coimputati ed equiparati sono sentiti quali incompatibili (art. 210, co. 1, c.p.p.), l'archiviazione sì. *Idem* per gli imputati di reato connesso *ex art.* 12, lett. *c* o collegato *ex art.* 371, co. 2, lett. *b*, c.p.p. con l'ulteriore notazione che da incompatibili *post non luogo a procedere* diventano testimoni assistiti ove preavvertiti rendano dichiarazioni contro o a favore di altri.

In definitiva, archiviazione uguale testimonianza ordinaria, in ogni caso; non luogo a procedere uguale incompatibilità o testimonianza assistita secondo il legame tra i procedimenti e la condotta dell'imputato.

9. A questo ultimo riguardo va aggiunto che l'art. 197-*bis*, co. 3 e 6, c.p.p. sono stati dichiarati incostituzionali nella parte in cui prevedono, rispettivamente, l'assistenza del difensore e l'applicazione della regola di giudizio dell'art. 192, co. 3, «per le dichiarazioni rese dalle persone, indicate dal comma 1 del medesimo art. 197-*bis* c.p.p., nei cui confronti sia stata pronunciata sentenza di assoluzione “per non aver commesso il fatto” divenuta irrevocabile»⁵⁰. Si tratta d'un taglio che concerne tutte le ipotesi di connessione o collegamento probatorio. Una ulteriore figura si affaccia così al quadro: l'assolto con formula piena, non più assistito dal difensore, credibile al pari del teste ordinario,

⁴⁹ In questi termini, e con altri esempi, già FANULI, LAURINO, *Incompatibilità a testimoniare e archiviazione: semel indagato sempre indagato?*, cit., 3911 ss., i quali evocano «il rischio di veder ripristinata l'antica regola *unus testis, nullus testis*».

⁵⁰ Corte cost., n. 381 del 2006, cit. Sulla pronuncia, v. CONTI, *Imputato assolto per non aver commesso il fatto: deve essere equiparato al testimone comune*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 316 ss.

ma con la garanzia dell'inutilizzabilità *ex art. 197-bis*, co. 5, c.p.p.

Va poi rilevata la situazione in cui si trova chi abbia patteggiato la pena, al quale non spetta il silenzio «sui fatti per i quali è stata pronunciata in giudizio sentenza di condanna», perché l'art. 197-*bis*, co. 4, c.p.p. parlando di «giudizio» fa riferimento al dibattimento; *idem* per giudizio abbreviato e decreto penale⁵¹.

Tracciamo ora un quadro riassuntivo comparandolo alla situazione *ante* giusto processo. Distinguiamo fra compatibili e incompatibili in pendenza del procedimento: l'assetto *ante* giusto processo era basato sulla distinzione tra connessione e collegamento probatorio, l'assetto attuale tra connessione *ex art. 12*, lett. *a*, e connessione teleologica e collegamento probatorio.

Nel primo assetto, gli uni e gli altri imputati sono incompatibili finché il procedimento a loro carico è pendente. Quando si fosse chiuso, l'imputato di reato connesso era *testimone comune* dopo il proscioglimento, *incompatibile* nei casi di condanna, anche 'patteggiata' o emessa con il rito abbreviato, decreto penale, non luogo a procedere, archiviazione. L'imputato di reato collegato era, in tutte queste situazioni, testimone comune.

Nell'assetto attuale il discorso è più complicato. L'imputato del medesimo reato e l'imputato di reato teleologicamente connesso o probatoriamente collegato, sono incompatibili finché il procedimento a loro carico pende, salva volontaria rinuncia per i secondi, che diventano testimoni assistiti e «non p[ossono] essere obbligat[i] a deporre su fatti che concernono la propria responsabilità in ordine al reato per cui si procede».

Quando il procedimento a carico si sia chiuso, l'imputato del medesimo reato è testimone comune in caso di archiviazione, testimone assistito in tutti gli altri casi, all'interno dei quali bisogna distinguere: *a)* l'assolto per non aver commesso il fatto, che è teste quasi comune; *b)* il condannato a dibattimento, che gode o non gode del silenzio sul fatto proprio secondo la condotta processuale; *c)* il condannato con decreto penale, sentenza patteggiata o emessa a seguito di rito abbreviato, che non gode del silenzio sul fatto proprio.

L'imputato di reato teleologicamente connesso o probatoriamente collegato, quando il procedimento a suo carico si sia chiuso, si trova nelle stesse condizioni: l'unica differenza è data dal caso del non luogo a procedere, perché qui egli è compatibile o incompatibile secondo che abbia collaborato o meno.

10. Il codice 1988 ignora la figura del testimone assistito: l'imputato 'connesso' o 'collegato' è compatibile o incompatibile *tout court*. La normativa era

⁵¹ Cfr., da ultimo, DIDI, *La testimonianza assistita*, cit., 274 ss. e nota 124.

equivoca e la Cassazione dilata al massimo l'inidoneità; la giurisprudenza costituzionale, in un primo tempo, convalida la visione più garantista del *nemo tenetur se detegere*: anche dopo l'archiviazione non viene meno l'inidoneità a testimoniare, massima operatività, quindi, dell'esame ex art. 210. Era il tempo in cui vigeva (tutti gli anni Novanta), il principio di non dispersione della prova. Date queste premesse, è chiaro perché il diritto al controesame resti sullo sfondo. Il contraddittorio nella formazione della prova era un miraggio. Peggio, una farsa perché le chiamate in correità erano acquisite al fascicolo del dibattimento e in presenza di riscontri costituivano prova dei fatti asseriti contro l'accusato grazie alle contestazioni al mutò o alla lettura in caso di esercizio della facoltà di non rispondere⁵². Qualcosa cambia con la sentenza costituzionale n. 294 del 2000, ma il sistema originario di formazione della prova in contraddittorio è oramai irricognoscibile⁵³ perché tutto permeato dai corollari della non dispersione della prova. Il 2001 è l'anno in cui il legislatore mette mano a questa delicata materia. Riforma debole: il teste assistito è un semi-compatibile, e tale qualifica varia secondo l'oggetto di domande e risposte⁵⁴; rimane in piedi il silenzio⁵⁵ dove più se ne sentiva la necessità (reati associativi)⁵⁶. Non cambia la sostanza il fatto che il concorrente nel medesimo reato, già narrante *erga alios*, sia esaminato ex art. 210 c.p.p., nel processo cumulativo⁵⁷: l'esame dell'imputato connesso resta il maggiore ostacolo ad un migliore

⁵² Vasta analisi in DOMINIONI, *Un nuovo idolum theatri: il principio di non dispersione delle prove*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 756 ss.

⁵³ Tra gli altri, cfr. AMODIO, *Rovistando tra le macerie della procedura penale*, in *Cass. pen.*, 1993, 2941 ss.

⁵⁴ Il riferimento è ai cd. fatti inscindibili. «Si tratta di una ipotesi frequente: quando tra le reg Giudicande vi sia un collegamento o una connessione quasi sempre i fatti che riguardano altri possono concernere la propria responsabilità». L'obbligo della testimonianza si limita allora «al fatto dichiarato», ma «anche in relazione al fatto dichiarato può valersi del privilegio contro l'autoincriminazione se si tratta di un fatto inscindibile». Sono parole di CONTI, *Art. 197-bis*, in *C.p.p. comm. Giarda, Spangher*, IV ed., Milano, 2010, 2008.

⁵⁵ Ampi ragguagli in V. PATANÈ, *Il diritto al silenzio dell'imputato*, Torino, 2006, spec. 43 ss., 143 ss., 245 ss.

⁵⁶ Sotto questo profilo è stato segnalato come un limite al legislatore potrebbe discendere dalla giurisprudenza costituzionale. Il riferimento è a Corte cost., n. 202 del 2004, in *Giur. cost.*, 2004, 2063 ss., che nel dichiarare manifestamente infondata la q.l.c., i relazione agli artt. 3, 24, 27, 101, 111, 112 Cost., dell'art. 197-bis, co. 2, c.p.p. nella parte in cui non prevede che diventi teste assistito l'imputato del medesimo reato, in pendenza del suo procedimento e previo relativo avvertimento, ha chiarito che il silenzio in questi casi è «corollario essenziale dell'inviolabilità del diritto di difesa», a nulla rilevando i limiti all'accertamento e alla formazione della prova. Cfr. FERRUA, *Il 'giusto processo'*, cit., 222 ss.

⁵⁷ Cfr. Corte cost., n. 197 del 2009, in *Giur. Cost.*, 2009, pp. 2270 ss. (spec. punto 3.3, settimo cpv., del «*Considerato in diritto*»), con nota adesiva di BARGI, *Ancora una pronuncia della Corte sul valore del principio del contraddittorio nella formazione della prova nel giudizio: l'irrelevanza probatoria delle contestazioni, nell'esame dibattimentale dell'imputato (art. 503 commi 5 e 6), delle dichiarazioni difformi raccolte in assenza della dialettica delle parti* (pp. 2281-2290); e nota critica di MAZZA, *Gli effetti*

equilibrio tra diritto al silenzio e al confronto⁵⁸. Disciplina inutilmente complicata⁵⁹, alimenta lo spirito di cavillosità perché apre spazio a mille letture; cronico focolaio di disparità di trattamento e incertezza del diritto, difficile da applicare fin dalle indagini a causa della impossibilità di definire con precisione i rapporti tra i procedimenti⁶⁰; paradossale perché, per un verso, troppo garantista con quel residuo silenzio sui fatti irrevocabilmente giudicati e l'amplificazione delle inutilizzabilità⁶¹, per altro verso poco garantista perché la caduta dell'incompatibilità avviene in qualunque contesto, bastano gli avvertimenti, davanti all'inquirente o alla polizia⁶².

ANTONIO BITONTI

indesiderati del contraddittorio: la coercizione del coimputato all'esame dibattimentale sul fatto proprio (2290-2295), secondo il quale la decisione approfondisce la crisi del principio *nemo tenetur se detegere* e la tendenza verso un modello processuale cooperatorio.

⁵⁸ Cfr. LAVARINI, *L'esame delle parti*, cit., 298.

⁵⁹ Sulla complessità e le difficoltà interpretative della materia, gli interpreti si sono sempre pronunciati. Tra i primi commenti, v. FANULI, LAURINO, *Le mobili frontiere del testimone "comune", del testimone "assistito" e del dichiarante ex art. 210 c.p.p. Dubbi interpretativi e difficoltà applicative*, in *Arch. nuovo proc. pen.*, 2003, 399 ss. Le citazioni si potrebbero facilmente moltiplicare.

⁶⁰ Cfr. ILLUMINATI, *L'imputato che diventa testimone*, in *Ind. pen.*, 2002, 398.

⁶¹ E perché lascia incompatibile il prosciolto all'udienza preliminare. Sul punto, CORDERO, *Procedura penale*, cit., 754, rileva come si tratti di «ridondante garantismo (a spese del contraddittorio)».

⁶² In questo senso, v. Cass., Sez. I, 10 maggio 2012, Adriettes, in *Dir. pen. 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*.